

Les Cahiers de droit



Le droit chinois des contrats : sa codification, ses sources, ses champs d'application et ses caractéristiques

Tong Xinchao

Volume 37, numéro 3, 1996

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043405ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043405ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Xinchao, T. (1996). Le droit chinois des contrats : sa codification, ses sources, ses champs d'application et ses caractéristiques. *Les Cahiers de droit*, 37(3), 715–738. <https://doi.org/10.7202/043405ar>

Résumé de l'article

Le développement du droit des contrats comme discipline juridique indépendante est chose récente en Chine. Son rapprochement des concepts occidentaux ne remonte qu'à quelques années. Ce droit apparaît, sur le plan formel, à la croisée d'un système administratif, d'un système coutumier et d'un système juridique. Ses défauts peuvent venir de sa jeunesse. De nombreux problèmes sont trop récents pour qu'on ait une idée claire de leurs solutions opportunes. De plus, la société chinoise connaît de grands changements résultant de la réforme économique et le droit économique est en pleine mutation. D'une part, l'État continue à jouer son rôle traditionnel, à « gérer tout » et à diriger l'économie; la planification et les ingérences administratives, quoique sensiblement atténuées, ne peuvent totalement disparaître et réapparaissent souvent pour maintenir l'ordre économique et social. D'autre part, l'économie de marché présuppose une liberté complète des sujets économiques et force l'État à décentraliser les décisions, à permettre plus d'autonomie de gestion et à accorder un rôle essentiel au jeu de l'offre et de la demande sur le marché. Ce mélange, qui vise à réaliser « l'économie socialiste de marché », entraîne la coexistence, dans le droit des contrats, de normes traditionnelles chinoises, de règles modernes et d'emprunts aux droits occidentaux.

Le droit chinois des contrats : sa codification, ses sources, ses champs d'application et ses caractéristiques

TONG Xinchao*

Le développement du droit des contrats comme discipline juridique indépendante est chose récente en Chine. Son rapprochement des concepts occidentaux ne remonte qu'à quelques années. Ce droit apparaît, sur le plan formel, à la croisée d'un système administratif, d'un système coutumier et d'un système juridique. Ses défauts peuvent venir de sa jeunesse. De nombreux problèmes sont trop récents pour qu'on ait une idée claire de leurs solutions opportunes. De plus, la société chinoise connaît de grands changements résultant de la réforme économique et le droit économique est en pleine mutation. D'une part, l'État continue à jouer son rôle traditionnel, à « gérer tout » et à diriger l'économie ; la planification et les ingérences administratives, quoique sensiblement atténuées, ne peuvent totalement disparaître et réapparaissent souvent pour maintenir l'ordre économique et social. D'autre part, l'économie de marché présuppose une liberté complète des sujets économiques et force l'État à décentraliser les décisions, à permettre plus d'autonomie de gestion et à accorder un rôle essentiel au jeu de l'offre et de la demande sur le marché. Ce mélange, qui vise à réaliser « l'économie socialiste de marché », entraîne la coexistence, dans le droit des contrats, de normes traditionnelles chinoises, de règles modernes et d'emprunts aux droits occidentaux.

The development of the law of contracts as an independent legal discipline is of recent vintage in China. Its rapprochement with western concepts has only come about in recent years. From a formal standpoint,

* Avocat à Beijing, LL.D (Laval).

this part of the law appears poised at the crossroads of an administrative system, a custom-based system and a legal system. Its shortcomings may arise from its recent origin. Many problems are still too new for fully grasping what solutions might be the most timely. In addition, Chinese society is undergoing profound changes as a result of economic reform, and the economic grounds of law are also in full evolution. On the one hand, the State pursues its traditional role of «managing everything» and directing the economy: planning and administrative interferences —although significantly diminished— cannot disappear entirely and often reappear to maintain economic and social order. On the other, the market economy presupposes complete freedom for economic players and forces the State to decentralize decision-making, grant greater managerial autonomy and assign an essential role to the interplay of supply and demand in the market place. This mixture, which aims at founding a «socialist market economy», entails coexistence of traditional Chinese standards, modern rules and loans from western legal systems, all in the law of contracts.

	<i>Pages</i>
1. La codification.....	718
1.1 Les Principes généraux du droit civil	718
1.2 La Loi sur les contrats économiques de 1982.....	719
1.3 La nouvelle Loi sur les contrats économiques de 1993.....	720
1.4 La Loi sur les contrats techniques de 1987.....	720
1.5 La Loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1985.....	721
1.6 Les règlements administratifs et régionaux	722
1.7 La Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne)	723
2. Les sources du droit	725
2.1 Le monisme des sources.....	725
2.2 Les niveaux des sources	726
2.3 Les sources internationales.....	727
2.4 Les commentaires de la Cour populaire suprême.....	728
2.5 La jurisprudence	729
2.6 Les usages.....	731
3. Les champs d'application	731
3.1 Les contrats internes.....	731
3.1.1 Contrats économiques	731
3.1.2 Contrats techniques.....	732
3.2 Les contrats internationaux	733

3.2.1	Domaine général	733
3.2.2	Vente internationale	733
3.2.3	Transport international	734
3.2.4	Sujets chinois	734
3.2.5	Sujets étrangers	735
4.	La synthèse : les caractéristiques du droit actuel des contrats	736
4.1	Mélange d'éléments chinois et étrangers, traditionnels et modernes	736
4.2	Rapprochement du droit occidental	737
4.3	Intégration du droit et de l'administration	737
4.4	Mobilité	737
4.5	Absence de théorie	738

La politique de réforme et d'ouverture lancée en 1979 a entraîné un des plus larges mouvements législatifs en Chine moderne. Pour fonder le gouvernement par la loi, et pour mettre en ordre un circuit économique beaucoup plus actif et complexe qu'auparavant, le législateur s'est donné comme priorité l'établissement du droit économique, surtout celui du contrat. D'une part, le gouvernement a révisé les règlements sur les contrats rédigés dans les années 50 et 60 et les a adaptés aux besoins du jour¹. D'autre part, des groupes de travail relevant de l'Assemblée populaire nationale ont commencé à élaborer de nouvelles lois.

Durant les années 80, le législateur a codifié une grande partie des règles du contrat et a établi en cette matière un système législatif composé des *Principes généraux du droit civil*, de trois lois spéciales sur les contrats et d'une série de règlements administratifs. De plus, la Chine a adhéré à la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises. Celle-ci fait intégralement partie du droit chinois. Nous présenterons ici successivement la codification, les sources et les champs d'application de ce nouveau droit des contrats.

1. Par exemple : COMMISSION DE LA CONSTRUCTION CAPITALE D'ÉTAT, *Règlements provisoires relatifs aux contrats de construction et d'installation*, 1979 ; *Règlements provisoires relatifs aux contrats d'expertise et de conception*, 1979 ; BUREAU NATIONAL DE L'ADMINISTRATION DE L'INDUSTRIE ET DU COMMERCE, *Stipulations provisoires sur les clauses principales des contrats économiques entre les entreprises commerciales de l'industrie et de l'agriculture*, 1980 ; *Règles provisoires relatives aux procédures d'arbitrage des contrats par les services administratifs de l'industrie et du commerce*, 1980 et COMMISSION ÉCONOMIQUE D'ÉTAT, *Règlements provisoires relatifs aux contrats des produits industriels et minéraux*, 1981.

1. La codification

1.1 Les *Principes généraux du droit civil*

L'élaboration du Code civil et de la loi spéciale sur les contrats a progressé en parallèle. Les deux projets ont été soumis simultanément à l'Assemblée populaire nationale en 1980.

Le Projet de Code civil aurait transformé la structure traditionnelle des codes. En supprimant le livre des Obligations, il aurait créé un livre des Contrats et un livre des Responsabilités civiles². Malheureusement, après un vif débat, l'Assemblée populaire nationale a désapprouvé le Projet. Le législateur jugeait que, faute d'expérience juridique, on ne disposait pas d'éléments suffisants pour élaborer un code intégral³.

Pourtant, vu l'importance du droit civil dans l'établissement de la légalité, le législateur a élaboré, en 1986, les *Principes généraux du droit civil* en lieu et place d'un Code civil embrassant tous les phénomènes juridiques. Ces dispositions ne forment pas un code détaillé, comme les codes français, allemand, japonais ou soviétique. Dictées par un souci de simplification, elles ne contiennent que les principes régissant les relations civiles. En ce qui concerne le droit des contrats, les *Principes généraux du droit civil* viennent compléter les deux textes principaux, la *Loi sur les contrats économiques* de 1982 et la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* de 1985, en donnant notamment une définition légale à de nombreux termes. On y trouve les règles relatives au contrat dans la Section 2 (Droit des obligations) du Chapitre 5 (Droits civils), et dans la Section 2 (Responsabilité contractuelle) du Chapitre 6 (Responsabilité civile). De plus, les *Principes généraux du droit civil* comprennent des dispositions sur les personnes, la capacité, la prescription et les relations civiles avec l'étranger⁴. Évidemment, ces stipulations sont les conditions fondamentales de la formation du contrat.

2. Le Projet de Code civil n'est pas publié. Pour ses contenus principaux, voir : UNIVERSITÉ DE BEIJING, *Le manuel du Code civil*, Beijing, 1981.

3. H. LECLERCQ, *Introduction au droit chinois des contrats*, Paris, Joly, 1994.

4. Les *Principes généraux du droit* comportent neuf chapitres et 156 articles : Chapitre 1 : Principes fondamentaux ; Chapitre 2 : Citoyens (personnes naturelles) ; Chapitre 3 : Personnes morales ; Chapitre 4 : Actes juridiques civils et représentation ; Chapitre 5 : Droit civils ; Chapitre 6 : Responsabilité civile ; Chapitre 7 : Prescription ; Chapitre 8 : Application de la loi aux rapports civils avec des sujets étrangers et Chapitre 9 : Dispositions supplémentaires.

1.2 La Loi sur les contrats économiques de 1982

Tout en refusant le Projet de Code civil, l'Assemblée populaire nationale a approuvé une loi indépendante sur les contrats : la *Loi sur les contrats économiques* de 1982. Il s'agit de la première loi spéciale sur les contrats dans l'histoire législative de la Chine. Elle est composée de sept chapitres et de 57 articles⁵. Sur le plan de la structure et de la terminologie, elle est quelque peu similaire au droit soviétique. Mais sur le plan du contenu, elle est bien chinoise et comporte de nombreuses traces traditionnelles.

En tant que jalon initial, la *Loi sur les contrats économiques* a son importance tant au plan juridique général qu'au plan législatif. Sur le plan juridique, les règles des relations contractuelles longtemps « coutumières » et « administratives » y sont codifiées. C'est un pas important dans l'évolution d'un gouvernement par l'homme vers un gouvernement par la loi, intégré au circuit économique. Sur le plan législatif, elle fait le bilan des pratiques et expériences de la vie réelle et peut servir de source d'inspiration à d'autres lois et règlements relatifs aux contrats⁶. Lors de la rédaction ultérieure des deux autres lois spéciales sur les contrats et de leurs règlements d'application, on s'est référé aux principes de la *Loi sur les contrats économiques*.

Mais la *Loi sur les contrats économiques* était lacunaire du point de vue théorique et pratique. Théoriquement, étant le résultat d'une pensée pragmatique et non d'une connaissance rationnelle, il y manquait des notions fondamentales, des définitions essentielles et la généralisation systématique. Pratiquement, la *Loi sur les contrats économiques* mettait l'accent sur les dispositions administratives plutôt que sur les règles détaillées guidant les contractants. En laissant autant de lacunes à combler par la pratique, elle paraissait trop vague. De plus, elle portait des traces évidentes de la planification et de l'intervention administrative, dont le rôle devait diminuer au fur et à mesure que la réforme se poursuivait, et cela empêchait son adaptation au développement de l'économie de marché⁷.

5. *Loi sur les contrats économiques* de 1982 : Chapitre 1 : Dispositions générales ; Chapitre 2 : Formation et exécution des contrats économiques ; Chapitre 3 : Modification et résiliation des contrats économiques ; Chapitre 4 : Responsabilité en cas d'inexécution des contrats économiques ; Chapitre 5 : Contentieux des contrats économiques : médiation et arbitrage ; Chapitre 6 : Administration des contrats économiques et Chapitre 7 : Dispositions supplémentaires.

6. Le législateur a consacré le rôle de la *Loi sur les contrats économiques* de 1982 en tant que source dans les articles 54 à 57.

7. H. LECLEQC, *op. cit.*, note 3, chapitre II, section 1.

1.3 La nouvelle *Loi sur les contrats économiques* de 1993

Pour adapter la *Loi sur les contrats économiques* à la réalité, depuis la fin des années 80, le législateur a entrepris de la réviser. Entre 1990 et 1993, sept projets de révision ont été rédigés. Le 2 septembre 1993, l'Assemblée populaire nationale a adopté la nouvelle *Loi sur les contrats économiques*⁸, remplaçant la loi de 1982.

La nouvelle loi contient plusieurs modifications d'importance, relativement aux sujets contractants⁹, au rôle du plan d'État¹⁰, au prix de l'objet¹¹, à la résiliation pour cause administrative¹² et à la justification de la nullité¹³. En général, elle donne plus de liberté contractuelle, souligne la force de loi du contrat et limite l'arbitraire du pouvoir administratif. Mais comme cette loi demeure pragmatique, ses insuffisances théoriques n'ont pas été comblées¹⁴.

1.4 La *Loi sur les contrats techniques* de 1987

La Chine est probablement le seul pays à avoir élaboré une loi spéciale sur les contrats techniques. À l'origine, ceux-ci relevaient des contrats nommés visés dans la *Loi sur les contrats économiques* de 1982 et régis par ses dispositions¹⁵. Mais en 1987, compte tenu de la complexité de l'échange technique, l'Assemblée populaire nationale a approuvé une loi particulière : la *Loi sur les contrats techniques*¹⁶. Le champ d'application de cette loi est assez limité ; il concerne essentiellement la propriété industrielle et intellectuelle¹⁷.

8. La *Loi sur les contrats économiques* de 1993 comporte aussi sept chapitres, portant les mêmes titres que ceux de la *Loi sur les contrats économiques* de 1982, *supra*, note 5, mais est réduite à 47 articles.

9. *Loi sur les contrats économiques* de 1993, art. 2. Voir : *supra*, note 3.

10. Voir *Loi sur les contrats économiques* de 1982, art. 11 ; la *Loi sur les contrats économiques* de 1993 ne comporte plus cette référence au plan.

11. Comparer les articles 17 (3) de la *Loi sur les contrats économiques* de 1982 et de la *Loi sur les contrats économiques* de 1993.

12. *Loi sur les contrats économiques* de 1982, art. 33. La *Loi sur les contrats économiques* de 1993 ne comporte pas d'équivalent.

13. *Loi sur les contrats économiques* de 1993, art. 42.

14. H. LECLECQ, *op. cit.*, note 3, chapitre II, section 2.

15. *Loi sur les contrats économiques* de 1982, art. 8, 26 et 47.

16. La *Loi sur les contrats techniques* comporte 55 articles en sept chapitres intitulés : 1. Dispositions générales ; 2. Formation, exécution, modification et résiliation des contrats techniques ; 3. Contrats de développement technologique ; 4. Contrats de transfert de technologie ; 5. Contrats de consultation et de service technologiques ; 6. Arbitrage et contentieux en matière de contrats techniques ; 7. Dispositions supplémentaires.

17. H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, n° 119.

La nécessité de cette loi est controversée. La plupart des juristes l'estiment superflue¹⁸. Pourtant, son élaboration exprime le souci du législateur de protéger les droits des scientifiques et techniciens et de promouvoir l'économie à l'aide de l'avancement technique. Par ailleurs, elle marque un progrès dans la codification du régime contractuel. Étant plus récente, elle est plus détaillée dans ses règles positives, plus facile à suivre, prévoit moins de limites à la liberté contractuelle et s'adapte mieux à la transition de la planification économique vers l'économie de marché.

1.5 La Loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1985

Dès le début, le législateur a décidé de réglementer séparément les contrats internes et les contrats internationaux. La *Loi sur les contrats économiques* de 1982 contenait donc une clause sur les contrats avec l'étranger, prévoyant qu'un « règlement relatif aux contrats économiques internationaux sera élaboré ultérieurement par référence aux principes de la présente loi et aux pratiques internationales »¹⁹. En 1985, l'Assemblée populaire nationale a adopté une loi parallèle, et non un règlement subordonné à la *Loi sur les contrats économiques*, sur les contrats internationaux : la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*²⁰.

Cette loi se réfère davantage aux pratiques internationales. En effet, elle est inspirée très nettement du droit anglo-américain et du droit uniforme de la vente mobilière internationale, incorporé dans la Convention des Nations Unies de 1980. Elle accorde plus de liberté aux contractants sur divers points comme les conditions de formation, la loi de rattachement et le choix du for²¹. Les dispositions applicables aux contrats internes, telles que la force du plan d'État, l'exécution en nature et la résiliation administrative, ont été supprimées pour tenir compte des pratiques internationales et de l'encouragement du commerce extérieur et des investissements étrangers.

La place de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* dans l'édifice législatif est discutable. Le point de départ de la réflexion est la clause de la *Loi sur les contrats économiques* de 1982, mentionnée ci-

18. ZHOU Linbin, *Bijiao hetong fa* (Droit du contrat comparé), Lanzhou, Presses de l'Université de Lanzhou, p. 118.

19. *Loi sur les contrats économiques* de 1982, art. 55.

20. La *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* comporte 43 articles en sept chapitres intitulés : 1. Dispositions générales ; 2. Formation des contrats ; 3. Exécution des contrats et responsabilité en cas d'inexécution ; 4. Cession des contrats ; 5. Modification, résiliation et résolution des contrats ; 6. Règlement des différends ; 7. Dispositions supplémentaires.

21. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 5, 7, 9 et 25.

dessus. La *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* est-elle une loi spéciale qui déroge simplement au régime de droit commun institué par la *Loi sur les contrats économiques* ? Ou doit-on considérer qu'il existe deux régimes à titre égal : l'un pour les contrats économiques internes et l'autre pour les contrats économiques avec l'étranger ? Le législateur n'a pas éclairci la controverse. En réalité, la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* se trouve au même niveau de l'édifice législatif que la *Loi sur les contrats économiques* et s'applique indépendamment, sans renvoi à la *Loi sur les contrats économiques* lorsque la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* est lacunaire. Il existe donc en droit chinois des contrats deux régimes distincts et compartimentés : un droit commun des contrats internes et un droit commun des contrats internationaux²².

La réglementation séparée des contrats internationaux et internes est un usage moderne, qui résulte d'un conflit culturel entre la Chine et l'Occident. Depuis les premiers jours de l'influence occidentale, le législateur chinois a dissocié le régime des rapports avec l'extérieur de celui des affaires intérieures²³, en raison des grandes différences entre les pratiques occidentales ou internationales et les usages chinois. La politique de la « porte fermée », invoquée de temps en temps durant des siècles, renforçait cette pratique. La nouvelle législation tente de rapprocher les usages nationaux des pratiques internationales, mais cette tâche ne peut s'accomplir que graduellement.

1.6 Les règlements administratifs et régionaux

Étant donné la diversité régionale et le déséquilibre du développement dans le pays immense et peuplé qu'est la Chine, le législateur chinois jugeait que la législation centrale ne pouvait pas embrasser tous les phénomènes et résoudre tous les problèmes ; il a autorisé les services ministériels et les autorités régionales à élaborer leurs propres règlements selon les principes de la *Loi sur les contrats économiques*. Une clause de cette dernière stipule que les départements administratifs compétents du Conseil des affaires d'État et des gouvernements provinciaux, des municipalités relevant directement de l'autorité centrale et des régions autonomes peuvent adopter des règlements d'application en accord avec les dispositions de la *Loi sur les contrats économiques* et sous réserve de l'approba-

22. H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, n° 148.

23. Un an après la Seconde Guerre de l'opium, en 1861, le gouvernement de la dynastie Qing a été contraint de créer le *Zong Li Ya Men* (Ministère général) pour s'occuper des affaires étrangères. Un an après la Guerre des Boxers, en 1901, sa désignation en a été changée en *Wai Jiao Bu* (Ministère des Affaires étrangères).

tion du Conseil des affaires d'État²⁴. De plus, certains organes provinciaux, comme dans le Guangdong et le Fujian, sont autorisés à légiférer en matière économique pour les zones économiques spéciales²⁵.

En effet, de 1982 à ce jour, les ministères centraux et les autorités régionales ont élaboré une cinquantaine de règlements relatifs à tous les types de contrats, à leur administration et à leur arbitrage. Ces règlements sont importants. D'une part, l'économie est dirigée et l'interventionnisme reste puissant ; les règlements ministériels offrent une nouvelle méthode de contrôle à la place des circulaires. D'autre part, les règlements régionaux, en particulier ceux des zones économiques spéciales, sont souvent plus libéraux, avec l'approbation tacite du gouvernement central. Celui-ci permet une « avance régionale en législation » dans des domaines désignés afin d'acquérir une expérience législative. Par exemple, en 1984, la zone économique spéciale de Shenzhen a été la première à promulguer son *Règlement relatif aux contrats internationaux*²⁶. Le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale n'a adopté la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* qu'un an plus tard. Le règlement de Shenzhen a donc servi de modèle à la législation ultérieure.

1.7 La Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises

Tout en s'inspirant de nombreux éléments de la *Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandise* (ci-après citée : *Convention de Vienne*) pour codifier sa propre *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, la Chine a également adhéré à cette Convention. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988 et s'applique automatiquement et prioritairement aux contrats de vente de marchandises conclus entre les entreprises chinoises et leurs partenaires étrangers, à moins que les parties ne fassent échec à son application par des stipulations de leur contrat²⁷.

24. *Loi sur les contrats économiques* de 1982, art. 56. Le Conseil des affaires d'État dirige l'ensemble de l'appareil administratif du pays.

25. COMITÉ PERMANENT DE L'ASSEMBLÉE POPULAIRE NATIONALE, *Décision relative à l'autorisation aux Comités permanents des provinces de Guangdong et de Fujian de promulguer des réglementations économiques dans leurs zones économiques spéciales respectives*, 26 novembre 1981.

26. Ce règlement comporte 41 articles en sept chapitres portant des titres semblables à ceux des chapitres de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, *supra*, note 20. Voir : H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, chapitre III, section 2, par. 1.

27. MINISTÈRE DU COMMERCE EXTÉRIEUR ET DE LA COOPÉRATION ÉCONOMIQUE, *De quelques problèmes auxquels il faut prêter attention afin de se conformer à la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises*, 4 décembre 1987.

L'adhésion de la Chine à la *Convention de Vienne* est significative pour le développement du droit chinois des contrats. Elle encourage l'intégration des règles internes aux pratiques internationales, rapprochant le droit interne du droit international. Par exemple, en ce qui concerne les dommages-intérêts et la validité des clauses ou conventions arbitrales, la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* applique les mêmes principes que la *Convention de Vienne*²⁸. En fait, la divergence entre régime conventionnel et régime de droit commun dans le droit de la vente internationale est moins sensible en Chine que dans d'autres États contractants, car la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* est très proche, dans son contenu et sa philosophie, du texte de la *Convention de Vienne* dont elle s'est largement inspirée.

La *Convention* vient souvent compléter utilement le droit commun. Par exemple, la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* est curieusement silencieuse sur l'offre et l'acceptation, cette lacune devant être complétée par la *Convention de Vienne*. Celle-ci définit, également, la notion de non-conformité et traite de la responsabilité pour livraison de marchandises non conformes, dont ne parle pas du tout la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*. Contrairement à cette dernière, la *Convention de Vienne* aborde aussi en détail la résolution du contrat de vente et les conséquences de l'inexécution contractuelle²⁹.

À l'inverse, le droit interne peut venir compléter les dispositions de la *Convention de Vienne*. La *Convention de Vienne*, par exemple, « ne concerne pas [...] la validité du contrat [...] »³⁰. Pour résoudre les différends se rapportant à la validité du contrat, on se réfère donc aux articles 9 et suivants de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* et aux articles 58 et suivants des *Principes généraux du droit civil*.

Deux réserves formulées lors de l'adhésion sont à signaler. La Chine ayant formulé une réserve concernant l'article 1 b) de la *Convention de Vienne*, cette dernière ne s'applique que lorsque les contractants ont leur établissement respectif dans des pays qui ont chacun ratifié la *Convention*. Dans les autres cas, et sauf stipulations contraires, c'est la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* qui s'appliquera. La Chine a égale-

28. Sur le régime des dommages-intérêts, comparer la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 19 et 22, et la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (ci-après : *Convention de Vienne*), 11 avril 1980, Doc. ONU A/CONF.97/18 (1980), 7 DJI 133, art. 74 et 77; sur la validité des clauses ou conventions arbitrales, comparer la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 34-36 et la *Convention de Vienne*, art. 81.

29. *Convention*, précitée, art. 14-24, 50-52, 49, 64 et 81-84.

30. *Id.*, art. 4.

ment émis une réserve concernant l'article 11 de la *Convention de Vienne*, qui prévoit un formalisme souple du contrat. Cette disposition est en contradiction avec l'article 7 de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, qui n'admet la validité que du contrat écrit. La Chine a voulu que cette dernière disposition, conforme à la pratique et à la jurisprudence chinoises, prévale sur le texte de la *Convention de Vienne*³¹.

Finalement, il est à noter que la prescription en matière de vente internationale est différente dans la *Convention de Vienne* et dans la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*. Cette dernière édicte que toutes les actions se prescrivent par quatre ans, au lieu des deux ans prévus par la *Convention de Vienne* pour le défaut de conformité. Sur ce point, la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* semble suivre l'exemple du *Uniform Commercial Code* des États-Unis³².

Les *Principes généraux du droit civil*, les trois lois sur les contrats et leurs règlements complémentaires, ainsi que la *Convention de Vienne*, forment le système complet, mais compliqué, du droit chinois des contrats.

2. Les sources du droit

2.1 Le monisme des sources

En Occident, les sources du droit sont multiples et horizontales. En dehors de la législation, la jurisprudence et la doctrine servent de source de droit³³.

La codification du droit chinois du contrat démontre que ses sources sont généralement monistes et verticales. Seuls les organes législatifs, en fait administratifs, peuvent établir les lois et les règlements corrélatifs, et seuls ces lois et règlements servent de sources au droit. Selon la théorie juridique, ni les juges, ni leurs jugements, ni la doctrine ne créent le droit. Cette

31. Pour les réserves des divers pays adhérant à la *Convention de Vienne*, voir : A. PRUJINER (dir.), *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, pp. 29-31.

32. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 39; *Convention de Vienne*, art. 29 (2); *Uniform Commercial Code*, art. 2-725 (ci-après cité : « UCC »).

33. R. DAVID (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, Tübingen/La Haye, JCB Mohr/Nijhoff, 1984, ch. 3, pp. 215, 225-227, 270-274 et 278-279; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10^e éd., Paris, Dalloz, n^{os} 324-332 et 110-112.

tradition de centralisme du pouvoir législatif remonte à l'Antiquité³⁴. C'est là une différence fondamentale entre le droit chinois et le droit occidental³⁵.

Cette différence s'explique par le fait que la Chine a longtemps appliqué le centralisme et n'a pas admis le système occidental de séparation des pouvoirs. De plus, par tradition juridique, le droit est toujours conçu comme un instrument créé par les gouvernants, autrefois le monarque, aujourd'hui le gouvernement.

2.2 Les niveaux des sources

Du monisme des sources résulte la hiérarchie verticale des sources qui peuvent se diviser en trois niveaux.

Le premier est constitué par les lois fondamentales, comme les *Principes généraux du droit civil* qui donnent les principes des relations civiles, y compris les relations contractuelles. Le deuxième regroupe les lois spéciales sur les contrats, telles que la *Loi sur les contrats économiques*, la *Loi sur les contrats techniques* et la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*. Elles régissent les types de contrats qu'elles visent. Le troisième comprend les règlements administratifs et régionaux relatifs à tous les types de contrats nommés³⁶.

Selon le système juridique chinois, la loi fondamentale prévaut sur la loi spéciale et la loi spéciale prévaut sur les règlements administratifs. Une loi spéciale ou un règlement ne peut aller à l'encontre du texte qui lui a donné naissance. Mais, dans les faits, la loi spéciale et particulièrement les règlements administratifs ont priorité, car plus le niveau d'une loi est élevé, plus elle est abstraite et moins elle est susceptible d'applications concrètes³⁷.

On prête une attention particulière aux règlements élaborés par les ministères et les autorités régionales. Le gouvernement contrôlant encore

34. Dans la théorie juridique de l'ancienne Chine, le roi ou l'empereur créait la loi. Dans la théorie actuelle, ce pouvoir appartient en dernière analyse exclusivement au Parti dirigeant.

35. D. BODDE et C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1973, p. 4.

36. ACADÉMIE CHINOISE DES SCIENCES SOCIALES, *Information China: The Comprehensive and Authoritative Reference Source of New China*, vol. I, New York, Pergamon Press, 1989, p. 412 ; voir aussi : *Principes généraux du droit civil*, art. 151 ; *Loi sur la procédure civile*, art. 17.

37. Dans l'ancienne Chine, le droit comportait aussi plusieurs niveaux, tels le *lü* (loi), le plus élevé, le *li* (règlement), qui concrétisait le *lü*, et le *ling* (ordonnance), élaboré selon les besoins de l'espèce et du moment. Le droit actuel a hérité de cette tradition. Voir : D. BODDE et C. MORIS, *op. cit.*, note 35, p. 32.

les lignes vitales de l'économie, ces règlements sont obligatoires dans leur domaine d'application³⁸.

2.3 Les sources internationales

Outre les lois et règlements nationaux, le droit international, par exemple les traités internationaux, peut aussi servir de source au droit, à condition que la Chine y adhère et qu'il soit réciproquement applicable aux cocontractants étrangers³⁹. Parmi ces traités, la *Convention de Vienne* et la *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* sont les plus souvent appelées à régir les contrats internationaux.

Le droit chinois partage le principe universellement accepté selon lequel le droit international doit être applicable en priorité. Ainsi en dispose la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* :

Si un traité international qui concerne un contrat et auquel la République populaire de Chine a adhéré en tant que pays signataire ou pays participant, comporte des stipulations différentes de la loi chinoise, les dispositions dudit traité seront applicables, à l'exception de celles sur lesquelles la République populaire de Chine aurait fait des réserves⁴⁰.

L'incidence pratique de cette disposition est considérable puisque de très nombreux pays ont signé avec la Chine une convention sur la protection réciproque des investissements et une convention fiscale en vue d'éviter la

38. Les ingérences fréquentes des administrations résultent de la tradition juridique et sont renforcées par le dirigisme d'inspiration soviétique. En Chine, les services administratifs participent à la législation et imposent leur volonté. Ainsi, ont participé à la rédaction du projet de *Loi sur les contrats économiques* de 1982 13 ministères, commissions et organismes (Bureau national d'administration de l'industrie et du commerce, Commission d'État à l'économie et au commerce, Commission d'État au Plan, Commission d'État à la construction, Commission d'État à l'agriculture, Commission d'État à l'importation et à l'exportation, Bureau national de l'administration des matériaux, ministère du Commerce intérieur, Cabinet de l'industrie de défense, Groupe de travail du Conseil des affaires d'État sur les finances et le commerce, ministère des Chemins de fer, ministère du Commerce extérieur, Banque populaire de Chine), ainsi que la Chambre économique de la Cour populaire suprême. Il en a été de même pour la *Loi sur les contrats techniques* et la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, rédigées principalement, la première par la Commission d'État aux sciences et aux techniques et la seconde par le ministère du Commerce extérieur.

39. Sur ce plan, la Chine applique le principe des « bénéfices réciproques » ; voir : la *Loi sur la procédure civile*, art. 262, 266, 268 et 269.

40. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 6 ; on trouve la même disposition dans les *Principes généraux du droit civil*, art. 142 et la *Loi sur la procédure civile*, art. 238.

double imposition, dont les dispositions sont probablement différentes du droit chinois interne⁴¹.

2.4 Les commentaires de la Cour populaire suprême⁴²

En dehors des lois et règlements codifiés, les commentaires de la Cour populaire suprême, en termes chinois *si fa jie shi* (interprétations judiciaires), forment une autre source juridique⁴³. Ils sont émis sous forme de circulaires pour l'explication et la clarification des principes et articles de lois dans un contexte, à l'occasion d'un procès important, d'un problème de caractère général ou d'une difficulté particulièrement épineuse.

Comme il existe beaucoup de lacunes et d'ambiguïtés législatives, ces commentaires sont nécessaires et utiles pour faciliter la mise en application

41. La Chine a notamment signé une convention sur la protection fiscale des investissements avec l'Allemagne (7 octobre 1983), la France (30 mai 1984), l'Union économique belgo-luxembourgeoise (4 juin 1982), l'Italie (28 janvier 1985), Singapour (21 novembre 1985), la Grande-Bretagne (15 mai 1986) et le Japon (27 août 1988). Elle a notamment signé une convention fiscale avec le Japon (6 septembre 1983), les États-Unis (30 avril 1984), la France (30 mai 1984), la Grande-Bretagne (26 juillet 1984), l'Allemagne (10 juin 1985) et le Canada (12 mai 1986). Voir : *Zhong Hua Ren Min Gong He Guo Ji Tiao Yue Ji* (Recueil des traités internationaux de la RPC), Beijing, annuel.

42. Le système judiciaire de la Chine est organisé selon une hiérarchie verticale. La Cour populaire suprême, seule cour centrale, dirige tous les tribunaux. Ceux-ci se répartissent entre tribunaux populaires spéciaux et tribunaux populaires locaux. Les premiers comprennent les tribunaux militaires et les juridictions spécialisées en droit des transports ferroviaires et des transports par eau, et en droit forestier. Les tribunaux populaires locaux sont répartis en trois échelons : les tribunaux supérieurs (à l'échelon de la province, de la région autonome ou de la municipalité relevant directement de l'autorité centrale), les tribunaux moyens (à l'échelon de la préfecture, du département autonome ou de la municipalité relevant directement de l'autorité provinciale ou régionale autonome), et les tribunaux de base (à l'échelon du district, de la municipalité ou de l'arrondissement urbain). Généralement, les tribunaux de base traitant les affaires en première instance ; toutefois, les affaires comportant un élément international sont traitées en première instance par les tribunaux moyens ou supérieurs. Un tribunal exerce une compétence d'appel sur les décisions des tribunaux de l'échelon inférieur dans son ressort. La Cour populaire suprême statue en dernière instance d'appel sur les recours formés contre les décisions des tribunaux spéciaux ou locaux. La Cour populaire suprême, de même qu'en principe les tribunaux locaux, comportent trois chambres : pénale, civile et économique. Depuis 1992, dans certaines villes (Beijing, Shanghai) et provinces (Guangdong, Hainan) a été créée une chambre des droits intellectuels et industriels. Selon le cas, un procès relatif à un contrat sera instruit par la chambre civile, la chambre économique, ou la chambre des droits intellectuels et industriels. Voir : T. CHIU, I. DOBINSON et M. FINDLAY, *Legal Systems of the PRC*, Hong Kong, Longman, 1991, pp. 67-75 ; D.T.C. WANG, *Les sources du droit de la RPC*, Genève, Droz, 1982, pp. 42-46 et illustration B.

43. Le Comité permanent de l'Assemblée nationale a autorisé la Cour populaire suprême à interpréter les lois ; ces interprétations font autorité dans le système judiciaire. Voir : la *Loi organique des tribunaux populaires*, art. 33.

correcte des lois. Ils donnent au législateur chinois un moyen de régulation souple en cas de besoin. Par exemple, le problème du lieu de la formation du contrat, omis dans les lois et règlements, a été éclairci par les commentaires de la Cour populaire suprême⁴⁴. Ces commentaires sont donc une source incidente, ayant tout son poids et son importance⁴⁵.

Toutefois, leur rôle est accessoire et leur application limitée. En premier lieu, ils sont prononcés selon le contexte, de façon pragmatique, et ne peuvent guère être érigés en théorie juridique. En second lieu, la Cour populaire suprême les édicte en général sous forme de circulaire et ne les publie que sporadiquement. Cette procédure administrative en restreint l'efficacité, de sorte qu'un grand nombre d'entre eux sont éphémères ou n'ont qu'un intérêt très relatif.

2.5 La jurisprudence

Le rôle de la jurisprudence est mitigé. En principe, le présent système législatif n'admet pas que les juges et leurs jugements créent la loi. Mais en pratique, la jurisprudence peut psychologiquement influencer les jugements ultérieurs en cas de problèmes similaires. Cette tendance s'est renforcée ces dernières années, car la Chine s'engage dans une période de mutations rapides, les textes étant toujours plus ou moins en retard sur le développement et les juges s'en remettant parfois aux décisions précédentes⁴⁶.

Il existe, cependant, une grande différence entre la pratique chinoise et les notions occidentales de « jurisprudence constante » ou de *stare decisis*. En premier lieu, selon la loi chinoise, les cours doivent appliquer et non créer des règles. Si un arrêt est cité, ce sera le principe sur lequel le jugement

44. Cour populaire suprême : *Avis du 4 juillet 1985 sur la détermination du lieu de formation du contrat, dans le cas des contrats internes d'achat et de vente de produits industriels et minéraux et de produits agricoles ou dérivés* ; *Avis du 11 avril 1986 sur la détermination du lieu de formation du contrat* ; *Avis du 30 octobre 1986 sur la détermination du lieu de formation du contrat après sa cession*.

45. La Cour populaire suprême a notamment statué, dans trois interprétations, sur les modalités d'application des *Principes généraux du droit civil*, de la *Loi sur les contrats économiques* et de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*.

46. Cette pratique peut remonter à la tradition selon laquelle les fonctionnaires impériaux jugeaient à la fois selon la loi et par référence aux recueils de la jurisprudence sélectionnée par le gouvernement central ; voir : YANG Hegao, *Zhongguo falü sixiang shi* (Histoire de la pensée juridique en Chine), Beijing, Presses de l'Université de Beijing, 1988, pp. 287-324. La théorie du jugement des crimes selon la jurisprudence a été élaborée au III^e siècle, sous la dynastie Jin, par Zhang Fei ; les recueils officiels, intitulés *Hui Dian* (Sommaire des institutions) ou *Xing Fa Zhi* (Traité des peines et de la loi), contenaient des règlements, ordonnances et autres mesures légales, et servaient de directives aux juges.

s'est fondé, mais non la règle qu'il a créée, qui pourra s'imposer⁴⁷. En second lieu, les interprétations données par un tribunal ne lient pas les autres, ni ce tribunal lui-même. Lorsqu'une analogie s'établit entre procès précédent et présent, la cour n'est pas liée par des décisions précédentes. En troisième lieu, un jugement futur ne peut jamais être justifié par un simple renvoi à une décision précédente. Enfin, l'étendue et la durée d'application d'un arrêt de jurisprudence sont limitées. Un arrêt de jurisprudence provenant de la Cour populaire suprême peut être applicable à tout le pays dans les cas où elle l'exige⁴⁸, tandis que le jugement d'un tribunal local n'exerce d'influence que dans son ressort⁴⁹. Les arrêts de jurisprudence antérieurs perdent leur pertinence lorsque la situation évolue et que de nouveaux règlements et lois sont établis. S'il existe un conflit entre eux, le droit actuel prévaut sur la jurisprudence. La publication irrégulière des recueils de jurisprudence reflète d'ailleurs leur rôle incident⁵⁰. Pour ces raisons, on ne peut considérer la jurisprudence en Chine comme source créatrice de droit,

47. À défaut de règles exactement applicables, les fonctionnaires de l'ancienne Chine se référaient aux dispositions législatives ou administratives visant des cas similaires. La jurisprudence, lorsqu'elle était introduite, valait comme renvoi aux règles législatives ou administratives sur lesquelles se basait la décision citée, plutôt que comme règle créée par cette décision. Cette tradition, exprimée dans le *Xun Zi Wang Zhi* (Œuvre royale) de Xun Kuang, était donc fondamentalement différente des pratiques occidentales telles que la « jurisprudence constante » ou le *stare decisis*.

48. *Loi sur la procédure civile*, art. 21, par. 3.

49. Le principe apparaît à la *Loi sur la procédure civile*, art. 22-39. Occasionnellement, la Cour populaire suprême fait circuler le jugement d'un tribunal local, étendant ainsi sa zone d'influence à l'ensemble du territoire national. Voir : *Communiqué de la Cour populaire suprême*, n° 2 de 1985, *Affaire du contrat d'assurance de biens entre He Shengchang et la Société populaire d'assurance de Chine, succursale du district de Shenze* (décision de première instance du tribunal de base du district de Shenze, et décision d'appel du tribunal moyen de la municipalité de Shijiazhuang), et n° 3 de 1986, *Affaire du contrat d'achat et vente de semence de riz entre 1569 familles productrices de semence de riz du village de Yuanba, district d'Anyue, et la Société des semences du district d'Anyue* (décision conciliatoire du tribunal de base du district d'Anyue). La Cour a publié ces décisions avec instructions à tous les tribunaux d'y faire référence.

50. Les recueils de jurisprudence chinois sont très différents de ceux de l'Occident. La date et le lieu du procès ne sont généralement pas indiqués. La plupart du temps, la désignation du tribunal et des parties n'apparaît pas. Parfois, les décisions invoquées ne sont même pas citées. De plus, le choix des décisions publiées et les commentaires qui les accompagnent répondent à des préoccupations de nature politique. Ces décisions représentent des opinions officielles à être suivies, mais ne reflètent certainement pas les pratiques réelles. Voir : Qi Tianchang, *Hetong an li ping xi* (Analyse de quelques procès en matière de contrats), Beijing, Université de droit et de science politique de Chine, 1991 ; WEI, Zhengying, *Yi nan hetong an li yanjiu* (Recherche sur quelques procès difficiles en matière contractuelle), Beijing, Éd. du Quotidien du Peuple, 1992.

comme on peut le faire dans les pays de common law, voire ceux de tradition romano-germanique⁵¹.

2.6 Les usages

Enfin, les coutumes existent partout, jouent un rôle très important et sont regroupées sous deux catégories, soit nationale et internationale.

Sur le plan national, le législateur permet un recours aux usages dans les cas où les lois sont muettes et les règlements imprécis. Les usages émanent de la tradition populaire et du système du gouvernement. En matière contractuelle, une grande partie des usages se manifeste sous forme de politiques d'État. Ils complètent les lois et règlements tant que la législation est lacunaire. Avec le temps, certaines coutumes sont codifiées.

Sur le plan international, la loi permet le renvoi aux usages internationaux si la législation chinoise est lacunaire. En terme chinois, l'expression « usages internationaux » est très différente de celle d'« usages du commerce international », qui se rapporte à divers codes de conduite ou textes de référence élaborés par des organisations internationales, comme les *INCOTERMS* ou les *American Foreign Trade Definitions*. Elle se rapporte plutôt à divers principes, règles et pratiques qui prennent forme au cours des contacts commerciaux internationaux, y compris la pratique contractuelle des parties qui l'invoquent. Elle englobe également les « pratiques » courantes, généralement connues et acceptées. Ces pratiques s'appliquent lorsque les dispositions pertinentes font défaut dans la loi chinoise ou dans les traités internationaux⁵².

3. Les champs d'application

Les trois lois sur les contrats réglementent différents types de contrats et de sujets contractants. Nous aborderons leurs champs d'application suivant la classification des contrats internes et internationaux, en fonction des types et des sujets contractants.

3.1 Les contrats internes

Les contrats internes sont de deux ordres, économique et technique. Ils sont réglementés respectivement par la *Loi sur les contrats économiques* et la *Loi sur les contrats techniques*.

51. H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, n^{os} 1, 9, 16 et 238.

52. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 5 ; *Principes généraux du droit civil*, art. 142.

3.1.1 Contrats économiques

La *Loi sur les contrats économiques* s'applique à tous les contrats conclus entre citoyens sur le territoire chinois et qualifiés d'«économiques» dans cette loi, ou innommés, mais à but économique. Les neuf contrats nommés sont : achat et vente, construction, entreprise, transport de marchandises, approvisionnement en électricité, dépôt, louage de biens, prêt et assurance de biens⁵³. Par présomption d'analogie, les contrats innommés à but économique doivent aussi être réglementés par la *Loi sur les contrats économiques*. Les activités économiques étant omniprésentes, le champ d'application de la *Loi sur les contrats économiques* est très large. Elle constitue la base des principes et des normes générales pour tous les rapports contractuels.

La *Loi sur les contrats économiques* de 1982 envisageait son application notamment lorsque les parties étaient des personnes morales, mais exigeait de s'y référer lorsqu'une partie contractante était une personne physique⁵⁴. Cette règle s'explique par la nature transitoire des acteurs et facteurs économiques durant la réforme. Aujourd'hui, la situation a beaucoup évolué. La participation aux activités économiques est élargie : non seulement la personne morale, mais aussi l'organisation sans statut de personne morale, les entreprises individuelles et les individus y sont inclus. Tenant compte de ce changement, la *Loi sur les contrats économiques* de 1993 a englobé dans son champ d'application les contrats passés par toute personne, morale ou physique⁵⁵.

3.1.2 Contrats techniques

La *Loi sur les contrats techniques* s'applique uniquement à quatre contrats nommés dans cette loi, conclus entre Chinois seulement, et exécutés en Chine. Ce sont les contrats de développement technologique, de transfert de technologie, de consultation technologique et de service technologique⁵⁶. Son champ d'application est très étroit. Plus souple que la *Loi sur les contrats économiques* de 1982, la *Loi sur les contrats techniques* reconnaît le statut de contractant à toute personne, qu'elle soit physique ou morale⁵⁷. Ce changement reflète le développement de l'économie de marché.

53. *Loi sur les contrats économiques* de 1993, art. 8. La *Loi sur les contrats économiques* de 1982 prévoyait dix contrats économiques, dont le contrat de coopération scientifique et technique. Celui-ci relève maintenant de la *Loi sur les contrats techniques*.

54. *Loi sur les contrats économiques* de 1982, art. 2 et 54 ; voir : H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, n^{os} 41-43.

55. *Loi sur les contrats économiques* de 1993, art. 2.

56. *Loi sur les contrats techniques*, art. 27, 34 et 44.

Les contrats internationaux de transfert de technologie et de savoir-faire ne sont pas du ressort de la *Loi sur les contrats techniques*. Ce genre de contrats est régi par la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*⁵⁸ et le *Règlement sur l'administration des contrats de transfert technologique*⁵⁹.

3.2 Les contrats internationaux

3.2.1 Domaine général

La *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* s'applique à tous les contrats économiques conclus entre ressortissants chinois et étrangers⁶⁰. Ce sont les contrats internationaux suivants : achat et vente, coentreprises à capitaux chinois et étrangers, coentreprises coopératives sino-étrangères, exploration coopérative des ressources naturelles, crédit, louage, transfert de technologie, construction, approvisionnement des équipements, entreprise, travaux publics, commerce compensatoire, consultation scientifique et technologique, conception d'ouvrages, garantie, assurance, dépôt et mandat⁶¹. Les contrats de transport international en sont exclus.

3.2.2 Vente internationale

De plus, la *Convention* introduit dans le droit chinois, comme pour tous les États contractants, un régime dérogatoire au droit commun pour les contrats internationaux de vente de marchandises. Elle a pour vocation de s'appliquer aux contrats de vente de marchandises entre les parties chinoises et les parties étrangères ayant leur établissement dans un État contractant. Bien entendu, les parties peuvent exclure l'application de la *Convention* et rattacher leur contrat à un droit interne selon l'article 6 de la *Convention*. Mais le ministère du Commerce extérieur a demandé aux compagnies d'import-export étatiques d'appliquer, dans la mesure du

57. *Id.*, art. 2.

58. Voir : Cour populaire suprême, *Interprétation sur les problèmes d'application de la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, partie I, section I.

59. *Règlement sur l'administration des contrats de transfert technologique*, élaboré en 1985 et complété par un règlement détaillé de 1988.

60. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 2 ; voir : H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, n° 147.

61. La *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* n'énumère pas les types de contrats économiques avec l'étranger ; mais la Cour populaire suprême l'a fait. Voir : *supra*, note 58, et le *Communiqué de la Cour populaire suprême*, n° 4 de 1987.

possible, la *Convention* à leurs contrats de vente de marchandises et au règlement des différends résultant de ces contrats⁶².

3.2.3 Transport international

Rappelons que la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* ne concerne pas les contrats internationaux de transport⁶³. Ces contrats relèvent de régimes spéciaux. Dans le domaine des transports maritimes, la société chinoise incorpore généralement les Règles de La Haye dans ses documents contractuels, et se rattache au régime dit « de La Haye-Wisby ». Dans le domaine du transport ferroviaire, la Chine a conclu des accords bilatéraux avec les pays voisins (la Russie, la Mongolie, la Corée du Nord et le Vietnam), les contrats étant régis par l'accord applicable. Elle a fait de même pour les contrats internationaux de transport aérien, lesquels sont réglementés par de nombreux accords bilatéraux entre la Chine et les pays étrangers.

3.2.4 Sujets chinois

Le problème des sujets contractants visés par la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* est quelque peu compliqué. La loi stipule que les sujets chinois sont « des entreprises ou d'autres organisations économiques de la République populaire de Chine »⁶⁴. Au sens coutumier, cela ne vise que les personnes morales, et exclut les individus. Un récent développement en a modifié le sens, parce que l'État permet à certaines entreprises individuelles et associations commerciales de faire du commerce international, et la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* est applicable à leurs contrats avec l'étranger. L'accès plus large des personnes physiques aux contrats économiques internes influence également les contrats avec l'étranger et permet aux individus une participation plus libre aux échanges internationaux.

62. MINISTÈRE DU COMMERCE EXTÉRIEUR ET DE LA COOPÉRATION ÉCONOMIQUE, *op. cit.*, note 27.

63. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 2.

64. *Ibid.*

3.2.5 Sujets étrangers

Quant aux sujets étrangers, la loi les décrit comme « des entreprises⁶⁵, organisations ou individus étrangers »⁶⁶. Ici, le mot « étranger » cause une ambiguïté, puisqu'il n'est défini ni par la nationalité, ni par la résidence.

La Cour populaire suprême utilise la résidence pour déterminer le statut d'un étranger.

(1) *Dans le cas des résidents de Hong Kong, Macao et Taiwan*

Elle interprète la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* comme applicable à un contrat conclu entre un ressortissant chinois et un ressortissant de Hong Kong ou de Macao, bien que la nationalité de celui-ci soit probablement « chinoise »⁶⁷. L'interprétation n'a pas mentionné les résidents de Taiwan à cause du problème politique des « deux Chines », mais leur statut est assimilable à l'« étranger » dans le commerce entre la Chine continentale et Taiwan.

(2) *Dans le cas des résidents permanents du Canada et des États-Unis*

Les Chinois ayant obtenu récemment le statut de résident permanent du Canada, des États-Unis et d'autres pays sont considérés comme contractants étrangers quand ils retournent en Chine pour entreprendre des activités économiques. Leurs contrats sont régis par la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*⁶⁸.

(3) *Dans le cas des contrats entre étrangers en Chine*

La Cour populaire suprême indique encore que la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* peut s'appliquer à un contrat entre des étrangers, conclu ou exécuté en Chine⁶⁹. Ici, nous voyons un paradoxe : le rattachement au droit chinois résulte du principe de la compétence territoriale, mais l'exclusion de *Loi sur les contrats économiques* et le choix de *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* se fondent sur le principe de la compétence personnelle.

65. Ici, le terme « entreprise » signifie « société », « corporation » ou « compagnie » en droit occidental. En Chine, ce terme a un sens particulier, qui englobe toute organisation économique à but lucratif. Ces entreprises se transforment graduellement en sociétés selon la *Loi sur les sociétés*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

66. *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, art. 2.

67. *Supra*, note 58.

68. Par exemple, ils sont considérés comme étrangers lorsqu'ils reviennent en Chine pour y établir une coentreprise (« joint venture »).

69. *Supra*, note 58.

Une exception concerne les contrats conclus entre coentreprises à capitaux chinois et étrangers, entre coentreprises coopératives sino-étrangères et entre entreprises à capitaux étrangers, ou entre elles d'une part, et les ressortissants chinois d'autre part. Si ces entreprises sont établies en Chine et obtiennent la personnalité morale chinoise, ce sera la *Loi sur les contrats économiques*, non la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, qui devra s'appliquer, bien que les contractants de ces entreprises puissent être étrangers par la nationalité⁷⁰. Beaucoup de commentateurs ont montré qu'il y a sans doute là une certaine incohérence : le contrat de constitution de la société sino-étrangère est soumis au régime libéral de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger*, tandis que les contrats passés par la suite par l'entité ainsi créée seront soumis au régime de la *Loi sur les contrats économiques*, moins acceptable pour les investisseurs étrangers⁷¹.

Sont également exclus de l'application de la *Loi sur les contrats économiques avec l'étranger* les contrats conclus dans les zones économiques spéciales ou les zones de développement économique et technologique, ou devant y être exécutés, quand ils sont soumis aux réglementations spéciales édictées par les autorités locales pour ces contrats.

4. La synthèse : les caractéristiques du droit actuel des contrats

Après cet exposé panoramique du droit chinois des contrats, nous pouvons chercher à en dégager les caractéristiques essentielles.

4.1 Mélange d'éléments chinois et étrangers, traditionnels et modernes

Ce qui frappe d'abord, c'est le mélange des éléments traditionnels et modernes, chinois et étrangers, dans la société et le droit actuels en Chine. Depuis plus d'un siècle, les Chinois se sont efforcés de « combiner l'Orient et l'Occident » pour s'adapter à l'évolution extérieure. D'où la devise « Que la doctrine chinoise serve de base, que la doctrine occidentale s'emploie pour l'utilité (*Zhong xue wei ti, xi xue wei yong*) »⁷². Les chinois ont absorbé beaucoup de choses de l'Occident. Mais digérer autant de nouveautés dans un ventre plein de restes traditionnels ne semble pas une tâche facile. Sur le plan du droit, les influences extérieures se sont répandues ; mais les coutu-

70. *Ibid.*

71. H. LECLERCQ, *op. cit.*, note 3, n° 147.

72. YANG Hegao, *op. cit.*, note 46, pp. 511-517. Ce mot d'ordre a été lancé pendant la première période d'occidentalisation, à la fin du XIX^e siècle. Peu auparavant, les Japonais avaient adopté celui, bien différent, d'« occidentalisation totale ».

mes ont subsisté sous une forme moderne, d'apparence occidentale. Il s'ensuit un nouveau syncrétisme dans le droit chinois moderne.

4.2 Rapprochement du droit occidental

En même temps que la tradition juridique persiste obstinément, l'introduction des idées étrangères sur le droit se poursuit et joue un rôle essentiel dans la modernisation législative et juridique du pays. L'élite chinoise, soucieuse de rétablir un pays puissant, a toujours attaché une grande importance à l'Occident, et la Chine a cherché à se rapprocher des pratiques internationales, à un rythme variable selon l'époque. Ce mouvement s'est accéléré durant la réforme actuelle. Le nouveau mouvement législatif s'inspire abondamment du droit étranger, en particulier de celui des pays développés.

4.3 Intégration du droit et de l'administration

La troisième caractéristique est l'intégration du droit et de l'administration. Cette tradition juridique a une longue histoire. Antérieurement, à cause du centralisme du pouvoir et de la philosophie confucéenne de gouvernement, l'autorité administrative incarnait à la fois le législateur et l'exécutif. Actuellement, conformément à la théorie du gouvernement moderne, ils sont mieux distingués. Toutefois, l'attrait du pouvoir administratif demeure très puissant, et il continue d'intervenir dans l'élaboration et surtout l'exécution du droit. Cette pratique a été renforcée par l'introduction de la planification et de la légalité soviétiques. Pourtant, elle est originellement chinoise et non soviétique. Cette explication permet de mieux comprendre qu'avec le rejet de l'économie planifiée et l'établissement de l'économie de marché, l'intervention du pouvoir administratif peut diminuer, mais continuera à jouer un rôle non négligeable et ne pourra guère disparaître dans un proche avenir⁷³.

4.4 Mobilité

La quatrième caractéristique est la nature transitoire du droit actuel. Comme il est le résultat d'une époque où la société se transforme rapidement, il porte des traces du passé, comme la tarification, l'objet contrôlé, les contrats planifiés. Il comporte également des traits modernes comme, par

73. « Décisions du Comité central du Parti communiste chinois sur les problèmes de l'établissement du système de l'économie socialiste de marché », *Quotidien du Peuple*, éd. internationale, 17 novembre 1993, pp. 1-2, notamment la partie 4, intitulée « Conversion des fonctions du gouvernement, établissement et perfectionnement du macrocontrôle de l'économie ».

exemple, une certaine liberté contractuelle. Les vestiges du passé ne sont que des survivances, mais ils ne peuvent disparaître instantanément et continuent, dans une certaine mesure, à influencer la mentalité et le comportement. En même temps, les nouveautés se transforment pour s'adapter à la réalité. Devant ce phénomène, le droit ne peut que subir de nombreuses modifications⁷⁴.

4.5 Absence de théorie

Enfin, la dernière caractéristique, qui a toute son importance pour la recherche universitaire, est l'absence d'un fondement théorique systématique dans la législation et la codification. Le droit, y compris celui du contrat, est essentiellement pragmatique et non théorique. Il n'est pas élaboré à partir de la philosophie du droit et selon un cadre doctrinal ; c'est plutôt un bilan ou un répertoire des pratiques courantes. Cette manière d'envisager le droit peut s'expliquer de deux façons. Au départ, la tradition juridique était riche en rites et en droit pénal, et relativement pauvre en droit civil positif. Par la suite, la philosophie juridique chinoise, sorte d'embryon d'une rationalisation théorique, s'est à peine développée depuis sa formation il y a deux mille ans. La pauvreté théorique du droit moderne est la cause même de son incertitude et de ses lacunes, empêchant sa systématisation et aggravant la difficulté pour la recherche universitaire⁷⁵.

74. Ainsi, la *Loi sur les contrats économiques* de 1993 a modifié le contenu de la *Loi sur les contrats économiques* de 1982 sur huit points importants : (1) le champ d'application ; (2) le problème des relations entre les contrats économiques et le Plan ; (3) le contrat de vente et la tarification de l'État ; (4) la responsabilité en cas de faute d'une instance supérieure ; (5) la résiliation du contrat en cas de fermeture, d'interruption ou de transformation des entreprises ; (6) la justification de la nullité ; (7) le règlement des différends ; et (8) l'administration des contrats économiques. Dix années de réformes avaient beaucoup modifié la situation, et ces problèmes devaient être traités de nouveau. Voir : YANG Jingyu, *Guanyu « Zhonghua renmin gongheguo jingji hetong fa xiuzheng'an (Cao'an) » de shuoming* (Explication du projet de révision de la Loi de la RPC sur les contrats économiques), Rapport soumis à l'Assemblée populaire nationale, Beijing, juin 1993.

75. La doctrine, longtemps attachée à la théorie soviétique, est dépassée, et ne peut s'adapter à l'économie de marché. Par exemple, dans des ouvrages influents, on trouve une série de dogmes hérités du modèle soviétique, tels que le principe de planification, l'exécution en nature etc. Voir : WANG Jiafu, *Hetong fa* (Droit du contrat), Beijing, Éd. des sciences sociales de Chine, 1986, p. 10 ; ZHOU Linbin, *op. cit.*, note 18, p. 35.