Transparence et traitement national aux couleurs de la Chine

Le regard d'un praticien du droit sur une décennie de participation à l'OMC et de réformes juridiques

HUBERT BAZIN*

RÉSUMÉ : Depuis 2001, la Chine a globalement respecté les engagements pris lors de son accession à l'OMC. Mais on ne constate aucun « esprit de l'OMC » qui l'aurait conduit à aller au-delà de la lettre de ses engagements, et les barrières non tarifaires restent multiples. Dans la perspective de la modernisation de son cadre juridique, des marges d'amélioration sont-elles possibles, permettant ainsi aux entreprises étrangères de trouver plus facilement leur place dans un marché en croissance rapide, ou bien des obstacles plus structurels s'opposent-ils aux évolutions souhaitées par ses principaux partenaires ?

MOTS-CLÉS : Chine, OMC, investissement étranger, accès au marché, barrières non tarifaires, État de droit.

Dix ans après son accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Chine n'est toujours pas devenue le pays dont rêvaient les gouvernements occidentaux qui avaient longuement négocié avec elle les conditions de cette adhésion et avaient communiqué à leurs opinions publiques des perspectives enthousiasmantes sur le marché chinois [1]. En 2001 en effet, l'époque était à l'optimisme, dans la continuité de la création de l'OMC à la Conférence de Marrakech de 1994, la Chine semblant le maillon manquant dans ce qui était envisagé comme l'organisation la plus en pointe dans l'évolution vers une régulation internationale accrue. Aujourd'hui, le développement économique de la Chine fascine autant qu'il inquiète, son régime politique n'a pas suivi les évolutions que certains anticipaient de sa plus grande intégration au système international, l'ouverture de son marché reste partielle et surtout, les vertus du libre échange se sont émoussées dans les esprits, comme en témoigne l'échec du cycle de Doha. Changements et permanence du système s'interpénètrent, rendant d'autant plus difficile l'analyse et le bilan de cette accession.

Le présent article propose de retracer certaines des évolutions que la Chine a connues depuis son accession à l'OMC, dans la perspective de la modernisation de son cadre juridique et de la pratique des affaires. Nécessairement subjective, cette analyse vise à cerner tant les progrès réalisés que les résistances constatées [2]. Au terme de cette période de dix années, l'insécurité juridique reste en effet l'un des principaux problèmes relevés dans les diverses enquêtes qui sondent le moral des entreprises étrangères présentes en Chine [3]. L'objectif de transparence, au cœur des règles de l'OMC, est souvent battu en brèche par des pratiques discrétionnaires de l'administration chinoise tandis que l'opacité qui règne sur certains marchés, ajoutée à des pratiques de corruption persistantes, donne souvent aux entreprises étrangères le sentiment de ne pouvoir opérer dans un cadre de concurrence loyale. Le principe du traitement national a conduit à la révision de nombreuses dispositions législatives et à une harmonisation presque complète du régime applicable aux entreprises opérant en Chine, mais là encore, son application connaît nombre de ratés, depuis la mise en œuvre discriminatoire des réglementations aux entreprises étrangères ou à capitaux étrangers, jusqu'à l'exclusion de ces dernières de marchés publics d'avenir. Le principe du recours juridictionnel existe en théorie, mais rares sont les entreprises étrangères qui prendront le risque de porter devant la justice une décision administrative illégale et leur portant préjudice.

Pourtant, le marché chinois reste au cœur des priorités de la plupart des entreprises multinationales, qui y voient un relais de croissance par rapport à des marchés matures, ralentis ou en crise. Certaines commencent à y réaliser une activité significative en termes de bilan. Une ambivalence continue d'exister entre les promesses d'un marché immense, toujours mises en avant depuis le début de la politique d'ouverture, et les difficultés d'y trouver sa place ou de s'y développer. Le cadre juridique s'est indéniablement modernisé grâce à l'accession de la Chine à l'OMC, gage de la disparition de certaines des pratiques d'une économie autrefois entièrement administrée. Mais il est difficile de sentir un « esprit de l'OMC » qui aurait conduit la Chine à ouvrir ses marchés au-delà des engagements qu'elle avait pris ou à s'abstenir de ruser avec la lettre de ces engagements pour défavoriser les entreprises étrangères par rapport à leurs homologues chinoises. Au-delà des règles et des principes de l'OMC, la question reste donc ouverte de sa-

* Hubert Bazin, avocat au Barreau de Paris, associé au cabinet DS Avocats (Pékin), assiste depuis vingt ans des entreprises européennes dans leurs projets en Chine. Il est également coordonnateur du Dictionnaire Ricci du droit chinois (en cours).

1. Voir le numéro spécial de *Perspectives chinoises* publié à l'occasion de l'accession de la Chine à l'OMC et retraçant les étapes de cette longue négociation ainsi que les attentes occidentales en termes si ce n'est d'État de droit, du moins de stabilité juridique et d'ouverture commerciale. Chine-OMC, *Perspectives Chinoises*, janvier 2002 ; voir http://www.cefc.com.hk/pccpa.php?lg=fr&aid=864 (consulté le 17 février 2012).
2. Notre analyse s'appuie sur une pratique d'avocat d'affaires de près de 20 ans pour assister des entreprises européennes dans leurs projets d'investissement en Chine, exercée à Paris, Shanghai et Pékin depuis 1993. Les idées développées dans cet article n'engagent bien évidemment que leur auteur et non les structures dans lesquelles il a exercé ou continue d'exercer.
3. 88 % des entreprises interrogées dans l'enquête annuelle conduite par la Chambre de commerce européenne en Chine considèrent comme « *important ou très important* » l'État de droit et la transparence en matière de formulation et d'application des politiques, tandis que 46 % considèrent que les politiques gouvernementales chinoises sont devenues moins équitables pour les entreprises à investissement étranger durant les deux dernières années. Voir European Chamber of Commerce, *European Business in China Business Confidence Survey 2011*, http://cbi.typepad.com/china_direct/2011/05/2011european-business-confidence-survey-china-headlines.html (consulté le 17 février 2012). Voir aussi les livres blancs annuels de la Chambre de commerce américaine en Chine, et précisément la dernière édition 2011 : *American Business in China White Paper*, www.amchamchina.org/whitepaper2011 (consulté le 17 février 2012).

voir si les blocages auxquels les entreprises étrangères sont confrontées tiennent au seul état d'immaturité d'un marché en croissance rapide, ou bien plus profondément à des obstacles de nature structurelle et à l'impossibilité pour le régime actuel de mettre en place l'« État de droit » qu'il continue cependant de prôner.

Une nouvelle étape de modernisation grâce à l'entrée à l'OMC

Les attentes liées à l'accession de la Chine à l'OMC étaient très fortes il y a dix ans, à la mesure des presque 15 années de négociation qui l'avaient précédée. Du côté chinois, on sentait bien la volonté de s'intégrer dans le jeu mondial, d'éviter l'humiliation annuelle du processus de reconduction de la clause de la nation la plus favorisée par les États-Unis ou de se protéger, à travers l'achat d'une police d'assurance multilatérale, contre des mesures de rétorsion unilatérale dans des relations commerciales nécessairement conflictuelles. Au-delà, la stratégie de certains cercles dirigeants était d'utiliser cette adhésion pour rendre la politique de réforme et d'ouverture irréversible, pour forcer les entreprises d'État à se réformer et d'autres secteurs de l'administration à adapter leurs politiques sous une certaine forme de « contrainte extérieure ».

Du côté étranger, les attentes étaient également très fortes, avec la perspective d'une baisse des droits de douane et d'une ouverture beaucoup plus importante du marché. Certains comptaient sur l'OMC pour venir à bout des « barrières intérieures » qui fractionnaient le marché chinois en multiples marchés provinciaux ou locaux [4]. En outre, dans la plupart des esprits, l'accession à l'OMC était synonyme d'un renforcement de l'État de droit dans le sens d'une plus grande sécurité juridique et d'un assainissement progressif des pratiques qui avaient cours sur le marché chinois, notamment en matière de propriété intellectuelle.

Il existe plusieurs façons d'interpréter les raisons qui ont conduit les pays développés à accepter l'entrée de la Chine à l'OMC au début des années 2000. L'une de ces interprétations est que les gouvernements des pays occidentaux avaient pris la mesure des transferts de capacités industrielles à la Chine et de soldes commerciaux durablement déficitaires qu'il faudrait assumer, mais pensaient trouver sur le marché chinois une forme de compensation en permettant d'ouvrir de nouveaux débouchés à leurs entreprises. En somme, échanger la désindustrialisation en cours en Europe et aux États-Unis contre des investissements sur un marché chinois de plus en plus dynamique, ou encore accepter une « destruction créatrice » schumpétérienne au bénéfice d'activités à plus forte valeur ajoutée qui pourraient maintenir la position des entreprises occidentales dans le contexte de la mondialisation. Ce pari pouvait se justifier en comparant la situation de la Chine à celle d'autres pays. Contrairement à l'Inde, la Chine a en effet largement favorisé l'implantation des groupes étrangers sur son territoire depuis le début de la politique de réforme et d'ouverture, jugeant avec raison que ces investissements étaient la meilleure garantie de transferts de technologie massifs. En outre, il n'existe pas tant de pays dans le monde ayant à la fois les caractéristiques d'un réel potentiel de marché intérieur et d'une base industrielle pour l'exportation. Les promesses de ce pari ont-elles été tenues ?

L'enjeu des droits de commercialisation

Un des principaux obstacles à l'activité des entreprises étrangères en Chine avant son accession à l'OMC était la question des droits d'importation et de commercialisation. L'importation de produits étrangers devait être réalisée par des intermédiaires spécialisés, titulaires d'un droit d'import-export et seuls habilités à traiter en devises, tandis que les entreprises à capitaux étrangers ne pouvaient importer que les équipements et composants nécessaires à leur production, et ne pouvaient vendre sur le marché local ou exporter que des produits qu'elles avaient elles mêmes fabriqués. Le régime était complété par l'interdiction d'établir des entreprises de nature commerciale à capitaux étrangers. De fait, le système obligeait à investir dans des capacités industrielles pour vendre soi-même ses produits sur le marché chinois et empêchait de développer et de gérer des réseaux de distribution pour des produits fabriqués à l'étranger.

Le démantèlement de ce régime, incompatible avec les règles de l'OMC, était acté lors des négociations. On ne peut qu'admirer la façon avec laquelle la Chine a géré cette transition. Dès le début des années 1990, les droits d'import-export ont été accordés à un nombre croissant d'entreprises chinoises [5]. Progressivement, le monopole initial que détenaient quelques grandes corporations d'import-export nationales [6] s'est assoupli, au point qu'à la fin de la décennie, les utilisateurs finaux mettaient en concurrence de nombreux agents d'importation locaux qui travaillaient pour des commissions de plus en plus réduites. À partir de 1998-1999, un système s'était aussi développé en marge de la réglementation nationale dans la zone franche de Waigaoqiao à Shanghai, avec le soutien tacite des autorités. Ce système permettait à des entreprises étrangères d'établir des sociétés commerciales dans cette zone (le plus souvent des boîtes aux lettres), d'y importer leurs produits et de les facturer en monnaie locale à des clients établis en dehors de la zone. Parallèlement, des réglementations « pilotes » étaient édictées pour permettre l'investissement étranger minoritaire dans quelques grands magasins, et des chaînes de distribution comme Carrefour pouvaient, avec le soutien d'autorités locales, prendre le risque de défier les autorités nationales et commencer à développer des hypermarchés.

Le 11 décembre 2001, au démarrage du calendrier de mise en œuvre des engagements de la Chine, les esprits étaient donc préparés à la disparition du régime des droits de commercialisation hérité d'une économie administrée. Les négociations d'entrée à l'OMC avaient été particulièrement précises en matière de distribution, les engagements de la Chine portant non seulement sur les droits d'importation et de commercialisation, accessibles à tous, entreprises purement chinoises ou à capitaux étrangers (sauf pour quelques produits identifiés comme les livres), mais aussi sur la plupart des services liés à la distribution. Fin 2004, les entreprises étrangères étaient autorisées à établir des entreprises à capitaux entièrement étrangers dont l'objet social portait sur la seule commercialisation de produits fabriqués en Chine ou à l'étranger [7].

4. Voir Paolo Farah, « Five Years of China's WTO Membership, EU and US Perspectives on China's compliance with Transparency Commitments and the Transitional Review Mechanism », *Legal Issues of Economic Integration*, Kluver Law International, 2006, p. 263-304.
5. La Loi de la RPC sur le commerce extérieur, adoptée le 12 mai 1994 fixait dans son article 9 des conditions objectives qui permettaient à celles des entreprises justifiant d'un certain volume annuel d'importations ou d'exportations d'obtenir une licence d'opérateur de commerce extérieur délivrée par les départements du ministère des Relations économiques avec l'étranger (MOFTEC selon son acronyme de l'époque).
6. « Machimpex » pour les biens d'équipement ou COFCO pour les produits agroalimentaires entre autres exemples.
7. Voir les *Mesures administratives sur l'investissement étranger dans les entreprises commerciales*, en vigueur à partir du 1er juin 2004, qui fixent l'objet social autorisé des entreprises commerciales à investissement étranger et prévoient la possibilité d'établir des entreprises à capitaux exclusivement étrangers dans ce secteur à partir du 11 décembre 2004 comme prévu dans le Protocole d'accession à l'OMC.

Le régime actuel de liberté de distribution est maintenant si courant qu'on a oublié les fortes contraintes auxquelles les entreprises étrangères étaient autrefois confrontées : outre les intermédiaires imposés pour l'importation de leurs produits sur le marché chinois (avec des recours juridiques limités à ces seuls intermédiaires quand le client final ne réglait pas l'intégralité du prix), le recours à des distributeurs locaux difficiles à contrôler, et même à des hommes de paille pour les opérateurs étrangers qui tentaient de structurer des embryons de réseaux de distribution ou d'ouvrir des boutiques.

Aujourd'hui, le régime de commercialisation en Chine est globalement similaire à celui des pays développés, et les contraintes que rencontrent les entreprises étrangères sont plus d'ordre commercial que juridique. Une concurrence effrénée règne sur le marché chinois, et certaines formes de distribution habituelles en Europe (par exemple les chaînes de distribution spécialisées dans le bricolage ou l'ameublement) n'arrivent pas à s'imposer face à des formes traditionnelles et plus rustiques où la priorité est au prix.

Harmonisation des textes et réformes de l'administration

L'accession à l'OMC a correspondu à une accélération d'un immense travail législatif engagé depuis le milieu des années 1980. Les autorités chinoises ont amendé ou rapporté près de 300 textes réglementaires de portée nationale [8], sans compter un immense travail réalisé au niveau des provinces ou des municipalités. Le plus souvent cependant, ces aménagements législatifs ou réglementaires n'ont concerné que les seules dispositions existantes qui étaient en contradiction avec les règles de l'OMC ou les engagements pris par la Chine dans le Protocole d'accession, le travail législatif reprenant ensuite progressivement son rythme de construction par étapes d'un système juridique de plus en plus complet.

De façon plus générale, le régime applicable aux entreprises à investissement étranger s'est presque entièrement rapproché de celui des entreprises purement chinoises [9]. Le droit du travail s'applique à tous [10], comme le droit fiscal ou le droit des contrats. Le droit des sociétés est presque commun, à l'exception des textes applicables aux sociétés mixtes sino-étrangères, qui conservent des spécificités par rapport à la loi sur les sociétés (et notamment l'exigence d'unanimité au conseil d'administration et d'approbation par l'administration des questions les plus importantes, gage de protection des intérêts minoritaires) [11]. Des réglementations autrefois capitales pour les investisseurs étrangers, comme celles applicables aux transferts de technologie [12], ont disparu ou perdu de leur importance.

L'harmonisation du cadre juridique chinois s'est aussi accompagnée dans la décennie 2000 de réformes administratives multiformes qui ont sensiblement amélioré la situation des entreprises étrangères. Le principe de transparence a conduit à l'abandon des règlements internes (*neibu guiding*) qui pouvaient être autrefois présentés aux entreprises étrangères de manière discrétionnaire. Même en l'absence d'un journal officiel national, l'accès aux réglementations est public et facilité par les multiples sites des ministères et autorités de régulation [13]. L'administration en ligne est dans certains secteurs en avance par rapport à l'Europe, des *hot-lines* permettent d'avoir accès à des fonctionnaires compétents qu'on peut interroger sur l'application de telle ou telle réglementation, et ces mêmes administrations sont en général accessibles pour évoquer nombre de questions lors de réunions. Les fonctionnaires ont été rajeunis, avec la nomination de quadragénaires à des postes de direction dans toutes les administrations locales ou provinciales. Mieux formés que leurs prédécesseurs, leur approche des problèmes est beaucoup plus professionnelle, et les arguments qu'ils développent le plus souvent fondés sur des textes réglementaires. Ce changement d'attitude se traduit souvent par des propos tels que « *vous pouvez le faire puisque ça n'est pas interdit par la réglementation* », qui ont remplacé les « *c'est impossible puisque la réglementation n'en parle pas* » qu'on entendait auparavant.

L'accession de la Chine à l'OMC a également renforcé la détermination des autorités centrales à poursuivre les autres dossiers de réforme lancés dès avant 2001, tels que la réforme des entreprises d'État et celle des institutions financières. Validée par le XVème Congrès du PCC en 1997, la politique de réforme des entreprises d'État a consisté à « garder les grandes [entreprises] et libérer les petites » (*zhuada fangxiao*), aboutissant à restructurer à grande échelle des dizaines de milliers d'usines et à concentrer dans quelques grandes entreprises supervisées par la Commission nationale d'administration des actifs d'État (SASAC) les actifs les plus stratégiques (énergie, construction automobile, acier et métaux non-ferreux, aéronautique et spatial, chimie, etc…), soit près de 70% des actifs détenus alors par l'État. De même, l'assainissement du système financier s'est poursuivi avec le cantonnement dans des sociétés de défaisance des prêts non remboursables qui encombraient le bilan des banques chinoises. Ces réformes de fond ont incontestablement contribué à la modernisation de l'économie chinoise, et au maintien d'un fort taux de croissance pendant toute la décennie 2000. Parallèlement, le recentrage de l'administration sur des activités de régulation et la conversion d'anciennes entités administratives en associations professionnelles ou en entreprises indépendantes de services (par exemple pour l'inspection des marchandises, l'ingénierie ou l'architecture) ont également contribué à la création d'un marché plus ouvert, même si les liens historiques et les relations personnelles entre anciens collègues de l'administration sont encore à l'origine de nombre de conflits d'intérêt.

Des engagements globalement respectés

Ces réformes administratives ont permis à la Chine de respecter la lettre des engagements qu'elle avait pris en termes d'accès au marché pour les entreprises étrangères. Décrits dans le Protocole d'accession et ses annexes, ces engagements ont été retranscrits dans les versions successives du Ca-

8. Wang Yong, « Being in the WTO for Ten Years: China's Experience of Learning and Growing Confidence in Global Governance: Institutional Transformation and Interdependence », *RCCBP Working Papers no.* 13, Indiana University Research Center for Chinese Politics & Business, October 2011.
9. Le droit chinois établi à partir du début des années 1980 visait principalement à rassurer les investisseurs étrangers, ce qui explique que les textes régissant l'activité de ces derniers ont souvent précédé le droit commun chinois de tel ou tel domaine. Ainsi, une loi sur les contrats économiques avec l'étranger du 21 mars 1985 est restée applicable jusqu'à la promulgation de la loi sur les contrats du 15 mars 1999. De même, la loi sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers du 1er juillet 1979, celle sur les entreprises mixtes coopératives du 13 avril 1988 et celle sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers du 12 avril 1986 ont précédé la loi sur les sociétés du 29 décembre 1993.
10. Depuis la loi de la RPC sur le travail du 5 juillet 1994.
11. Par exemple, article 36 du règlement d'application de la loi sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers, qui dispose que « *ne peuvent être prises qu'à l'unanimité des membres du conseil d'administration les décisions portant sur 1) la modification des statuts de l'entreprise, 2) la suspension et la dissolution de l'entreprise, 3) les augmentations ou transferts de capital social et 4) la fusion avec une autre organisation économique* ».
12. Voir le règlement de la RPC relatif à l'importation de technologie du 24 mai 1985 et son règlement d'application du 30 décembre 1987, qui encadraient strictement les droits du bailleur de technologie, imposaient une durée maximale aux licences et conditionnaient l'entrée en vigueur de chaque contrat à son approbation par l'administration. Ces règlements ont été remplacés par un règlement du Conseil des affaires d'État du 18 décembre 2001 prévoyant pour la majorité des contrats une simple formalité d'enregistrement et non plus d'approbation.
13. Les sites de certains ministères comprennent également une large palette de lois et règlements traduits en anglais.

talogue d'orientation des investissements étrangers, outil par lequel le ministère du Commerce mentionne une série de productions pour lesquelles l'investissement étranger est interdit, encouragé ou restreint, les activités qui ne figurent pas dans le Catalogue étant par défaut considérées comme autorisées. L'investissement étranger dans les catégories de produits ou services identifiées comme « restreintes » est conditionné par la création de sociétés mixtes, parfois avec participation chinoise majoritaire, et/ou un processus d'approbation spécifique faisant remonter le dossier jusqu'aux autorités nationales. La dernière version du Catalogue, mise en ligne en avril 2011 pour recueillir des commentaires et finalement publiée le 24 décembre 2011 [14], correspond aux priorités affichées des politiques chinoises, en rassemblant dans la catégorie « encouragée » nombre d'activités liées à la protection de l'environnement et aux industries « vertes ».

Les autorités chinoises ne sont généralement pas allées au-delà des engagements d'ouverture du marché prévus dans le Protocole d'accession. Cette situation provoque nombre de frustrations chez ceux qui s'imaginaient que l'accès à l'OMC était le début d'un processus conduisant la Chine à s'ouvrir toujours plus [15]. Certains opérateurs étrangers regardent le marché chinois se développer à grande vitesse sans pouvoir y accéder effectivement, en particulier dans le secteur des services. Les activités de service évoluent en effet rapidement, et leur réalité ne correspond plus forcément à la nomenclature utilisée lors des négociations d'accession il y a une quinzaine d'années. C'est par exemple le cas des nouvelles activités liées aux technologies de l'information.

Rares sont les cas où la Chine a ouvert son marché au-delà de ce qu'elle avait prévu il y a dix ans. On peut toutefois citer les services des agences de tourisme aux voyageurs chinois en dehors de Chine (*outbound tourism*). Le Protocole d'accession à l'OMC prévoyait en effet une ouverture progressive du marché aux opérateurs de tourisme étrangers, mais seulement pour faire venir en Chine des touristes étrangers (*inbound tourism*), ou pour fournir des services à l'intérieur de la Chine (*domestic tourism*). Des tours à l'étranger ne peuvent être vendus que par des agences bénéficiant d'une licence spéciale délivrée par l'Administration nationale du tourisme. En 2010, le nombre de touristes chinois voyageant à l'étranger (57 millions) a pour la première fois dépassé celui des touristes étrangers se rendant en Chine (55 millions) [16], alimentant l'appétit des grands voyagistes étrangers, dont certains avaient commencé à fournir ce type de services à travers des arrangements complexes et peu légaux visant à contourner l'interdiction réglementaire (utilisation de la licence d'un partenaire chinois ou rachat d'une société chinoise titulaire d'une telle licence par exemple). En mai 2011, l'Administration nationale du tourisme a pour la première fois émis trois licences de tourisme à l'extérieur de la Chine à des opérateurs étrangers, dans le cadre d'un projet « pilote » qui préfigure souvent un assouplissement plus général. Dans ce secteur particulier, on peut imaginer que plusieurs facteurs ont concouru à une ouverture du marché non prévue au départ : le développement rapide du marché permettant à chacun d'y trouver sa place, la demande des clients chinois de pouvoir voyager dans le monde dans les mêmes conditions que les étrangers, de nouveaux systèmes permettant à chacun de réserver via internet les tours de son choix, ou encore le fait que l'interdiction réglementaire portant sur le "outbound tourism" étant déjà contournée par certains opérateurs à capitaux étrangers, les autorités ont préféré accompagner une évolution jugée inéluctable.

Les difficultés d'accès au marché

Dix ans après l'accession à l'OMC, les entreprises étrangères ont-elles trouvé sur le marché chinois les compensations d'une concurrence accrue des produits chinois sur les marchés extérieurs ? La réponse à cette question varie sans doute en fonction des secteurs concernés. Globalement, les entreprises étrangères qui développement en Chine une part significative et rentable de leurs activités, visible dans leur bilan, soit en y exportant soit en y fabriquant localement, appartiennent à certains secteurs identifiés : le luxe et les cosmétiques, le vin et certains alcools, l'automobile [17], Airbus ou Boeing dans l'aéronautique, les produits de base, ressources énergétiques et matières premières qui nourrissent l'industrie chinoise, les composants électroniques fabriqués principalement au Japon, à Taiwan et en Corée et intégrés ensuite en Chine ou encore certains biens d'équipement qui permettent à des pays bien positionnés dans ce secteur, comme l'Allemagne, de profiter à plein de la croissance chinoise. En revanche, nombreux sont les secteurs dans lesquels les opérateurs étrangers n'ont accès qu'à une fraction du marché chinois : banque et assurance (autour de 2 % de part de marché), énergie et transport (du fait de la présence de concurrents chinois à qui sont de fait réservés les grands contrats), services d'opérateurs téléphoniques (encore contrôlés par trois opérateurs chinois soucieux de ne pas partager un marché profitable), secteur de la construction (1 % de part de marché [18]) et bien d'autres marchés de services professionnels. Alors que la Chine a dépassé l'Allemagne comme premier exportateur mondial, et que la concurrence de ses produits figure comme l'une des causes principales du mouvement de désindustrialisation de certains pays occidentaux, son adhésion à l'OMC n'a-t-elle été qu'un leurre ? Et si la Chine a globalement respecté la lettre de ses engagements d'accès à l'OMC, pourquoi les entreprises étrangères ont-elles tant de difficultés à trouver leur place sur le marché chinois ?

L'absence d'un principe de liberté du commerce

En cherchant à analyser les obstacles auxquels font face les entreprises étrangères en Chine, on doit noter en premier lieu l'absence d'un principe de liberté du commerce et de l'industrie dans la réglementation et la pratique administrative chinoises, qui forme l'arrière-fond de nombre de difficultés. C'est peut-être l'un des paradoxes les plus frappants que de constater qu'un pays où les principes de l'économie capitaliste fonctionnent souvent de manière brutale est aussi le pays qui a conservé une organisation administrative qui approuve, contrôle et régule les activités des entreprises.

La Chine maintient un strict régime d'approbation des investissements étrangers, quels qu'ils soient. Les entreprises à capitaux étrangers ne peuvent être établies qu'après approbation du ministère du Commerce (MOFCOM) ou plus souvent de ses émanations locales ou provinciales. Ce contrôle porte aussi bien sur l'objet social de la société envisagée que sur ses projets d'in-

14. Catalogue d'orientation des investissements étrangers (*Catalogue Guiding Foreign Investment in Industry - Waishang touzi chanye zhidao mulu* 外商投资产业指导目录), révisé en 2011 et publié le 24 décembre 2011 par le Ministry of Commerce ("MOFCOM") et la Commission nationale du développement et de la réforme (National Development and Reform Commission, "NDRC"), applicable à compter du 30 janvier 2012.

15. Voir par exemple le document soumis par le US-China Business Council à la suite de la publication du projet de Catalogue d'orientation des investissements étrangers en 2011, qui indique « *suggérer respectueusement que la version finale du catalogue suive les opinions du Conseil des affaires d'État sur l'importance de l'investissement étranger et manifeste de substantielles nouvelles ouvertures dans* [les secteurs des hautes technologies et services modernes] *et dans d'autres secteurs* », *in* USCBC Recommendations for Revisions to the 2011 Catalogue Guiding Foreign Investment in Industry, p. 1.

16. European Business in China Position Paper 2011/2012, Travel Working Group, p. 257.

17. La Chine est devenue le premier marché mondial pour les véhicules de tourisme, avec 14 millions de véhicules vendus en 2010, dont 800 000 importés, en particulier des berlines allemandes haut de gamme. Voir *European Business in China Position Paper 2011/2012*, Automotive Working Group, p. 111.

18. *European Business in China Position Paper 2011/2012*, Construction Working Group, p. 215.

vestissement. Si ceux-ci touchent des secteurs réglementés, ou font l'objet de politiques nationales (l'acier, l'aéronautique, la construction automobile…), ou encore dépassent certains montants, la Commission nationale du développement et de la réforme (NDRC, anciennement Commission du plan) doit étudier et approuver le projet pour qu'il puisse être mis en œuvre. Dans les services financiers, les autorités de régulation mises en place [19] approuvent et supervisent les activités des banques, compagnies d'assurance ou autres institutions financières à capitaux étrangers. Pour les projets les plus simples, tels que la création d'une filiale commerciale ou d'une usine de fabrication de produits non réglementés, l'approbation se passe au niveau local et est généralement relativement rapide. Mais on constate au fur et à mesure des années une augmentation du degré d'exigence des autorités d'approbation sur les documents à fournir, leur conformité à des standards qui diffèrent d'une municipalité à l'autre, ou encore le formalisme applicable à certains d'entre eux.

Le contrôle de l'objet social par les autorités administratives est à cet égard assez emblématique. Contrairement aux pays occidentaux dans lesquels la création d'une société est une formalité et l'objet social des entreprises une clause de style qui permet d'y intégrer toutes les activités imaginables, la Chine applique un principe restrictif de l'objet social, au moment de la création de la société (vérification que la société à capitaux étrangers est établie pour des activités autorisées selon le Catalogue d'orientation des investissements étrangers) mais aussi lors d'un contrôle annuel qui permet à l'Administration de l'industrie et du commerce (*Gongchangju*) de vérifier que l'entreprise opère pour les seules activités permises par son objet social. L'objet social conditionne non seulement l'activité des entreprises, mais aussi leur statut fiscal. Ainsi, une entreprise de prestations de services, soumise à la taxe sur l'activité, n'aura-t-elle pas accès aux mécanismes de TVA [20] et sera donc empêchée d'acheter des produits pour les revendre. Les entreprises qui s'engagent dans des activités non autorisées par leur objet social courent le risque de sanctions allant d'une simple amende à la révocation de leur licence d'activité, dans un contexte où les dénonciations à l'administration ne sont pas rares.

À ce contrôle de l'objet social, s'ajoute un régime de délivrance de permis et licences dans nombre d'activités, qui permettent d'en restreindre le champ géographique (par exemple les licences délivrées province par province pour les activités d'assurance) ou de contrôler le nombre d'opérateurs dans certains secteurs (la publicité, les études de marché ou les activités d'enseignement sont des exemples parmi d'autres). La certification des produits n'échappe pas pour sa part à des pratiques discrétionnaires ou discriminatoires.

Le régime de contrôle des changes est un autre obstacle auquel les entreprises étrangères ou à capitaux étrangers doivent faire face. Les règles de l'OMC n'imposent pas à un pays membre une convertibilité totale de sa monnaie, mais seulement la libre convertibilité des montants correspondant à des opérations courantes (achats de biens et services, paiement de salaires ou de dividendes en devises, etc.). Le contrôle des changes a en l'espace d'une décennie changé d'objet. Alors qu'il avait été conçu pour prévenir l'évasion de devises, il est utilisé aujourd'hui à titre principal pour protéger la Chine des flux entrants de devises, en raison des contraintes que ces mouvements font peser sur la monnaie chinoise. On ne compte plus en pratique les difficultés de gestion provoquées par le régime de contrôle des changes pour les filiales chinoises d'entreprises étrangères : impossibilité d'avances en compte courant par les maisons mères (qui doivent prendre la forme de prêts d'actionnaires documentés et enregistrés auprès du contrôle des changes), difficultés de financement d'opérations de développement en Chine autrement que par des augmentations de capital (soumises à approbation), factures de prestataires étrangers à des entités chinoises dont le règlement est retardé ou considéré comme « trop complexe » par un client chinois sous le prétexte du contrôle des changes, ou encore impossibilité pratique de transférer des capitaux étrangers pourtant dûment approuvés quand le bureau local du contrôle des changes a épuisé son quota annuel d'entrée de devises, et que ses fonctionnaires se voient privés de prime en cas de dépassement. Les garanties en devises obéissent au même régime d'enregistrement préalable auprès du contrôle des changes que les flux de capitaux. Elles provoquent elles aussi nombre de problèmes, depuis la difficulté pour une maison-mère d'étendre des garanties aux activités ou aux emprunts de sa filiale chinoise, jusqu'à la difficulté de mettre en place des garanties de passifs au profit d'acquéreurs étrangers d'entreprises, en passant par la difficulté pour une entreprise ou une banque étrangère de prendre une hypothèque ou un autre type de sûreté en Chine.

Les outils de la résistance à l'ouverture du marché

Dès lors que ne souffle pas en Chine un « esprit de l'OMC » qui conduirait les autorités à libéraliser globalement l'accès au marché, quels outils sont utilisés pour résister aux demandes et aux initiatives des entreprises étrangères ? Même s'ils sont souvent multiformes, on peut leur reconnaître une certaine subtilité, empêchant généralement de pointer du doigt une violation flagrante des engagements pris lors de l'accession ou par rapport aux règles de l'OMC.

Un premier outil tient dans l'application du principe du traitement national. Une complexité applicable aux entreprises chinoises est également applicable aux entreprises à capitaux étrangers, même si elle empêche ces dernières d'accéder effectivement au marché. Le secteur de la construction est l'un des secteurs dans lesquels l'application du traitement national conduit à l'exclusion pratique de nombre d'opérateurs étrangers. Le ministère de la Construction a en effet mis en place un contrôle de la qualification des entités autorisées à travailler pour des projets de construction, en délivrant des qualifications de grade A, B ou C en fonction de la difficulté technique du projet, avec des sous-qualifications applicables à certains types d'ouvrages. Ce système de qualification s'applique tant aux sociétés de construction elles-mêmes qu'aux entités spécialisées dans l'architecture, l'ingénierie, le contrôle technique ou la gestion de projet. Le Protocole d'accès à l'OMC prévoyait une certaine ouverture du secteur de la construction aux entreprises à capitaux étrangers, mais ces dernières se voient le plus souvent interdites de participer aux projets qui les intéressent, généralement ceux qui nécessitent une qualification de grade A. Les exigences pour obtenir – et conserver – cette qualification comprennent par exemple un nombre minimum d'ingénieurs et de techniciens qualifiés, un niveau minimum de capital social ainsi qu'un portefeuille de projets similaires déjà réalisés [21]. Ces critères s'appliquent à toutes les entreprises à capitaux chinois ou étrangers, mais autant il est aisé pour un cabinet d'architecte ou d'ingénierie chinois de justifier d'une équipe existante et d'un portefeuille de projets, autant il est difficile à une firme étrangère de pouvoir justifier d'une expérience

19. China Banking Regulatory Commission (CBRC), China Insurance Regulatory Commission (CIRC), China Securities Regulatory Commission (CSRC).

20. Au moins jusqu'à l'instauration d'une TVA sur les activités de services, dont la mise en place a déjà commencé à Shanghai pour les services à haute valeur ajoutée, et dont la généralisation est annoncée.

qualifiante alors que seuls les projets réalisés en Chine sont acceptés par les autorités chargées d'examiner le dossier de qualification. Faute d'expériences qualifiantes en Chine, pas de qualification ; faute de qualification, pas de possibilité de constituer un portefeuille d'expériences qualifiantes et pas d'accès véritable au marché.

L'exclusion du marché faute de partenaire local est un autre outil de résistance. On peut en trouver l'illustration dans le secteur des télécommunications, pour lequel les négociateurs américains et européens avaient durement négocié des possibilités d'accès au marché pour leurs opérateurs, dans le cadre de sociétés mixtes, dans un contexte où les projets d'opérateurs étrangers dans le cadre de projets « CCF » (China-China-Foreign) venaient d'être démantelés sur instruction des autorités nationales [22]. Ces sociétés ne pouvant être établies qu'avec des partenaires chinois disposant d'une licence d'opérateur téléphonique, et les trois sociétés du secteur étant soucieuses de maintenir leur monopole, aucune société mixte sino-étrangère n'a jamais pu être établie pour des services en téléphonie fixe ou mobile et aucun opérateur étranger ne s'attend à pouvoir exercer des activités dans ce secteur en Chine, alors même que les services de télécommunications à valeur ajoutée, largement définis et supervisés par le ministère des Industries de l'information sont eux aussi très peu ouverts [23].

L'application différenciée de la réglementation constitue un troisième outil, identifié comme obstacle majeur par les entreprises européennes interrogées par la Chambre de commerce européenne [24]. Les entreprises à capitaux étrangers se sont habituées, pendant de longues années, à payer des cotisations sociales pour leurs employés alors que leurs concurrentes chinoises avaient souvent la possibilité, grâce à des accords spécifiques avec les autorités locales, de ne régler que des montants forfaitaires beaucoup plus réduits. Depuis la promulgation de la loi sur les contrats de travail [25] et d'autres textes relatifs à la protection sociale, l'harmonisation est en route, selon des taux de cotisation applicables à tous. Il n'empêche qu'après le déclenchement de la crise financière en 2008, nombre d'entreprises purement domestiques, qui souffraient d'un ralentissement de leurs exportations, ont été de fait exemptées de l'application de textes nationaux qui continuaient à s'appliquer aux entreprises à capitaux étrangers. Des usines à capitaux étrangers peuvent se voir appliquer des amendes pour non-respect de la réglementation environnementale ainsi que des injonctions de réalisation de travaux de mise aux normes alors que des usines voisines et concurrentes avec des rejets de polluants beaucoup plus significatifs et dangereux échappent à toute sanction. Des assureurs étrangers se plaignent de ce que les restrictions imposées à la distribution de produits d'assurance par les réseaux bancaires (qui, générant des commissions importantes, ne peut être mise en place qu'à travers des accords avec les banques au niveau central, et non de leurs succursales locales) sont appliquées de façon différenciée aux compagnies avec ou sans capitaux étrangers, ces dernières continuant des pratiques de commissionnement des succursales locales des banques alors que l'autorité de régulation a déjà sanctionné des compagnies à capitaux étrangers pour les mêmes pratiques.

Ces pratiques discriminatoires rejoignent les difficultés d'accès aux marchés publics, qui sont en tête des priorités de l'Union Européenne et des États-Unis dans leurs discussions actuelles avec la Chine [26]. On constate en effet que les entreprises étrangères ou à capitaux étrangers peuvent se voir de fait exclues de certains marchés gouvernementaux ou lancés par des entreprises d'État, même après avoir investi dans des capacités de production locale et avoir adapté leurs produits aux normes chinoises. Des entreprises d'origine européenne se sont par exemple plaintes de leur exclusion des gigantesques projets éoliens envisagés en Chine, en particulier en offshore [27].

Dans ce secteur particulier de l'éolien offshore, les raisons données par les autorités chinoises pour imposer aux soumissionnaires étrangers des sociétés mixtes à participation chinoise majoritaire tiennent à des impératifs de sécurité nationale [28]. Le concept de sécurité nationale est un outil de plus en plus souvent utilisé pour restreindre l'accès au marché, en empêchant l'acquisition par des entreprises étrangères d'entreprises chinoises dans plusieurs secteurs d'activités (comprenant naturellement les entreprises du secteur de la défense, mais aussi des entreprises dans certains secteurs clés de l'agriculture, de l'énergie et des ressources, des systèmes de transport ou de certains biens d'équipement) [29]. Il transparaît également dans la politique de normalisation conduite par la Chine, ainsi que dans bien d'autres domaines, par exemple dans la politique applicable au cryptage des systèmes d'information, qui couvre à la fois les utilisations militaires et commerciales et oblige les fabricants étrangers à dévoiler des informations très confidentielles comme celles concernant les codes sources des système de cryptage [30].

La Chine utilise donc pleinement des barrières non-tarifaires pour protéger son marché ou favoriser ses entreprises. D'autres États membres de l'OMC ne se privent pas d'utiliser des moyens similaires pour protéger leurs marchés, ou de faire appel à des impératifs de sécurité nationale pour empêcher des entreprises étrangères d'acquérir certains fleurons de leurs industries. La situation est cependant spécifique en Chine en raison de l'importance des enjeux commerciaux (les perspectives du marché local nourrissent des attentes particulières de la part des entreprises étrangères) et de la concurrence à laquelle les entreprises occidentales doivent de plus en plus faire face, sur leurs propres marchés et sur des marchés tiers, de la part de nouveaux challengers chinois. Elles ont le

21. European Business in China Position Paper 2011/2012, European Union Chamber of Commerce in China, section Construction, p. 216-217. Disponible en ligne : http://www.europeanchamber.com.cn/view/static/?sid=9236 (consulté le 17 février 2012).
22. Les projets CCF avaient été établis par des opérateurs étrangers avec des opérateurs chinois sous la forme de sociétés de services à capitaux exclusivement étrangers qui finançaient des investissements des opérateurs chinois et leur facturaient des prestations techniques permettant, selon un schéma contractuel, un partage des risques et revenus. Ces projets, approuvés par le ministère du Commerce, ont été déclarés « irréguliers » par le ministère des Industries de l'information en octobre 1998.
23. European Business in China Position Paper 2011/2012, Information and Technology Working Group, p. 225.
24. « L'application discrétionnaire de lois et règlements rédigés de façon large » est l'obstacle réglementaire majeur pour 46 % des entreprises européennes interrogées dans l'enquête annuelle sur la confiance des entreprises européennes présentes en Chine réalisée par la Chambre de commerce européenne en association avec Roland Berger en 2011.
25. Loi de la RPC sur les contrats de travail du 29 juin 2007, entrée en vigueur le 1er janvier 2008.
26. Négociation en cours sur l'adhésion de la Chine à l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (WTO GPA).
27. *European Business in China Position Paper 2011/2012*, *op.cit.*, section Renewable Energy, p. 196.
28. *Ibid.*
29. Les dispositions sur l'acquisition d'entreprises domestiques par des investisseurs étrangers de 2006 mentionnaient un contrôle possible au titre de la sécurité nationale, qui a été formalisé dans une Circulaire du Conseil des affaires d'État du 5 mars 2011 (circulaire du Bureau général du Conseil des affaires d'État sur l'établissement d'un système de contrôle au titre de la sécurité des fusions et acquisitions d'entreprises domestiques par des investisseurs étrangers). La pratique du contrôle des concentrations, engagée à partir de 2003 et réellement mise en œuvre à partir de l'entrée en vigueur de la Loi anti-monopole le 1er août 2008, n'a pas jusqu'à présent dissipé les suspicions d'utilisation à des fins de protectionnisme économique.
30. « *Information security regulation in China is marked by heavy restrictions towards foreign market access on the grounds of appeals to national security, as well as a lack of clarity and transparency* », European Business in China Position Paper 2011/2012, *op.cit.*, section Information Security Industry, p. 229.

sentiment, bien souvent fondé, qu'il n'existe pas de réciprocité dans les conditions d'accès au marché chinois et au marché de leurs pays d'origine [31].

Le principe du traitement national, inscrit dans les gènes de l'OMC, oblige un État-membre à traiter sur un pied d'égalité toutes les entreprises, purement domestiques ou à capitaux étrangers. La nationalité d'une entreprise est d'ailleurs devenue un concept discuté en Europe, récusé par certaines d'entre elles qui se qualifient d' « internationales ». La Chine reste pour sa part soucieuse de la nationalité de ses entreprises, et peine à traiter toutes les entreprises de la même manière. Si le Premier ministre Wen Jiabao déclare le 13 septembre 2010 qu'il « *souhaite redire ici que toutes les entreprises enregistrées en Chine selon les lois chinoises sont des entreprises chinoises* » [32], c'est que les choses sont en général perçues différemment tant par la plupart des investisseurs étrangers que pour nombre d'administrations et de fonctionnaires chinois.

De fait, la Chine conduit une politique qualifiée par certains de « gaullienne » visant à acquérir une autonomie dans la plupart des secteurs industriels et à lancer ses champions nationaux à la conquête des marchés mondiaux. Elle n'hésite pas pour ce faire à conditionner l'accès de ses propres marchés à des transferts de technologie, ou à réserver à ses entreprises nationales des subventions ou des conditions d'accès préférentielles aux financements bancaires. Soucieuse d'accompagner la montée en gamme de l'industrie et d'encourager les activités de recherche et développement, elle a édicté une politique d'« innovations indigènes » multiforme. Si le gouvernement chinois a renoncé à conditionner l'accès aux marchés publics aux seuls produits figurant dans la liste des « innovations indigènes » qu'il a établie, les pratiques des autorités, notamment locales, semblent souvent différentes aux opérateurs étrangers. Sans être naïf sur les mesures que prennent également nombre de pays pour favoriser leurs entreprises, l'articulation du principe du traitement national avec la légitimité de la politique chinoise de développement économique pose cependant de nombreuses questions.

Des améliorations possibles ou des blocages structurels ?

Dans ce contexte, existe-t-il des marges d'amélioration pour que soient mieux respectés en Chine les principes de transparence, de traitement national et de recours juridictionnel qui structurent la démarche de l'OMC ? En d'autres termes, doit-on considérer que les dysfonctionnements du marché, le non-respect de la propriété intellectuelle, la corruption ou encore l'absence de fiabilité du système judiciaire disparaîtront au fur et à mesure du développement économique et de la modernisation de la Chine, ou bien se trouve t-on dans une situation spécifique qui conduirait à considérer que du fait d'obstacles de nature politique ou culturelle, la Chine resterait toujours un cas particulier dans les relations commerciales internationales ?

Le dossier de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle est un domaine qui focalise l'attention des principaux partenaires de la Chine depuis de nombreuses années, la Chine étant perçue comme « le » pays de la contrefaçon. L'accession à l'OMC a permis de combler les différences qui subsistaient dans la législation chinoise avec les principes figurant dans les règles de l'OMC [33]. La reconnaissance des marques notoires a ainsi vu le jour, tout comme a été autorisé le dépôt de marques tridimensionnelles. Les choses ont-elles réellement changé pour autant ? On peut faire crédit aux autorités chinoises de conduire plus qu'auparavant des campagnes anti-contrefaçons, de chercher à développer chez les consommateurs le sens de la qualité des produits et d'avoir compris l'utilité économique de la protection des marques. Cependant, le parasitisme commercial reste endémique à coté des contrefaçons qui continuent de toucher les produits chinois comme les produits étrangers.

Sans procéder à une analyse technique de ces questions, qui irait bien au-delà du cadre de cet article, on peut souligner une déviation en Chine du sens de la propriété intellectuelle tel qu'il figure dans le régime conventionnel mis en place à partir de la fin du XIX[e] siècle, et auquel la Chine a adhéré. Certes, le régime de protection des brevets fait l'objet d'interrogations et de remises en cause au niveau mondial, notamment pour des produits comme les médicaments dont sont exclues les populations les plus défavorisées. Mais c'est en Chine que se développent les critiques les plus globales sur le pouvoir de marché obtenu par les entreprises internationales à travers leurs droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, l'objet même du brevet comme protection temporaire d'une découverte, ou des marques comme protection de la renommée des produits, semble remis en cause par les pratiques d'entreprises chinoises, parfois avec la complicité des bureaux d'administration des marques ou des brevets. Les entreprises étrangères qui respectent le principe de revendications de brevet limitées aux seules inventions brevetables (notamment au regard du caractère de nouveauté) sont défavorisées par rapport aux entreprises chinoises qui parviennent à déposer – et à maintenir – un champ de revendications singulièrement plus large avant d'attaquer les entreprises étrangères pour contrefaçon. Les recherches sur le caractère de nouveauté des demandes de brevets, que les examinateurs chinois sont obligés de conduire depuis 2009, n'empêchent pas certaines entreprises chinoises de déposer des brevets pour des inventions tombées dans le domaine public à l'étranger. Les avantages fiscaux applicables aux entreprises à technologie avancée, qui doivent justifier d'au moins deux brevets déposés, conduisent à un commerce de brevets artificiels qui relativise en partie la forte augmentation du nombre de brevets déposés en Chine ces dernières années. Les marques notoires, qui font l'objet d'une reconnaissance par l'administration ou par les tribunaux, deviennent aujourd'hui un outil marketing affiché par des marques chinoises largement inconnues jusqu'alors, au point que les autorités chinoises ont cherché à limiter les possibilités de reconnaissance des marques notoires par les tribunaux.

Ces déviations par rapport à l'esprit du régime international de protection de la propriété intellectuelle traduisent-elles un état d'immaturité du marché chinois, qui disparaîtrait progressivement, ou bien le signe d'une conception de la propriété intellectuelle particulière à la Chine et donc durable ? Les arguments ne manquent pas à l'appui de l'une ou l'autre thèse.

Jouer avec la règle

Ces problèmes d'application de la réglementation sur la propriété intellectuelle rejoignent d'autres constatations sur la pratique juridique en Chine. Celle-ci donne souvent l'impression que la règle de droit est moins le cadre de la loyauté des transactions commerciales qu'un outil avec lequel certains peuvent jouer mieux que d'autres. Dans la plupart des pays, les règles sont

31. « *Compared to its major trading partners, China is by far the most restricted in foreign investment, both in restricting and in requiring approval of individual investments rather than simple registration or notification. Since China is now growing rapidly as a foreign direct investor, the lack of reciprocity will certainly lead to friction.* », Christian Murck, président de la Chambre de commerce américaine en Chine (AmCham China), « On the Tenth Anniversary of China's WTO Accession », *Caixin*, 11 janvier 2012.
32. « China's Wen promises fair play for foreign investors », *Reuters*, 13 septembre 2010.
33. Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPs en anglais).

nombreuses et parfois trop complexes, mais des principes irriguent le droit et permettent au juge de siffler la fin de la partie lorsqu'on essaie de trop tirer sur la lettre pour contourner l'esprit. En Chine, la réglementation s'étend de la même façon, parfois plus technique et complexe pour s'adapter aux problèmes nés d'un développement économique rapide, parfois volontairement floue pour laisser des marges d'appréciation suffisante à l'administration. Mais bien souvent, l'approche des entreprises chinoises, de l'administration ou des tribunaux traduit une conception purement fonctionnelle de la règle, détachée des principes qui devraient la faire vivre.

L'affaire Danone/Wahaha est assez emblématique à cet égard. Sans pouvoir en connaître tous les tenants [34], on peut noter que Danone avait acquis 51 % du capital de Wahaha au milieu des années 1990, et que par suite d'un différend entre Zong Qinghou, le fondateur de Wahaha, qui souhaitait développer l'usage de la marque pour d'autres produits en dehors de la société mixte, et Danone qui souhaitait l'en empêcher, plusieurs procédures ont été lancées en Chine et en dehors de Chine. L'affaire, qui a conduit à de larges débats sur Internet, n'a pu faire l'objet d'une conciliation sous l'égide des pouvoirs publics chinois et français, conduisant Danone à céder ses parts après avoir mis fin à la procédure d'arbitrage qu'elle avait lancée. De fait, on peut noter qu'il n'a pas été possible à Danone de faire jouer ses droits d'actionnaire majoritaire, que l'opinion publique chinoise a largement défendu un actionnaire chinois opposé à une multinationale étrangère sans prendre en compte ce qu'ils avaient convenu au départ, et que le principe de force obligatoire des contrats a cédé devant l'idée qu'un actionnaire étranger qui ne faisait que profiter de la croissance des activités de la société dans laquelle il avait investi n'était pas légitime pour interdire au gestionnaire chinois de mener la politique de son choix.

Dans cette affaire comme dans d'autres, on constate que la notion même de contrat n'a en pratique pas le même sens en Chine et en Europe. Ce n'est pas la règle de droit qui est en cause (le droit chinois des contrats est proche de celui que nous connaissons en Europe continentale), mais son application. Le contrat est moins ce qui fige à un instant de raison la volonté des parties que le cadre de leurs relations, et doit évoluer au fur et à mesure des changements de circonstances. D'où renégociations constantes et une certaine « bonne foi » des parties chinoises dans leur refus d'appliquer telle ou telle clause d'un contrat [35].

Les juges chinois sont de plus en plus professionnels, mais contraints de travailler dans une organisation qui ne garantit pas leur indépendance. Les tribunaux peuvent parfois devenir, par le jeu de différentes formes de pressions, l'outil d'un protectionnisme local, amoindrissant l'efficacité des recours juridictionnels prévus par les règles de l'OMC. Les entreprises étrangères ou à capitaux étrangers répugnent à demander au juge chinois de régler des différends commerciaux, et préfèrent le compromis et la discussion plutôt que le risque d'une procédure entravée ou sous influence. Elles n'agissent quasiment jamais contre l'administration, même lorsque cette dernière ne respecte pas ses règles. Elles acceptent souvent de payer des amendes injustifiées et de se soumettre à des injonctions abusives plutôt que de contester ces décisions administratives devant la justice, craignant une mauvaise image ou même des mesures de rétorsion si elles s'engageaient dans une voie contentieuse.

Ces constatations, qui ne correspondent pas à des exemples isolés, traduisent la situation de l'État de droit en Chine dix ans après son accession à l'OMC, avec des progrès dans un contexte qui reste peu transparent, la règle de droit étant bien souvent utilisée dans le seul sens de la protection des intérêts locaux ou nationaux. Il était sans doute illusoire de penser que l'accès de la Chine à l'OMC allait brutalement changer le système administratif et judiciaire chinois. Restent des questions en suspens, et notamment sur les marges d'amélioration du cadre des affaires en Chine au regard des principes d'application loyale des règles, de transparence administrative, de traitement national et de recours juridictionnel effectif qui transparaissent dans les règles de l'OMC. Certains recommandent la patience pour permettre à la Chine de moderniser ses traditions au fur et à mesure de son intégration dans le commerce mondial, confiants que le développement économique rapide du pays aboutira un jour à une harmonisation des règles autant que de la pratique. D'autres en revanche sont plus circonspects, se demandant si la Chine n'a pas épuisé toutes les marges d'amélioration de son système actuel, et si des améliorations futures sont possibles tant que le régime n'a pas trouvé les perspectives d'une véritable réforme politique [36]. Il est intéressant de noter que ces différences d'analyse entre les « optimistes » et les « pessimistes » traversent tant les entreprises étrangères installées en Chine que les commentateurs chinois eux-mêmes.

Aborder la modernisation de la Chine sous l'angle juridique, c'est être nécessairement impressionné par les efforts réalisés pour construire, presque de toutes pièces, un système juridique relativement complet. Mais l'expérience de la pratique du droit en Chine amène également son lot de déceptions et de frustrations devant le caractère souvent peu opératoire de la règle de droit.

Il y a dix ans, la Chine réclamait son accession à l'OMC comme faisant partie de son statut de grande puissance en devenir. Son argument d'une OMC incomplète sans la présence d'un des grands acteurs du commerce mondial était accepté par les États-membres, qui avaient cependant cherché des garanties et compensations sous la forme d'accès au marché et de baisses des droits de douane. En dix ans, le contexte international a singulièrement changé. La Chine a plus que tout autre pays profité de la mondialisation des échanges, mais doit faire face à l'augmentation du coût du travail et à la réorientation de son système économique vers une croissance plus respectueuse des ressources naturelles et plus tournée vers son marché intérieur. Le modèle que pouvaient représenter les pays occidentaux a été atteint par la crise financière de 2008, tandis que les classes dirigeantes doivent faire face à des pressions de plus en plus fortes en faveur de perspectives de « démondialisation » ou de retour à des formes de protectionnisme. On mesure aujourd'hui que l'harmonisation des règles du commerce mondial ne pourra se faire par simple transplantation d'un système « occidental », tandis que le besoin de régulation internationale reste plus urgent que jamais. On aimerait dans ce contexte que les acteurs chinois, confrontés eux aussi à des difficultés d'accès aux marchés des pays occidentaux et de problèmes nouveaux de gestion de filiales à l'étranger, puissent proposer des perspectives d'évolution et d'harmonisation des pratiques, qui ne pourront cependant être crédibles que si elles sont fondées sur une plus grande réciprocité.

34. Les parties ont mis fin à leur conflit par un protocole transactionnel contenant très certainement une clause de confidentialité les empêchant de témoigner dans ce qui serait pourtant un cas d'école des relations entre partenaires chinois et étranger dans une société mixte. On sait que le contrat d'acquisition initial prévoyait un transfert de la marque à la société mixte, que ce dernier n'a pu être effectué pour des raisons tenant à l'administration chinoise et qu'un contrat de licence a organisé dans l'intervalle les conditions d'utilisation de la marque par la société mixte. Les clauses de règlement des litiges, différentes selon les contrats, ont abouti à l'ouverture d'une procédure d'arbitrage international à Stockholm sur le fondement du contrat de société mixte, et d'une procédure d'arbitrage interne à Hangzhou sur le fondement du contrat de licence de marque.

35. Pour prendre un exemple parmi d'autres, une entreprise européenne qui avait signé un contrat de société mixte avec un partenaire chinois il y a une quinzaine d'années, comportant une clause interdisant au partenaire chinois de concurrencer la société mixte, se voit tout simplement proposer, lorsqu'elle évoque avec son partenaire le non respect avéré de cette non-concurrence, de supprimer la clause ancienne pour mettre le contrat en conformité avec ce qui est devenu une nouvelle réalité.

36. Wu Bangguo, président de l'Assemblée nationale populaire, en répétant dans son rapport de travail le 11 mars 2011 le maintien de la ligne d'un « système juridique aux couleurs de la Chine » et en récusant la séparation des pouvoirs à l'occidentale, illustre la ligne de ceux qui se refusent à toute évolution de fond.