

La Chine et la mondialisation du droit

BIN Li

11 avril 2012

L'adhésion à l'OMC en 2001 marque en Chine une étape majeure car elle renforce l'interaction entre le droit interne et le droit international. Au lieu de s'entendre comme la simple réception des normes internationales ou/et étrangères en droit chinois, la mondialisation du droit n'est plus désormais à sens unique, car la montée du poids économique et financier de la Chine remet en cause l'adaptation passive du droit chinois à ces normes. Cette évolution nous met en demeure de repenser l'universalisme du droit international pour tenir en compte des besoins légitimes de la Chine, de son rôle dans la construction d'un droit commun à toutes les civilisations. Tout un programme, bien abstrait pour une culture chinoise qui se définit avant tout par son pragmatisme. En dépit de récents rapprochements, les divergences quant à la responsabilité, la territorialité et la souveraineté sont profondes et c'est pourquoi il est à craindre qu'elles durent longtemps. Dressons donc un bilan de la position actuelle de la Chine avant d'imaginer sa possible transformation dans une perspective dynamique.

I. La position actuelle de la Chine sur les trois notions fondamentales du droit international : responsabilité, territorialité et souveraineté

S'agissant de la responsabilité de l'Etat, la position de la Chine est sélective. Le refus de ratifier le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, comme l'incertitude sur l'admission des recours individuels en matière de droits de l'homme, dans l'attente de la ratification du Pacte International relatif aux droits civils et politiques et du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, mettent la Chine à l'abri de possibles mises en cause par des particuliers. En matière de commerce international en revanche, les mécanismes de règlement des

différents et d'examen des politiques commerciales dans le cadre de l'OMC ont pour effet, quoiqu'indirect, d'engager la responsabilité de l'Etat chinois à l'égard des particuliers, notamment quant à la protection de la propriété intellectuelle. L'acceptation plus générale de l'arbitrage international (CIRDI, tribunal d'arbitrage *ad hoc*) pour régler les différends avec les investisseurs étrangers implique que la Chine peut voir sa responsabilité engagée envers des acteurs privés économiques et financiers. On voit donc que la mise en cause de l'État n'est pas la même suivant que l'on se trouve dans le domaine du commerce mondial ou des droits de l'homme.

S'agissant de la responsabilité des entreprises, celle-ci a été établie par la loi chinoise de 2005 sur les sociétés. Elle ne résulte donc plus seulement d'une obligation morale mais d'une norme juridique positive. L'enjeu devient alors que cette norme interne ne reste pas lettre morte – en se cantonnant à postuler une responsabilité floue et molle, donc dépourvue de force – mais qu'elle soit effective dans les faits.

Alors qu'on assiste à une montée en puissance des victimes sur le plan international, le recours, en Chine, d'individus visant à engager la responsabilité des auteurs de préjudices collectifs continue de se heurter à de multiples obstacles. L'action collective reste difficilement admise par la loi, et ce pour des considérations d'ordre social et politique. La Chine a cependant montré une certaine souplesse sur le projet de loi sur la responsabilité de l'Etat, en proposant un mécanisme de « contrôle » lorsque la responsabilité est mise en cause par un Etat autre que l'Etat lésé. Cela est dû à l'insistance de la majorité des Etats et reflète l'influence de la communauté internationale sur la position chinoise.

Les juristes chinois sont d'avis que la territorialité constitue un fondement nécessaire mais non suffisant à l'exercice des compétences de l'Etat. En effet, la territorialité est concurrencée par la nationalité (active, passive), par la protection des intérêts et par la juridiction universelle (dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux). La territorialité, qui détermine les frontières de l'ordre juridique national, semble débordée, au sens propre du terme, par une internationalisation du droit qui remet en cause les frontières nationales. Toutefois, le débordement du principe de territorialité peut prendre une autre signification. Tantôt les frontières nationales sont transgressées

par l'extension de la compétence nationale (extra-territorialité) ; tantôt elles sont intégrées dans un ensemble global plus complexe, par superposition de compétences nationales et internationales (multi-territorialité) ; tantôt on observe une sorte de dilution des frontières qui appelle une coordination et parfois une harmonisation des compétences (trans-territorialité).

La Chine a été d'abord victime de l'extra-territorialité. Après la Guerre de l'Opium en 1840, sa juridiction territoriale s'était vue démembrée par la création de zones de concession dotée de tribunaux autonomes excluant le contrôle de l'État hôte, suivie ensuite par la perte de sa souveraineté fiscale, judiciaire etc. Dans la construction de l'Etat-nation moderne, la Chine (République puis République populaire) a lutté contre l'extra-territorialité des puissances étrangères (dans les zones de concession) pour retrouver une territorialité puis une souveraineté que les responsables politiques souhaitaient absolue. La réforme législative menée par Shen Jiaben à la fin de la dynastie des Qing n'avait pour but que de moderniser le droit chinois, de le rehausser au même rang que celui des États modernes pour effacer ces zones de concession, symboles du démembrement du territoire chinois.

L'extra-territorialité se perpétue néanmoins sous d'autres formes et en d'autres lieux, notamment à travers le phénomène de « *long arm jurisdiction* ». Par exemple, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), aux États-Unis, a produit des effets en dehors du territoire des États-Unis, jusqu'en Chine. L'Assemblée Populaire Nationale Chinoise a ratifié le 28 octobre 2005 la Convention Anti-corruption des Nations-Unies (CAC). Depuis, la Chine a entrepris une série de révision de son code pénal pour être conforme à l'esprit de la CAC. Le 8ème amendement du Code pénal adopté le 25 février 2011 et entré en vigueur le 1er mai 2011, a créé une nouvelle incrimination : la distribution de pots-de-vin à des fonctionnaires publics étrangers ou à des représentants d'organisations internationales. Cette innovation législative peut être considérée comme une extra-territorialité voulue. Dans la pratique, les organes judiciaires chinois (les parquets et les tribunaux) sont prêts à suivre l'exemple américain du FCPA pour exercer une compétence extraterritoriale. Ce changement de la position chinoise qui passe de la résistance à l'acceptation de la compétence extraterritoriale s'explique par l'expansion de l'économie

chinoise vers le marché global, qui craint désormais que la corruption n'affecte ses investissements étrangers.

Au regard des expériences de la Chine, la multi-territorialité peut se fonder sur le principe "un Etat - deux systèmes" (*one country – two systems*), à savoir la politique choisie pour réunifier la Chine continentale, Hongkong et Macao. Les implications sur le plan juridique sont très importantes. La multi-territorialité peut prendre des formes différentes, selon qu'elle se situe à l'échelon régional ou mondial, et selon qu'il s'agit de la matière commerciale ou des droits de l'homme. La Chine semble accepter volontiers la multi-territorialité à l'échelon régional en matière du commerce, par exemple, comme en témoigne la création de la zone de libre-échange entre la Chine et l'ASEAN (Association des nations de l'Asie du Sud-Est), la conclusion du *Mainland and Hongkong Closer Economic Partnership Arrangement*, ainsi que la négociation de l'accord de libre-échange entre la Chine, le Japon et la République de Corée. La Chine est en revanche beaucoup plus prudente quant à la multi-territorialité en matière de droits de l'homme, comme dans le cas du droit international pénal, qui à travers le principe de complémentarité mis en place par la Cour pénale internationale, fait du juge pénal interne un juge mondial. Le gouvernement chinois a affirmé son soutien à la création de la CPI tout en soulignant ses faiblesses. Selon le professeur LU Jianping, l'attitude de la RPC à l'égard de CPI pourrait s'expliquer par sa crainte historique du droit international, ou plutôt de la perte de la souveraineté juridique. Une attitude ouverte et active envers la CPI pourrait aussi bien être dans l'intérêt de la Chine que dans celui de la communauté internationale.

La trans-territorialité, est, quant à elle, liée aux nouvelles interdépendances. L'expérience de la Chine montre que la dilution des frontières qui en résulte, est déjà une réalité. Mais il reste que la trans-territorialité peut menacer l'indépendance des Etats dans leur souveraineté, ce qui explique la prudence de la Chine.

La doctrine et la politique chinoises considèrent la souveraineté comme l'élément constitutif le plus fondamental de l'État comme sujet de droit international. Dans les cinq principes de coexistence pacifique, à savoir, le respect réciproque de la souveraineté et de l'intégrité territoriale, la non-agression mutuelle, la non-ingérence mutuelle dans les affaires

intérieures, l'égalité et avantages réciproques et la coexistence pacifique, initiés et défendus par la Chine pour traiter des relations internationales, le respect réciproque de la souveraineté et de l'intégrité territoriale se trouve au premier rang. Cela illustre l'importance que la Chine attache à ce principe. L'égalité entre tous les États est l'idée sous-jacente de la position chinoise sur la souveraineté. Car sans souveraineté, il n'y a point d'égalité. Le récit de l'histoire de soumission de la Chine aux puissances européennes et américaine n'est que la traduction concrète de son souci de sauvegarder sa souveraineté afin de se maintenir sur un pied d'égalité avec les autres États-Nations.

La Chine est toutefois bien consciente que la souveraineté n'est plus absolue. En participant aux relations d'interdépendance, la relativité de la souveraineté est progressivement acceptée. Mais entre la souveraineté relative et la souveraineté partagée, il faudrait encore examiner la marge ou la limite dans laquelle la Chine peut accepter d'éventuelles restrictions à sa souveraineté. Comme l'explique le Professeur LU, la Chine est confrontée à trois types de mondialisation: la mondialisation économique, que les dirigeants chinois acceptent ; la mondialisation politique, qu'ils refusent ; et la mondialisation juridique, sur laquelle ils hésitent. Le discours de DENG Xiaoping, au cours duquel il affirmait que la souveraineté étatique doit l'emporter sur les droits de l'homme, témoigne de cette hésitation. Ainsi, on voit déjà se dessiner une position chinoise: pour elle, la relativisation résultant des interdépendances pratiques semble plus solide que celle liée aux interdépendances éthiques.

Quant à l'apparition de nouveaux acteurs qui peuvent entraîner un certain partage de la souveraineté entre acteurs étatiques et non étatiques, l'expérience chinoise apparaît particulière : si elle n'accepte pas formellement un tel partage de souveraineté, la Chine semble en revanche admettre la division entre le pouvoir souverain qui demeure un, et le pouvoir d'administration qui peut être pluriel comme le montre la mise en place de la multi-territorialité entre la Chine continentale et les zones d'administration spéciale de Hongkong et de Macao. La Chine réclame la souveraineté étatique sur ces zones d'administration spéciale, tout en laissant à ces dernières le pouvoir d'administration autonome. L'adhésion de Hong Kong à l'OMC renforce l'autonomie de son pouvoir d'administration. La division entre la souveraineté et le pouvoir d'administration, conçue par la loi fondamentale de la zone d'administration spéciale de Hongkong et la loi

fondamentale de la zone d'administration spéciale de Macao, peut amorcer la formation d'un certain partage de la souveraineté, même s'il n'en demeure pas moins qu'entre le pouvoir souverain et le pouvoir d'administration, la différence est à la fois quantitative et qualitative. Mais la division ouvre la voie à un certain assouplissement de la conception absolue de souveraineté, en introduisant une distinction quant à la finalité de la souveraineté, qui peut être étatique mais aussi populaire. Elle introduit un coin qui, à long terme, peut faciliter la reconnaissance aux acteurs non étatiques d'une part de souveraineté, conçue non comme concurrente mais comme complémentaire à la souveraineté étatique.

II. Une analyse de cette position et de ses perspectives

La position de la Chine ne peut se comprendre qu'à l'égard de la situation de l'État et de la société chinoise. Ces réalités sont celles de la construction d'un État moderne, d'un besoin de rattrapage, ainsi que la confrontation aux nouveaux défis de la gouvernance.

Dès 1884, le célèbre philosophe chinois Kang Youwei commence à rédiger son livre intitulé « La Grande Unité » et invente la théorie des trois âges : après avoir traversé l'âge du Trouble, la Chine est entrée dans l'âge de la Petite Prospérité, avant d'entrer dans l'âge de Datong où les gouvernements étatiques seront remplacés par un gouvernement mondial. Liang Qichao, élève de Kang, a publié, en 1900, son fameux article « La Jeune Chine ». Selon Liang, la Chine en tant que telle n'est née qu'en 1911 avec la fondation de la République de Chine. La réforme juridique menée par Shen Jiaben s'inscrivait dans la quête de modernité dont l'objectif était de construire un pays civilisé. Ce détour historique pour rappeler que la Chine en tant que pays moderne n'existe pas depuis longtemps, et qu'elle restera longtemps dans la modernité avant de passer à la postmodernité. La frénésie législative, le dernier amendement constitutionnel proclamant que « l'État respecte et protège les droits de l'homme » et l'inviolabilité de la propriété privée, montrent que l'État moderne chinois est en cours de construction. Par contraste, les États européens ont très tôt déclenché le processus d'unification par la construction de l'Union européenne. L'émergence de la notion de citoyenneté européenne, et même la récente citoyenneté mondiale, marquent l'avènement de la postmodernité en Europe. Ce décalage entre la Chine moderne et

l'Europe postmoderne explique la divergence sur les notions fondamentales d'identité, de souveraineté, comme de responsabilité.

L'histoire douloureuse de la Chine au début de sa modernisation est souvent mentionnée par les juristes chinois. Mme XUE Hanqin, juge chinoise à la Cour de justice internationale, écrivait ainsi : « *the first introduction of international law into China from the western world in the late 19th century left the Chinese people with little fond memories, as it was done through cannons and warships.... This period of history remains as required teaching materials for Chinese students today, particularly for those studying international affairs and international law. For Chinese, the understanding of national sovereignty and territorial integrity is always associated with this history.* »¹ L'introduction du droit international en Chine s'est faite au mépris des droits et intérêts de la Chine. Toutefois, le rappel des humiliations vécues pâlit face à l'impressionnante croissance économique et financière de la Chine d'aujourd'hui, même s'il ne faut pas oublier que celle-ci est vécue par les Chinois comme un rattrapage des chances ratées dans le passé. Tout ceci pour souligner l'ambivalence actuelle entre la Chine qui rattrape et la Chine qui veut être davantage responsable face à la communauté internationale ; entre la confiance ou la méfiance pour le droit international, dont elle ne sort qu'en calculant les gains et les pertes de chaque position. La Chine se cantonne donc dans une attitude pragmatique face au droit international, d'où son instabilité et son imprévisibilité.

Il est vrai qu'en Chine la construction d'un État de droit est encore inachevée. La vie politique des citoyens demeure pré-moderne alors que les nouveaux défis de la gouvernance peuvent certes désormais conduire la Chine à penser des solutions postmodernes – l'appelant à sortir de son moule de pensée calqué sur le rattrapage – aux questions communes à tous les pays : la gouvernance de l'Internet, la répression des crimes transnationaux, la régulation des flux financiers, le contrôle de l'émission des gaz à effet de serre, voire la formation d'un nouveau paradigme en matière de décisions administratives par la participation effective des citoyens, etc..

¹ XUE Hanqin, "China's Open Policy and International Law", *Chinese Journal of International Law*, juin 2005, 4 (1), p.133-139.

Conclusion

Une politique pré-moderne dans une économie postmoderne : voilà le paradoxe de la Chine contemporaine. Laquelle de ces deux forces l'emportera ? Face à la délicate, mais bien réelle, superposition de la pré-modernité, de la modernité et de la postmodernité, nul ne peut dire quelle direction prendra la Chine, tant les chances du recul et d'avancement de la Chine dans le processus d'internationalisation du droit sont presque égales. Comment l'internationalisation du droit pourrait-elle mettre le droit chinois sur de « bons rails » ? La question est trop unilatérale : peut-être faudrait-il penser les conditions d'un accommodement réciproque du droit international et du droit chinois. Cela supposerait, d'une part, de concilier l'universalité de notions fondamentales telles que « droits de l'homme » ou « État de droit », et la particularité des systèmes de droit dont les origines historiques et culturelles sont bien différentes ; cela impliquerait de l'autre, que le droit chinois redéfinisse sa position sur le droit international en y incorporant ses besoins légitimes. Une telle position sur le droit international pourrait contribuer au rattrapage de la Chine en lui assurant un pied d'égalité dans la communauté des États-nations, non seulement sur le plan politique, mais aussi sur les plans économique, financier et culturel. On peut fort bien imaginer qu'abandonner la distinction entre les règles des droits de l'homme qu'elle refuse et celle du commerce qu'elle accepte pour assumer une place importante dans la création du droit international, concrétiserait l'esprit d'harmonie que revendique la culture chinoise. Et soutenir, dans ce même esprit, qu'un ajustement de la position du droit chinois à l'égard de la territorialité et de la souveraineté, serait un bon moyen de maintenir la stabilité et la durabilité du développement de la société chinoise. L'internationalisation du droit, qui ne dicte aucun résultat dans ce processus de transformation juridique, crée à la fois une espace nouveau d'action et une occasion d'évoluer, que la Chine ne doit pas ignorer.

*Avec le soutien d'Antoine GARAPON dans la rédaction
de la version finale de cette présentation*

Publié sur www.ihej.org, le 19 juillet 2012

Copyright © 2012 IHEJ - Institut des hautes études sur la justice