

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

**ProQuest Information and Learning
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA
800-521-0600**

UMI[®]



Université d'Ottawa • University of Ottawa

**L'article VI
de l'Accord général
sur le commerce de services
et
le marché financier chinois**

par

SHAN, Mingwei

Thèse déposée à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du
doctorat en droit

LL.D.

Université d'Ottawa

le 21 avril 2001

Droit d'auteur © SHAN, Mingwei



**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

**395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-67995-0

Canada

Abstract

This thesis deals with the General Agreement on Trade in Services (GATS) and more particularly, its Article VI provisions, to see how the Chinese financial market regulations comply with those obligations.

The thesis, which is comprised of five chapters, begins with the Article VI provisions on domestic regulation, which require WTO members who have made specific trade in services commitments to administer their laws in an objective and impartial manner and to provide judicial, arbitral or administrative procedures for review of decisions and appropriate remedies. The author has reviewed the relevant literature related to trade in services as well as to services in the developing world. The thesis then considers the extent to which the Chinese regulatory and judicial processes would meet the Article VI standard. The author identifies certain areas, notably the role of the central bank, where some issues may arise. The author has also reviewed documentary sources related to Chinese laws and administrative processes.

The author's overall conclusion is that China would generally comply with its Article VI obligations under GATS.

Résumé de thèse

Cette thèse porte sur l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). On veut savoir dans quelle mesure la Chine satisfait aux exigences de l'article VI de cet accord en ce qui a trait à son marché financier.

L'auteur a choisi d'exposer la question du lien entre l'AGCS et le marché financier chinois par le biais de cinq chapitres : les deux premiers sont consacrés à l'examen des règles multilatérales développées dans le secteur du commerce des services ; les trois autres portent sur les principales caractéristiques du marché financier chinois. Le premier chapitre est ainsi l'occasion pour l'auteur d'examiner l'AGCS et son article VI dans ses moindres détails. Le second chapitre a conduit l'auteur à analyser les principales difficultés auxquelles font face les pays en développement dans le cadre du processus de libéralisation du commerce des services. Le troisième chapitre expose les différentes assises du marché financier chinois. Le quatrième chapitre consiste en une analyse de la Banque populaire de Chine dont le rôle principal en est un de supervision du marché financier chinois. Enfin, le dernier chapitre est réservé au système chinois de révision des mesures administratives.

On conclut finalement que le marché financier chinois répond aux conditions requises par l'article VI de l'AGCS.

À ma fille *douce-douce*
qui a éprouvé autant de chagrins de séparation que moi
pendant la rédaction de cette thèse de doctorat.

Remerciements

Je tiens ici à remercier sincèrement le professeur André Braën, mon directeur de thèse, dont la direction efficace et l'aide considérable m'ont été d'un précieux secours lors de la rédaction de cette thèse.

Je désire exprimer ma profonde gratitude aux professeurs Louis Perret, doyen de la Faculté de droit civil à l'Université d'Ottawa, Errol Mendes, directeur du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne et Monsieur Abdo G. Ghié, conseiller du bureau de la coopération internationale de la même université, ainsi qu'à leur personnel pour les conseils qu'ils m'ont donnés et le soutien constant qu'ils m'ont si aimablement accordé.

J'éprouve également une reconnaissance toute particulière envers Madame Marie-Claire Perrault, Messieurs Jean-Pierre Déjarlais et Bernard Forest, pour leur aide précieuse dans la correction de cette thèse de doctorat, et envers tous ceux et celles qui m'ont aidé dans mes études et mes recherches.

Table des matières

| | |
|---|----|
| Abstract | 2 |
| Résumé de thèse | 3 |
| Remerciements | 5 |
| Table des matières | 6 |
| Avant-propos | 10 |
| Introduction | 23 |
| I. Définition du terme “services” | 24 |
| II. Nature des services | 27 |
| A. L’immatérialité | 27 |
| B. Le droit de propriété inchangeable | 28 |
| C. La simultanéité de production et de consommation | 28 |
| D. L’importance et le caractère critique | 30 |
| Chapitre I. Aperçu de l’AGCS | 33 |
| I. Historique | 33 |
| II. Aperçu général | 36 |
| III. La portée de l’AGCS | 38 |
| IV. La définition du commerce des services | 39 |
| V. Le Conseil du commerce des services | 41 |
| VI. Le traitement des fournisseurs de services étrangers | 42 |
| A. Le traitement de la nation la plus favorisée | 43 |
| 1. Dispositions générales | 43 |
| 2. Les exemptions | 44 |
| B. Le traitement national des fournisseurs de services étrangers .. | 46 |
| C. L’accès aux marchés | 49 |
| D. Les engagements spécifiques | 51 |
| 1. Les négociations | 53 |
| 2. Les listes nationales des engagements spécifiques .. | 57 |
| 3. La modification | 59 |
| E. La reconnaissance mutuelle de qualifications | 61 |
| F. La transparence de la réglementation intérieure | 64 |
| VII. Les dispositions de l’article VI | 69 |
| VIII. Les annexes | 75 |
| IX. Les services financiers | 78 |
| Chapitre II. Les pays en développement et l’AGCS | 89 |
| I. Une position désavantageuse | 90 |
| A. L’industrialisation et la concentration des capitaux | 90 |
| B. La proportion du secteur des services dans le PIB | 93 |
| C. Les exportations de services | 94 |

| | | |
|---------------|---|-----|
| II. | Les raisons d'une réglementation restrictive. | 96 |
| | A. Les désavantages comparatifs. | 97 |
| | B. Les industries naissantes. | 100 |
| | C. La sécurité nationale et la souveraineté. | 103 |
| III. | La participation croissante et la libéralisation progressive. | 109 |
| Chapitre III. | Le marché financier chinois | 114 |
| I. | L'évolution du marché financier chinois. | 114 |
| II. | La législation chinoise. | 120 |
| | A. La mécanique législative. | 120 |
| | 1. La législation organique. | 121 |
| | 2. La législation matérielle. | 129 |
| | 3. La législation locale. | 132 |
| | B. Niveau d'effets des textes. | 135 |
| | C. Le statut des traités internationaux. | 138 |
| | 1. Dans le domaine civil | 139 |
| | 2. Dans le domaine administratif | 142 |
| | 3. Dans le domaine pénal | 143 |
| III. | Principes généraux du commerce international des services. | 148 |
| | A. Aperçu de la « Loi sur le commerce extérieur ». | 150 |
| | B. L'autorité centrale compétente. | 152 |
| | C. Le développement du commerce international des services. ... | 155 |
| | D. Les restrictions et les prohibitions des activités du commerce des services. | 162 |
| | 1. La sauvegarde de la sécurité nationale et de l'intérêt public. | 162 |
| | 2. L'établissement des industries de services chinoises. ... | 164 |
| | 3. La violation des obligations internationales assumées par la Chine. | 165 |
| IV. | Principales lois régissant le marché financier chinois. | 167 |
| | A. La « Loi sur la Banque populaire de Chine ». | 167 |
| | B. La « Loi sur les banques commerciales ». | 168 |
| | C. La « Loi sur l'assurance ». | 170 |
| | D. La « Loi sur les valeurs mobilières ». | 171 |
| V. | L'accès au marché financier chinois. | 173 |
| | A. Le stade préliminaire. | 173 |
| | B. L'étape officielle | 174 |
| | C. La procédure d'établissement. | 176 |
| VI. | Les entreprises financières étrangères. | 178 |
| | A. L'implantation des entreprises financières étrangères. | 179 |
| | B. Le statut des entreprises financières étrangères. | 182 |
| Chapitre IV. | La banque centrale chinoise | 186 |
| I. | L'organisation. | 186 |
| | A. Le siège social et l'administration. | 186 |
| | B. Les succursales. | 188 |
| | C. Le Comité des politiques monétaires. | 189 |

| | | |
|-------------|---|-----|
| II. | L'indépendance. | 190 |
| III. | Les fonctions. | 193 |
| IV. | Les pouvoirs. | 194 |
| | A. L'approbation. | 196 |
| | 1. L'approbation d'établissement. | 197 |
| | 2. L'approbation des changements. | 199 |
| | 3. L'approbation de la fermeture. | 201 |
| | B. Les sanctions. | 201 |
| | 1. Le devoir de corriger la violation. | 202 |
| | 2. La confiscation des revenus illégalement générés. | 203 |
| | 3. L'amende. | 204 |
| | 4. L'annulation du permis d'administration. | 207 |
| | C. Les poursuites en responsabilité civile ou criminelle. | 210 |
| | D. La mise sous tutelle. | 212 |
| Chapitre V. | La révision des mesures administratives | 217 |
| I. | La révision judiciaire. | 217 |
| | A. Les cours populaires. | 218 |
| | B. L'indépendance des cours. | 220 |
| | C. La « Loi sur le contentieux administratif ». | 221 |
| | D. La recevabilité du contentieux administratif. | 223 |
| | E. Les caractéristiques du contentieux administratif. | 228 |
| | 1. L'évaluation de la recevabilité d'une plainte ... | 229 |
| | 2. Le fardeau de la preuve. | 230 |
| | 3. La juridiction spécialisée. | 233 |
| | 4. Les textes appropriés. | 234 |
| | F. Les règles du contentieux administratif. | 237 |
| | 1. Le caractère public. | 237 |
| | 2. La collégialité. | 240 |
| | 3. La récusation. | 243 |
| | 4. Le droit à la défense. | 245 |
| | 5. Le droit d'appel d'une décision de première instance. | 246 |
| | 6. Les délais applicables au processus décisionnel.. | 247 |
| | 7. Le contrôle du Parquet populaire. | 248 |
| | G. La modification des sanctions administratives par les tribunaux. | 249 |
| | H. Les limites de la révision judiciaire. | 256 |
| | 1. L'absence de révision judiciaire dans l'assurance. | 257 |
| | 2. Les sujets limités de la révision judiciaire dans le secteur bancaire. | 258 |
| | 3. Conflit entre les lois | 260 |

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Les améliorations proposées. | 264 |
| 1. | La validité de la « Loi sur le contentieux administratif ». | 264 |
| a. | La concordance avec la Constitution. | 265 |
| b. | La concordance à l'article VI de l'AGCS. | 267 |
| 2. | Invalidité de la restriction du champ d'application | 268 |
| II. | La révision administrative. | 270 |
| A. | Définitions. | 270 |
| B. | Le fondement juridique de la révision administrative. | 272 |
| C. | Aperçu des « Règlements relatifs à la révision administrative ». | 273 |
| D. | Aperçu de la « Loi sur la révision administrative ». | 275 |
| E. | L'organisation. | 276 |
| F. | Catégories de révision. | 278 |
| 1. | La révision optionnelle. | 278 |
| 2. | La révision finale. | 279 |
| 3. | La révision obligatoire. | 281 |
| G. | Conditions. | 282 |
| H. | Caractéristiques. | 284 |
| 1. | La double cause | 285 |
| 2. | Une plus grande recevabilité. | 285 |
| 3. | Une procédure écrite. | 289 |
| 4. | La gratuité de la révision. | 289 |
| I. | Les limites de la révision administrative. | 290 |
| 1. | Les domaines limités. | 290 |
| 2. | Une difficulté technique. | 291 |
| J. | Les améliorations proposées. | 294 |
| 1. | La décentralisation des pouvoirs de la banque centrale. | 294 |
| 2. | La standardisation des moyens de révision. | 295 |
| III. | L'arbitrage. | 297 |
| | Conclusion | 302 |
| | Bibliographie | 310 |
| | Annexe I : Le cadre de l'Accord général sur le commerce des services | 318 |
| | Annexe II : Deux annexes relatives aux services financiers de l'AGCS | 337 |
| | Annexe III. La « Loi de la Constitution » chinoise en anglais | 340 |
| | Annexe IV : La « Loi sur le commerce extérieur » chinoise | 367 |

Avant-propos

Pourquoi un accord international particulier pour le commerce des services ? C'est parce que ce commerce est fondamentalement différent de celui des biens. Au contraire d'une marchandise, un service ne se stocke pas. Les lois et règlements sur les services ne peuvent viser que le fournisseur et le consommateur qui participent à cet échange sans intermédiaires. Comme la réglementation de ce commerce ne peut affecter que les personnes concernées, directement et exclusivement, le cadre juridique du GATT n'était plus adapté à cette catégorie de commerce. De plus, le droit de propriété ne pouvant être remanié en profondeur, et comme le cadre juridique du commerce des services est fondamentalement différent de celui des biens, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a dû distinguer le commerce des services de celui des biens et établir l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). L'accord cadre de l'AGCS figure à l'Annexe I de cette thèse.

L'AGCS est le premier accord multilatéral sur le commerce des services à l'échelon international. Il couvre le commerce et l'investissement dans le secteur des services. Il édifie les règles fondamentales de libéralisation de ce commerce. Son article VI, dont l'objet est la réglementation du commerce intérieur, met en vigueur des mesures raisonnables, objectives et impartiales sur le commerce des services. Évidemment, il a pour objectif d'encourager les règles de l'économie de marché et de favoriser la concurrence au niveau dudit commerce. À cet égard, il en prévoit non seulement les règles à observer par les États membres, mais aussi les révisions à exercer en tant que moyens de recours pour le requérant.

Pour que les mesures affectant ce commerce soient jugées raisonnables, objectives et impartiales, l'article met de l'avant cinq conditions fondamentales : (1) l'existence de mécanismes permettant la révision de la légalité d'une mesure qui affecte ce commerce, (2) mécanismes permettant de vérifier l'opportunité de la mesure, (3) l'indépendance des autorités chargées de l'administration et du contrôle judiciaire, (4) l'efficacité de la révision judiciaire, tenue dans des délais raisonnables, (5) finalement, la compétence pour corriger une mesure critiquée. La politique intérieure d'un État membre pourrait être considérée conforme à ces dispositions si les cinq conditions sont assurées, les mesures postulées d'une façon raisonnable, objective et impartiale et si la façon de réviser ces mesures est prévisible.

En Chine, les réformes économiques ont intégré les règles usuelles du marché à partir de 1979. En signant l'AGCS avant même d'adhérer à l'OMC, la Chine manifeste son désir, dans le commerce des services, d'ouvrir ses marchés aux étrangers, et, comme État signataire, accepte de respecter les obligations de l'AGCS et d'en observer les règles, y compris les dispositions de l'article visant sa réglementation intérieure. Comme la juridiction sur le marché financier a été refaite il y a à peine six ans, les dispositions de l'article vont influencer sur la réglementation du marché chinois. La Chine est-elle capable de relever ce défi ? En d'autres termes, le marché financier chinois est-il conforme aux dispositions de l'article ?

L'analyse de cette nouvelle réglementation va nous permettre de répondre à cette question. Par exemple, à titre de banque centrale de l'État, la *Banque populaire de Chine* a toute la latitude pour superviser ce marché, selon les textes que le législateur adopte pour garantir ses décisions raisonnables, objectives et impartiales. En cas d'abus de ses pouvoirs, les *Cours populaires* (les

juridictions judiciaires) peuvent réviser les mesures ; elles protègent ainsi les droits et les intérêts de tout particulier ou organisme, tant chinois qu'étranger en Chine. Autonomes et indépendantes, elles peuvent procéder à une révision objective et impartiale, parce qu'elles jugent les litiges administratifs selon des textes de loi appropriés. Elles ont compétence pour examiner la légalité d'une mesure de cette banque centrale et même, particularité toute chinoise, leur compétence va jusqu'à la révision de l'opportunité d'une sanction et de sa modification, pour s'assurer de son objectivité et impartialité. Dans ces cours, la transparence (par exemple, la couverture journalistique), la collégialité, le droit à la récusation, le droit à la défense, les deux paliers décisionnelles ainsi que le contrôle du *Parquet populaire* (Ministère public) fournissent une assise solide et propre à assurer l'objectivité et l'équité de la révision judiciaire. L'établissement de chambres composées de juges spécialisés dans ces cours favorise aussi leur révision objective et impartiale. De plus, celle-ci est efficace puisque d'une part, lesdites cours doivent rendre une décision dans les délais prévus par la loi, et que d'autre part l'accès à cette révision est facile. Il suffit à un requérant de prétendre qu'il a subi un préjudice à cause d'une mesure particulière de la banque centrale ; celle-ci, pour sa part, doit assumer tout le fardeau de la preuve.

Pour juger d'une façon générale de la pertinence d'une mesure administrative en Chine, la procédure de réexamen compte essentiellement sur la révision administrative à l'intérieur des organisations administratives. Cette dernière permet de revoir non seulement la légalité, mais surtout le caractère pertinent d'une mesure. Autonomes et indépendants, les organes de révision administrative examinent les litiges en fonction des lois et des règlements. Ils ont compétence pour annuler et modifier une mesure particulière de cette banque centrale. Cette procédure est d'une grande efficacité, puisqu'une décision de cette révision doit être rendue dans les délais prévus par la loi et

les règlements. Elle est également commode puisqu'il suffit à un requérant, pour y recourir, d'estimer qu'une atteinte lui a été portée par une mesure particulière de la Banque centrale, tandis que le fardeau de la preuve incombe entièrement à cette dernière. Enfin, selon les textes chinois, un requérant a le droit de choisir entre la révision administrative et judiciaire. Dans la plupart des cas, il a le droit d'utiliser successivement ces deux moyens de révision.

Depuis les réformes économiques de 1979, la Chine a fortement augmenté sa production intérieure et ses échanges extérieurs. L'OMC rapporte que les exportations chinoises ont augmenté de plus de 20 % au cours du premier semestre de l'année 1995.¹ Grâce à ses réformes économiques et juridiques, la Chine a attiré plus d'investissements étrangers. Par exemple, l'année 1996 était la première année du neuvième plan quinquennal de développement. Cette année-là, les investissements étrangers étaient de l'ordre de 51 milliards \$US, et les réserves de devises ont dépassé cette même année 100 milliards \$US. De même, son marché financier s'est fortement développé durant cette même période. Les dépôts dans les caisses populaires, urbaines et rurales, ont atteint 4 milliards *Renminbi*², une hausse de 33% par rapport à l'année 1995. L'importance des transactions des valeurs boursières était de 2 milliards *Renminbi*, quatre fois plus qu'en 1995. Les exportations et les importations ont atteint 290 milliards \$US, représentant 40% du PIB. Les données statistiques montrent que la croissance économique était de 9.7% par rapport à l'année précédente. Cette bonne performance résulte des politiques nationales de réforme et d'ouverture. Les capitaux

¹AFP, *Le commerce mondial croît plus que la production mondiale*, Genève, La Presse, Économie, le 14 novembre 1995, C6.

²Dans la monnaie chinoise, dont l'unité est le yuan, un dollar canadien équivaut à environ six yuans de *Renminbi*.

étrangers et le développement du marché des capitaux ont vigoureusement favorisé la croissance rapide de l'économie chinoise.³ Ainsi, la Chine commence à se réveiller alors qu'elle était un géant endormi il y a seulement 20 ans. Depuis, le pays s'est métamorphosé en une puissance dynamique appelée à jouer un rôle de premier plan dans l'économie mondiale.⁴

Le monde a besoin de l'immense marché chinois qui est encore en croissance. De son côté, la Chine a besoin du monde pour moderniser ses moyens de production et son commerce. L'intensification des relations commerciales entre la Chine et le reste du monde profite à chaque partie. C'est dans cet esprit que la Chine continue d'élaborer des réformes de plus en plus nombreuses et profondes afin d'attirer davantage les investissements étrangers pour son développement, tandis que les investisseurs étrangers se hâtent de gagner une part plus grande du marché chinois.⁵

La Chine a signé l'AGCS le 15 avril 1994 avec une centaine d'autres États membres. Cet accord est l'un des premiers documents de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Mais la Chine n'est toujours pas membre de l'OMC. Sa candidature devrait être réexaminée en novembre 2001. Le cas de la Chine est particulier à cet égard. En effet, elle a été l'un des 22 pays fondateurs du GATT en 1947. À l'époque, la Chine était gouvernée par le *Guomindang* (Parti nationaliste). Ce dernier s'est exilé dans l'île de *Taiwan* en 1949 après la guerre civile. N'ayant plus de contrôle sur le territoire

³David L. Weller, *The Bureaucratic Heavy Hand in China : Legal Means for Foreign Investors to Challenge Agency Action*, (June 1998) 98 Columbia Law Review 5, p. 1239.

⁴Barrie Stevens, *La Chine à l'aube du 21e siècle*, (août-septembre 1996) 201 l'Observateur de l'OCDE, pp. 28 à 32.

⁵David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1238.

continental chinois, le gouvernement du *Guomindang* a alors envoyé une note officielle au secrétariat général du GATT l'avisant qu'il abandonnait son statut de membre de l'organisation. Depuis 1979, la Chine a tenté de rétablir son statut de pays fondateur du GATT, mais lors les négociations du cycle de l'Uruguay, elle a échoué à cet égard. Elle a également échoué dans sa tentative de devenir l'un des États fondateurs de l'OMC même si, par ailleurs, elle a adhéré à l'AGCS.

Parmi les dispositions de l'AGCS, les dispositions de l'article VI concernent spécifiquement la réglementation intérieure du commerce des services qui doit être adoptée par un État signataire. Au sujet des mesures administratives intérieures, cet article exige qu'elles soient menées d'une façon raisonnable, objective et impartiale ; au niveau des autorités juridictionnelles des pays membres, il exige une révision objective et impartiale des mesures administratives affectant le commerce des services. L'objet de cet article est évidemment l'application de règles de l'économie de marché afin d'assurer la concurrence au niveau transnational.

Par la signature de cet accord général, la Chine a l'obligation d'appliquer les dispositions de l'AGCS et de réformer sa réglementation intérieure sur le commerce des services. Pour les services financiers, la Chine doit réformer la réglementation de son marché financier et par exemple, adopter une série de lois à caractère financier et restructurer la Banque populaire de Chine en tant qu'autorité de supervision. De plus, il lui faut prévoir la possibilité de réviser les mesures administratives de la Banque populaire de Chine par les Cours populaires et d'autres organes de révision.

Disons cependant que la Chine éprouve d'énormes difficultés à réglementer son marché financier. Essentiellement, ces difficultés sont attribuables à la période de transition de l'économie planifiée à l'économie du marché qui est en cours actuellement en Chine. Nous en donnerons trois explications. D'abord, comme la Chine a longtemps appliqué les principes de l'économie planifiée, le *Conseil des affaires d'État* (Gouvernement central chinois) et la Banque populaire de Chine manquent d'expérience pour administrer le marché financier selon les règles de l'économie de marché. Ce manque d'expérience s'aggrave particulièrement lorsque ces deux autorités rencontrent des difficultés dans le domaine financier.⁶ Ensuite, comme la Chine est dans une période de transition d'une économie planifiée à une économie de marché, le gouvernement chinois intervient encore considérablement dans l'économie et le commerce. Pour un certain temps, nous estimons que l'inexpérience dans la supervision des intervenants dans une économie de marché (un certain laisser-faire, traditionnel aux économies de marché) et la tradition chinoise du contrôle de l'activité économique seront en période d'acclimatation mutuelle. Par ailleurs, tant le gouvernement central chinois que les investisseurs étrangers souhaitent diminuer autant que possible les interventions gouvernementales.⁷ Il importe en somme de trouver le moyen de limiter les interventions gouvernementales dans le marché financier chinois. Enfin, ces difficultés sont particulièrement importantes quant aux réformes du marché financier chinois à cause de l'archaïsme du secteur administratif chinois. Car, comparativement à ce qui existe dans les domaines civil, économique et criminel en Chine, la législation est plutôt déficiente dans le domaine administratif. Bien qu'il existe un certain nombre de lois dans ce domaine, beaucoup d'entre elles ne visent que les pouvoirs

⁶Guiguo Wang et Stephen Foo, *The Banking Law Reforms in China, Difficulties and Prospects*, (June 1995) 18 *World Competition - Law and Economics Review* 4, p. 23.

⁷David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1240.

d'organes administratifs. Elles manquent de dispositions nettes sur les limitations de ces pouvoirs et sur les sanctions pour abus de ces pouvoirs. Ainsi, beaucoup de documents ont été rédigés et beaucoup d'actions administratives ont été accomplies sans s'appuyer sur des bases légales suffisantes. Dans certaines circonstances, des mesures administratives se révèlent inadéquates à l'égard de principes inamovibles, de critères rigides ou d'éléments intouchables de ces pouvoirs.⁸

La supervision d'un marché financier en étant une de nature essentiellement administrative, elle doit s'intégrer à la tradition administrative d'un pays ; car tout pays a ses particularités historiques uniques et différentes des autres. Elles constituent l'âme du gouvernement et sous-tendent ses motivations. Elles fondent les relations entre l'État et ses subordonnés ou administrés. Ainsi, elles déterminent un système administratif approprié dans un pays donné.⁹

Par conséquent, les Chinois doivent chercher leurs propres solutions pour faire face à ces difficultés. Depuis le début des réformes économiques de 1979, les Chinois ont commencé à pratiquer la « philosophie des pierres », ou la « stratégie du Go ». Cette stratégie met de l'avant la prudence et la détermination quand on agit. Cette stratégie sert aussi de guide pour réformer le marché financier chinois. À cet égard, une citation anglaise est intéressante pour illustrer cette « philosophie des pierres » et comprendre la démarche chinoise quant aux réformes.

⁸ Albert Hung-yea Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Singapore-Malaysia-Hong Kong, Butterworths Asia, 1992, pp. 203 à 204.

⁹ Ann Seidman et Robert B. Seidman, *Not a Treasure Chest, a Tool Box : Lessons from a Chinese Legislative Drafting Project*, dans Ann Seidman, Robert B. Seidman et Janice Payne, *Legislative Drafting for Market Reform, Some Lessons from China*, Macmillan Press Ltd, 1997, p. 16.

« The Chinese like to experiment with different approaches. The Chinese economy linked it to crossing a turbulent river. If you were to move too quickly and plunge straight in then you would be swept off your feet and drowned. The only successful approach was to study it, identify the best place to cross; slowly enter the river; move one foot at a time and find a solid rock before moving the next foot; never afraid to move backwards if an unstable rock was encountered, but never losing sight of the ultimate objective. In many ways an understanding of this concept is important to understanding the evolution of modern China and its recently enacted legislative framework. Nevertheless change is happening at an exponential rate ».¹⁰

Mais comment cette stratégie du passage à gué est-elle juridiquement applicable aux réformes chinoises ? Y a-t-il des incompatibilités entre les dispositions de l'article VI de l'AGCS et cette stratégie dans les réformes du marché financier chinois, un des premiers marchés ouvert aux investisseurs étrangers ? En d'autres termes, la réglementation du marché financier chinois est-elle conforme aux dispositions de l'article et aux règles généralement appliquées dans la plupart des pays du monde ? Les droits et les intérêts des prestataires des services étrangers peuvent-ils être convenablement protégés en Chine ? C'est en tenant compte de ces préoccupations que nous approfondirons ici l'analyse de certains aspects du système juridique chinois afin de vérifier si la réglementation de son marché financier est conforme aux dispositions de l'article.

Étant donné l'ampleur du sujet, nous devons nous restreindre à l'étude des dispositions de l'AGCS qui viennent encadrer l'action des pouvoirs publics d'un pays membre. Aux fins de notre étude, nous ne nous attarderons pas à l'analyse de ses dispositions intervenant dans le cadre constitutionnel et administratif local. Mais nous nous intéresserons aux articles concernant le traitement des fournisseurs de services internationaux, particulièrement l'article VI visant la réglementation

¹⁰Ian Lancaster, *Insurance Law Commentary*, Chubb China Operations, Chubb Group of Insurance Companies, <<http://www.chubb.com/china/laws/inslaw-commentary.htm>>, p. 2.

intérieure, plutôt qu'à d'autres dispositions plus spécifiquement commerciales. Ces articles visent la réglementation des relations entre le gouvernement et ses administrés, en tant que fournisseurs de services tant nationaux qu'internationaux, et limitent les pouvoirs publics d'un pays membre.

De même, en ce qui concerne le règlement des litiges dans le commerce des services, nous examinerons le système juridique chinois plutôt que le mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMC, mécanisme qui résout les litiges commerciaux entre les gouvernements des États membres de l'AGCS, et qui pourrait lui-même faire l'objet d'une étude en soi.

Enfin, quant à la révision des mesures administratives en Chine, nous limiterons notre propos au texte des lois chinoises, puisque le système de justice chinois ne s'appuierait en principe pas sur la jurisprudence. Cette dernière n'a encore pas beaucoup de portée sur l'évolution du droit chinois. Il serait donc inutile d'analyser des causes tirées de la jurisprudence dans cette thèse.

Pour aborder notre propos, nous analyserons de manière comparative les dispositions stipulées dans l'article VI de l'AGCS et prévues par le législateur et le gouvernement chinois pour son marché financier. Cette analyse nous amènera à vérifier à partir d'une approche théorique si le marché financier chinois est dans l'ensemble conforme aux dispositions de l'article.

Dans un premier temps, nous étudierons les caractéristiques fondamentales des services et leur nature. Nous croyons qu'un tel examen est nécessaire puisqu'un service est par nature différent d'une marchandise. Dans un premier chapitre, nous ferons l'analyse des dispositions de l'AGCS concernant la définition du commerce des services, le Conseil du commerce des services, les annexes

et les services financiers. Nous considérerons la nécessité de mettre de l'avant les obligations et les dispositions de l'AGCS sur le traitement des fournisseurs des services étrangers et certaines dispositions auxiliaires. De même, nous croyons utile d'aborder de façon spécifique la réglementation intérieure stipulée dans l'article VI, puisque ses dispositions concernent de façon explicite le cadre constitutionnel et administratif local et dictent des normes pour les réformes intérieures visant l'application efficace de l'AGCS.

Ces normes revêtent une signification particulière pour les pays en développement, comme la Chine, qui constituent des marchés de services cruciaux et qui éprouvent néanmoins d'énormes difficultés face à la mondialisation des échanges. À ce propos, nous analyserons dans un chapitre II certaines des difficultés et des réactions de ces pays devant la libéralisation du commerce des services.

Dans un chapitre III, nous explorerons les approches et les assises juridiques du marché financier chinois. Nous présenterons le mécanisme de la législation chinoise visant à fournir une base conceptuelle, ce qui nous permettra de comprendre comment les normes sont élaborées par le législateur pour réglementer le marché financier chinois et quelles sont les relations entre les accords internationaux signés par la Chine et ses normes intérieures. Nous nous proposons aussi d'étudier les principales lois chinoises à caractère financier et les procédures d'accès à ce marché imposées par ces lois. Nous explorerons les approches et les assises juridiques du statut des entreprises financières étrangères dans ce marché.

Nous procéderons dans le chapitre IV à l'analyse de la Banque populaire de Chine en tant que banque centrale en Chine. Nous examinerons son organisation, son caractère indépendant et ses

pouvoirs pour superviser le marché financier. Enfin, nous nous consacrerons dans le chapitre V à l'étude des révisions possibles des mesures administratives prises par cette banque centrale. Nous mentionnerons quelles sont les révisions judiciaires et administratives et qui permettent d'examiner la légalité et l'opportunité. Nous analyserons les organismes qui procèdent à ces révisions, leur indépendance, leur compétence, les règles de procédure, les normes et les critères auxquels ils doivent se référer dans l'examen d'un litige contre la banque centrale. Également, nous vérifierons les limites de ces révisions dans le marché financier chinois et nous proposerons des améliorations s'il y a lieu pour que le marché financier chinois soit plus conforme aux dispositions de l'article VI.

Comme le système juridique chinois s'assimile davantage au modèle de droit civil que celui de la *Common Law*, le droit codifié prime depuis longtemps et ce sont les textes de loi qui servent de base à une procédure judiciaire. Pour trouver les textes originaux, on peut consulter les gazettes du parlement et du gouvernement centraux de la Chine. La première s'intitule « *Gazette du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale* », la seconde, « *Gazette du Conseil des affaires d'État* ». Ces textes sont également publiés, après adoption, dans les principaux journaux, tant nationaux que locaux. Nous trouvons un grand nombre de ces textes traduits en anglais dans le Website de la Faculté de droit de l'Université de Maryland à l'adresse électronique suivante : <http://www.qis.net/chinalaw/>.

En ce qui concerne le droit chinois et ses plus récents développements, on pourra consulter certains journaux en chinois ou en anglais en provenance de la Chine continentale, de l'île de Taiwan et de Hong Kong ainsi que d'autres pays dans le réseau Internet aux sites suivants :

Chine continentale

| | |
|-----------------------|---|
| Beijing Daily Online | http://www.ben.com.cn |
| China 2000 | http://www.china2thou.com |
| China Daily.Com.Cn | http://www.chinadaily.net |
| China Press Club | http://www.acja.org.cn |
| Chinanews.com | http://www.chinanews.com.cn |
| Nanfang Daily | http://www.nanfangdaily.com.cn |
| People's Daily Online | http://www.peopledaily.com.cn |
| PRC Daily | http://www.prcdaily.com |
| Xinhuanet.com | http://202.84.17.73/home.htm |

Taiwan

| | |
|---------------------|---|
| Central Daily News | http://www.cdn.com.tw |
| Central News Agency | http://www.cna.com.tw |
| China Daily News | http://www.cdns.com.tw |

Hong Kong

| | |
|-----------------------------|---|
| Apple Daily Newspaper | http://www.appledaily.com.hk |
| Culturecom News | http://www.culturecomnews.com.hk |
| Hkadcentre | http://www.hkadcentre.com |
| Hong Kong Daily News | http://www.hknews.cc |
| Hong Kong Globe | http://www.hk-globe.com |
| Hong Kong Standard Tigernet | http://www.hkstandard.com |
| I.T. Daily | http://www.itdaily.com |
| Information Age Hong Kong | http://www.infoagehk.com |
| Ming Pao Holdings Limited | http://www.mingpao.com |
| Newspaper-news.com | http://www.newspaper-news.com |
| Sing Tao Limited | http://www.singtao.com |
| South China Morning Post | http://www.scmp.com |
| Ta Kung Pao | http://www.takungpao.com |
| The Sun News | http://www.the-sun.com.hk |

D'autres sources

| | |
|-------------------|---|
| China.com | http://news.china.com |
| China News Digest | http://www.cnd.org |
| Snweb.com | http://www.snweb.com |
| Zaobao.com | http://www.zaobao.com |

Introduction

Il est difficile d'appliquer au commerce de services les concepts et les principes classiques de la politique commerciale qui régissent celui des marchandises, lorsque le mouvement transfrontalier des personnes, des capitaux et de l'information est la question primordiale.¹¹ Les services constituent plutôt des échanges de personne à personne sans immobilisation de stock.¹² Pour cette raison, le cadre juridique du GATT s'adaptait mal au commerce des services. D'ailleurs, son préambule ne fait aucune référence au commerce des services.

Selon nous, la réglementation du commerce des services en est une de caractère administratif, car la polyvalence, l'ampleur et la nature des services leur confèrent un caractère particulier. Ce caractère particulier des services empêche objectivement l'application des règles traditionnelles du commerce de marchandises. Ce dernier est d'ailleurs l'objet d'un haut degré de réglementation gouvernementale dans la plupart des pays aujourd'hui. Les barrières au libre commerce des services sont généralement liées aux politiques et réglementations nationales, aux restrictions à l'investissement et à l'immigration ainsi qu'à d'autres barrières non-tarifaires. La définition des services et leur description nous permettront de mieux comprendre la réglementation gouvernementale rigoureuse qui les affecte.

¹¹Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *Aperçu des questions sectorielles en rapport avec le cadre multilatéral relatif au commerce des services*, dans Nations Unies, *Commerce des services: Questions sectorielles*, New York, Nations Unies, UNCTAD/ITP/26, 1991, p. 2.

¹²Friedl Weiss, *The General Agreement on Trade in Services 1994*, (1995) 32 Common Market Law Review, p. 1180.

I. Définition du terme “services”.

Les services constituent un secteur d'activités très variées. Ils vont de la technique simple, telle que la coupe des cheveux, jusqu'à la haute technologie, comme les télécommunications. Parmi toutes ces activités, il y a d'innombrables services intermédiaires, comme les services de finance, de transport et de construction/génie, etc.¹³

Les services ne sont évidemment pas des choses tangibles. Ils nous entourent cependant de façon quotidienne. Les services après-vente sont des exemples tirés de notre vie courante. Les achats d'appareils électroménagers, de produits de haute technologie comme les ordinateurs, génèrent presque forcément des services d'entretien. Ce genre de services a pour objet de sécuriser les utilisateurs et de leur permettre de jouir pleinement des performances de ces appareils. De même, nous devons fréquenter régulièrement les coiffeurs, entretenir et faire réparer les voitures. Nous consommons des activités touristiques grâce aux services fournis par les agences de voyage. Tout individu a suivi ou suit encore des programmes d'enseignement. Pour les services financiers, on ne peut pas éviter dans sa vie quotidienne de déposer ou de placer de l'argent dans les banques, de consulter de temps en temps les gérants de crédit pour un emprunt ou les commis pour les transactions monétaires. Les prestations que les coiffeurs, les mécaniciens, médecins ou autres fournissent aux clients ou utilisateurs constituent des services. Les banques, les agences de voyages et les établissements d'enseignement sont aussi des prestataires de services.

¹³Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, *Trade in Services and Developing Countries*, (1986) 20 *Journal of World Trade Law* 3, p. 254.

Les services ne sont donc pas l'objet d'une fabrication manufacturière, à l'exception de certaines pièces entrant comme parties constituantes des services d'après-vente comme la réparation d'appareils électro-ménagers. En termes économiques, comme les services n'interviennent ni dans le secteur primaire ni secondaire, ils existent donc indépendamment des deux secteurs précédents. Pour cette raison, ils constituent le secteur tertiaire de l'économie.¹⁴ Il est donc très difficile de trouver une définition exacte du terme « service » tant au plan conceptuel que statistique. À vrai dire, il n'existe pas de définition précise des services à cause de leur vaste champ d'application qui englobe des activités très variées. Même dans l'AGCS, on a négligé ou évité de définir ce qu'est un service. Il n'y a que les secteurs et sous-secteurs des services qui soient définis dans cet accord général.¹⁵

À cause de son intangibilité, il est aussi difficile de qualifier et de quantifier la notion de service. Les difficultés pour en rassembler les données présentent sans doute l'obstacle le plus important à la compréhension et à la libéralisation de l'économie des services. D'autant plus que les services ne

¹⁴François Écalte, *L'économie des services*, Paris, P.U.F., Que sais-je ? 1989, p. 7; François Écalte, *La révolution tertiaire aux États-Unis*, Paris, La documentation française, No.4814, 1986, p. 7.

¹⁵Jean Valarché, Remigio Ratti, Joseph Deiss et Gaston Gaudard, *Le secteur tertiaire et le nouveau développement régional*, Fribourg Suisse, Éditions universitaires, 1985, p. 40; A. F. Ewing, *Why Freer Trade in Services Is in the Interest of Developing Countries*, (1985) 19 *Journal of World Trade Law*, p. 147; Jacques Nusbaumer, *Les services, nouvelle donnée de l'économie*, Paris, Économica, 1984, p. 15; Friedl Weiss, op.cit., note 12, p.1189; The New York Law Publishing Company, *GATT and the Global Trade in Services*, (Winter 1996) II International Contract Adviser 1, <<http://www.ljx.com/practice/internat/GATTserv.html>>. p. 1; GATT Doc. 33 I.K.M. 44 (1994) "GATS" et MTN.GNS/W/120.

sont pas mesurés ni quantifiés quand ils entrent dans un pays ou en sortent.¹⁶ En conséquence, certains auteurs définissent un service comme étant une chose que l'on peut acheter et vendre sans la voir. Faute de pouvoir définir un service par des propriétés communes, nous sommes obligés d'en donner une définition négative. Un service, c'est donc une activité qui n'est ni agricole, ni minière, ni industrielle ou manufacturière. Un service consiste en une activité non productrice de biens matériels. Mais il est indispensable au fonctionnement d'une société et d'une économie. Plus précisément, un service constitue une activité qui représente une valeur économique sans correspondre à la production d'un bien matériel. Cette activité est donc celle des personnes physiques ou morales du secteur tertiaire. Un service relève d'activités dont le résultat est immatériel et donc non stockable.¹⁷

¹⁶André Tordjman, *Stratégies de concurrence dans le commerce, les services au consommateur*, Paris, Les Éditions d'Organisation, 2^e édition, 1983, p. XII; Tycho H.E. Stahl, *Liberalizing International Trade in Services : The Case for Sidestepping the GATT*, (1994) 19 *The Yale Journal of International Law*, p. 412; Robert N.H. Christmas, *The GATT and Services: Quill and Ink in an Age of Word Processors ?* (1986) 10 *Fordham International Law Journal*, p.295; Marianna Maffucci, *Liberalization of International Trade in the Services Sector : Threshold Problems and a Proposed Framework Under the GATT*, (1981) 5 *Fordham International Law Journal*, p. 378; Steven F. Benz, *Trade Liberalization and the Global Service Economy*, (1985) 19 *Journal of World Trade Law*, p. 98; Deepak Nayyar, *Some Reflections on the Uruguay Round and Trade in Services*, (1988) 22 *Journal of World Trade Law*, p. 37; Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, *op.cit.*, note 13, p. 254; Rachel McCulloch, *Services and the Uruguay Round*, (1990) 13 *World Economics*, p. 334.

¹⁷A.F. Ewing, *op.cit.*, note 15, p. 149; The New York Law Publishing Company, *op.cit.*, note 15, p. 1; François Écalle, *L'économie des services*, *op.cit.*, note 14, p. 7; François Écalle, *La révolution tertiaire aux États-Unis*, *op.cit.*, note 14, p. 8; Claude Cabanne et Georges Benko, *Lexique de géographie humaine et économique*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1992, p. 379; Conseil international de la langue française, *Dictionnaire commercial/Académie des sciences commerciales*, Paris, Entreprise Moderne d'Édition, 1987.

II. Nature des services.

Les services possèdent une nature radicalement différente de celle des biens physiques. Comme les services sont immatériels et intangibles, ils ne sont pas visés par les textes commerciaux ordinaires. Étant immatériels, les services n'ont pas à être stockés, ne nécessitent ni bâtiment d'entreposage ni transport, donc les droits de propriété des objets demeurent stables dans le commerce de services. Tout texte qui s'applique aux changements sur les droits de propriété ne peut toucher les activités de services. Comme la production et la consommation des services sont simultanées et que le récipiendaire doit participer à la prestation du service, l'intervention gouvernementale ne peut affecter que le prestataire ainsi que le consommateur des services. Enfin, comme les services touchent des secteurs importants, aucun gouvernement ne peut se permettre d'abdiquer sa juridiction.

A. L'immatérialité.

Un des caractères le plus souvent mentionné du commerce de services est son immatérialité.¹⁸ Comme il est toujours fourni sous le mode de prestation comportant peu ou pas d'objet tangible, ce service est proprement dit immatériel. C'est-à-dire qu'entre le prestataire des services et son consommateur, les activités de transaction s'effectuent sans élément matériel. Prenons un service d'assurance par exemple. Un individu donné a dépensé une certaine somme d'argent pour l'assurance-vie. Pour lui, cette transaction n'a pas ordinairement pour but d'obtenir la possession d'un bien matériel et d'en jouir. Mais elle constitue plutôt un intérêt invisible, une sorte de garantie

¹⁸Jacques Nusbaumer, op.cit., note 15, p. 15.

ou de sécurité, à travers la compensation, le cas échéant.

B. Le droit de propriété interchangeable.

Étant immatériels, les services consistent en des processus intangibles et invisibles. Ces processus n'ont pas à être stockés. Leurs effets varient selon les conditions ou les positions, les marchandises ou les personnes. En conséquence, les transactions des services ne concernent pas normalement les transferts des droits de propriété.¹⁹ En d'autres termes, les droits de propriété sont stables dans le commerce des services. Les services financiers peuvent illustrer ce cas. Un service de banque, d'assurance ou d'échange de valeurs boursières constitue ainsi un processus qui est immatériel et qui ne concerne pas des biens transformés. La question du changement de droits de propriété ne se soulève donc pas ni pendant ni à la suite de ce processus. Dans ces circonstances, un texte juridique visant les droits de propriété matériels est impuissant à contrôler le commerce des services.

C. La simultanéité de production et de consommation.

Nous l'avons dit, les services ne peuvent pas être stockés. Ils impliquent une interrelation directe entre le producteur et le consommateur. En ce qui concerne le commerce des marchandises, il y a des intermédiaires entre le producteur et le consommateur, comme le grossiste ou le détaillant. Grâce à cet intermédiaire, il n'est pas nécessaire d'établir un contact direct entre le producteur et le

¹⁹Tycho H.E. Stahl, *op.cit.*, note 16, p. 409; Rachel McCulloch, *op.cit.*, note 16, pp. 329 et 335; Phedon Nicolaides, *Economic Aspects of Services: Implications for a GATT Agreement*, (1989) 23 *Journal World Trade Law*, p. 126.

consommateur de marchandises. Cependant, la production et la consommation des services sont obligatoirement simultanées. D'une part, il faut un contact direct entre l'offrant et le demandeur et d'autre part, il faut une participation active du consommateur lors de l'utilisation des services. Il est indispensable d'avoir cette interaction simultanée et directe entre eux. Plus précisément, la simultanéité de la production et de la consommation des services implique que la part inutilisée des services est perdue et que leur échange est impossible. Évidemment, c'est l'impossibilité de l'entreposage qui détermine la nécessité de simultanéité entre le producteur et le consommateur des services.²⁰

En d'autres termes, comme un service est immatériel, il occupe à la fois une part du temps et de l'espace de son producteur et de son consommateur. À la différence d'un produit physique ou une marchandise qui existent par eux-mêmes, le processus d'un service n'existe en principe que pendant le temps où il est consommé. En dehors de cet espace et de ce moment, ce n'est plus un service proprement dit. Comme le commerce des services se différencie radicalement de celui des marchandises, tout système régularisant les relations entre les biens matériels ou entre les biens matériels et les personnes n'est pas apte à régler les activités du commerce des services. Il faut en conséquence des mesures différentes pour administrer le commerce des activités de services.

²⁰Anthony Chapman, *L'Accord de libre-échange nord-américain: Justification et enjeux*, (Janvier 1993) Bibliothèque du Parlement Canada, Division de l'économie, Étude générale BP-327F, Tableau 4, p. 16; Tycho H.E. Stahl, *ibid.*, p. 410; Deepak Nayyar, *op.cit.*, note 16, pp. 35 et 37; André Tordjman, *op.cit.*, note 16, p. 5.

D. L'importance et le caractère critique

Dans un pays moderne, les services interviennent dans les domaines tant privés que publics. Par exemple, certains concernent la protection de l'environnement, d'autres affectent les salariés ou les consommateurs. Comme les services pénètrent partout dans la société, ils affectent souvent des secteurs critiques et stratégiques de l'État, tels que son autonomie, sa souveraineté culturelle et la défense nationale. Ainsi, les mesures sur les services sont essentielles tant pour gérer l'économie que pour protéger la sécurité et la souveraineté nationale. Elles sont également indispensables pour la défense de la souveraineté culturelle et pour protéger d'autres intérêts nationaux. Comme ces secteurs sont vitaux, la réalité politique est telle qu'aucun gouvernement ne saurait accepter de les voir tomber sous domination étrangère.²¹ Ainsi, il n'est pas rare de constater que la réglementation gouvernementale est abondante à l'égard des services. En effet, la plupart des services restent soumis à un cadre réglementaire plus restrictif que les biens.

Pour ces raisons, l'intervention gouvernementale s'exerce essentiellement à travers la réglementation des activités des services. Compte tenu de la diversité inhérente à l'industrie des services, il existe de nombreuses catégories de réglementation. Par exemple, il existe de la réglementation qui a pour objet de structurer l'offre des services dans un secteur déterminé, comme dans le secteur financier, ou qui permet aux pouvoirs publics de restreindre l'entrée des entreprises, comme dans les secteurs de la télévision ou de la poste, de fixer les prix ainsi que de répartir les marchés.²²

²¹A.F. Ewing, *op.cit.*, note 15, p. 151.

²²A.F. Ewing, *ibid.*, p. 150; François Écalle, *La révolution tertiaire aux États-Unis*, *op.cit.*, note 14, p. 48; François Écalle, *L'économie des services*, *op.cit.*, note 14, p. 7.

Par ailleurs, un secteur peut ne plus être considéré comme concurrentiel ou soumis aux lois de la concurrence s'il est réglementé par des mesures limitatives. Celles-ci protègent non seulement les entreprises de la concurrence, mais elles restreignent aussi l'innovation, l'adaptation à la demande et la recherche de gains de productivité. En d'autres termes, ces mesures limitatives sont défavorables pour le rétablissement de la concurrence et elles empêchent la croissance du commerce des services. Par conséquent, la croissance du commerce des services peut exiger des réformes à cette réglementation intérieure en vue d'accroître la libéralisation des services ; il est donc nécessaire d'élaborer des accords d'intégration entre les États membres de l'AGCS afin d'éliminer toute mesure discriminatoire existante et d'en prohiber l'établissement pour l'avenir.²³

Les pays industrialisés ont grand intérêt à promouvoir l'élaboration d'accords d'intégration. Par exemple, en tant que plus important exportateur de services au monde, les États-Unis ne peuvent que rechercher à promouvoir la libéralisation du commerce des services. Grâce à cette libéralisation, les industries américaines peuvent augmenter leurs débouchés à l'étranger, en bénéficiant à la fois des engagements pris par les pays en développement et par les pays industrialisés. Ainsi, dans le domaine des services publicitaires, l'industrie américaine pourrait occuper une part du marché qui représente au moins les trois quarts des exportations de services publicitaires au Canada, au Japon et dans l'Union européenne, trois autres puissances commerciales. L'industrie des services américaine bénéficierait également des engagements pris par les pays en développement dans le secteur du tourisme - agences, de voyages, hôtels, restaurants, etc. Les produits audio-visuels

²³ Art. V de l'AGCS; François Écalte, *La révolution tertiaire aux États-Unis*, *ibid.*, pp. 48 et 51; Meriel V. M. Bradford, *Creating Free Access for Services and People*, dans Nicole Lacasse et Louis Perret, *Faire affaires au Mexique: les défis du libre-échange*, Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 1993, p. 36; Friedl Weiss, *op.cit.*, note 12, p. 1178.

américains seraient aussi favorisés : grâce à la libéralisation du commerce, ils auraient un meilleur accès à certains marchés importants comme la Corée, le Japon, la Malaisie et Singapour.²⁴ Évidemment, avec un bassin sans pareil de consommateurs potentiels, la Chine constitue un marché particulièrement attrayant pour les fournisseurs de services des pays industrialisés.

²⁴ *Accord général sur le commerce des services*, Fiche du Ministère du commerce des États-Unis, 1994.

Chapitre I. Aperçu de l'AGCS

L'AGCS est le premier accord multilatéral sur le commerce des services à l'échelle internationale. Il porte sur le commerce et l'investissement dans le secteur des services et il énonce les règles fondamentales favorisant la libéralisation du commerce des services. Ce chapitre résume l'historique et la portée de l'AGCS, fait une description du commerce des services et définit l'autorité compétente au sein de l'OMC. De plus, il analyse et commente les règles fondamentales des échanges des services concernant le traitement des fournisseurs de services, telles que le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), le traitement national des fournisseurs de services étrangers, la transparence de la réglementation intérieure sur les activités de services et la reconnaissance des compétences, prescriptions, licences ou certificats des ressortissants des autres pays, ainsi que des possibilités de dérogations à ces règles. Les annexes de l'AGCS et les services financiers sont également l'objet d'étude dans le présent chapitre.

I. Historique.

Nous n'avons pas connaissance d'un accord multilatéral sur le commerce des services précédant celui de l'AGCS. L'examen de certains accords multilatéraux établis par des organisations internationales amène à conclure qu'ils n'accordent aucun intérêt particulier au commerce des services. En somme, avant l'accord multilatéral de l'AGCS, le commerce des services n'a jamais été encadré par un accord multilatéral. Pendant les discussions des cycles de Kennedy et de Tokyo dans le cadre du GATT, les négociations n'ont touché les problèmes du commerce des services que par

l'effet du hasard, comme dans la déclaration ministérielle du cycle de Tokyo en 1982. À l'époque, le commerce des services était plutôt l'objet d'accords bilatéraux. Signé en 1985, l'Accord de libre échange entre les États-Unis et Israël paraît être le premier accord bilatéral dans le domaine des services.²⁵

Les études montrent que le commerce des services est moins affecté par la conjoncture économique et plus à l'abri des récessions que le commerce des marchandises. Déjà très développé, le commerce des services n'a cessé de voir son importance s'accroître, et ce, très rapidement. Compte tenu de cette tendance, les États-Unis et les autres pays industrialisés n'ont pas voulu que le commerce des services reste l'objet de simples accords bilatéraux. Ils ont désiré inclure nommément le commerce des services dans la structure de commerce international du GATT. Malgré leurs tentatives ratées lors du cycle de Tokyo en 1973 et 1979, les États-Unis ont repris l'initiative en 1982 et en 1984 pour, avec les autres pays industrialisés, réussir en 1986 à lancer officiellement les négociations sur le commerce des services lors du cycle de l'Uruguay.²⁶

²⁵Friedl Weiss, op.cit., note 12, dans la note 3, p. 1177; Peter Gakunu, *Trade in Services - Perspective of the Developing World*, (1989) 19 Ga. Journal of International & Comparative Law, p. 420; Krommenacker, *Trade Related Services and GATT*, (1979) 13 Journal of World Trade Law, pp. 510 à 522; The New York Law Publishing Company, op.cit., note 15, p. 1.

²⁶Friedl Weiss, *ibid.*, p. 1178; Brian Hindley, *Service Sector Protection: Considerations for Developing Countries*, (1988) 2 World Bank Economic Review, p. 2; Congress of the United States, Office of Technology Assessment, *International Competition in Services*, Washington, D.C., July 1987; Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, op.cit., note 13, pp. 253 à 273; Phillip H. Gold, *Legal Problems in Expanding the Scope of GATT to Include Trade in Services*, (1982) 7 International Trade Law Journal, p. 285; Marianna Maffucci, op.cit., note 16, pp. 371 à 390; Murray Gibbs, *Continuing the International Debate on Services*, (1985) 19 Journal of World Trade Law, p. 203; Tycho H.E. Stahl, op.cit., note 16, pp. 429 à 430; Terrence G.B. Berg, *Trade in Services: Toward a Development Round of GATT Negotiations Benefitting Both Developing and Industrialized Nations*, (1987) 28 Harvard International Law Journal 8, pp. 1,13 et 2,3; Deepak Nayyar, op.cit., note 16, p. 35; P.S. Randhawa, *Punta del Este and After: Negotiations*

Au cours des négociations du cycle de l'Uruguay, l'Inde, le Brésil ainsi que d'autres pays en développement se sont vigoureusement opposés aux tentatives d'inclure le commerce des services dans le cadre du GATT. Ces négociations ont pris fin le 15 décembre 1993 par la conclusion d'un accord multilatéral et spécifique sur le commerce des services. Il faut cependant noter que cet accord est séparé du cadre du GATT. Constituant un des documents intégraux de l'OMC, l'AGCS a été signé le 15 avril 1994 par plus de 120 États membres ou territoires et mis en vigueur en janvier 1995.²⁷ Le nombre des États membres de l'OMC est de 140 actuellement. Bien qu'il reste encore à la Chine des difficultés à résoudre, dans le processus de son adhésion à l'OMC, malgré le succès des négociations bilatérales avec les États-Unis, fin 1999, elle a signé cet accord et en est donc une partie contractante. L'adhésion de la Chine à l'AGCS démontre au reste du monde son engagement ferme à ouvrir ses marchés et à respecter les règles commerciales internationales.

L'adhésion à l'AGCS constitue un passage inévitable pour la société contemporaine, qui vit de plus en plus en situation d'interdépendance. Les économies du monde sont déjà transnationales et interdépendantes des unes des autres. Le développement économique d'un pays donné n'affecte pas que lui seul et au contraire, il affecte l'économie globale. Pour cette raison, la signature de l'AGCS reconnaît l'importance toujours accrue du commerce des services pour la croissance et le développement de l'économie mondiale. En adhérant à l'AGCS, tous les membres acceptent d'établir un cadre multilatéral de principes applicables et de fixer des règles pour le commerce des

on Trade in Services and the Uruguay Round, (1987) 21 *Journal of World Trade Law*, pp. 163 à 167; Richard Rivers, *Putting Services on the Table: The New GATT Round*, (1987) 23 *Stanford Journal of International Law*, pp. 16 à 21.

²⁷Tycho H.E. Stahl, *ibid.*, p. 430; Neil Rose, *GATS and the Profession*, (January 1997) *New Zealand Law Journal*, p. 6; Friedl Weiss, *ibid.*, p. 1182.

services en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence de réglementation intérieure et de libéralisation progressive, et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux de même que le développement des pays en développement.²⁸

II. Aperçu général.

Visant à libéraliser progressivement le commerce des services, l'AGCS est le premier accord commercial et multilatéral qui en traite exclusivement.²⁹ Il s'applique à toutes les activités de services et à toutes les formes que peuvent revêtir leurs prestations, telles que l'utilisation d'un service à l'étranger, la livraison transfrontalière des services, la fourniture d'un service par un établissement commercial ayant pignon sur rue et la mise en oeuvre de moyens facilitant les déplacements pour un prestataire de services étranger. À l'instar de ce qu'était le GATT pour le commerce des marchandises, l'AGCS garantit une plus grande sécurité et une plus grande ouverture des marchés dans le secteur des services.

Les documents composant l'AGCS sont formés de trois catégories : l'accord cadre, une série d'annexes et les listes d'engagements spécifiques à l'usage des États. La première catégorie de documents que nous examinerons d'abord est l'accord cadre lui-même, applicable à tous les États membres. Cette catégorie de documents forme le cadre des obligations et des règles générales, et se

²⁸Voir les deux premiers paragraphes du préambule de l'AGCS.

²⁹Friedl Weiss, *op.cit.*, note 12, p. 1178.

subdivise en six parties. La première partie définit le champ d'application de l'accord. La deuxième expose les obligations et les règles générales. Quant à la troisième, elle renferme des dispositions relatives à l'accès aux marchés et au traitement national des fournisseurs de services étrangers. La quatrième jette les bases de la libéralisation progressive du commerce des services. La cinquième comporte des dispositions institutionnelles qui définissent notamment les procédures de consultation et de règlement des différends ; elles instituent aussi un Conseil du commerce des services au sein de l'OMC qui est essentiellement chargé de surveiller la mise en oeuvre de l'AGCS. Enfin, la sixième partie traite des dispositions finales.

Avec ses 29 articles répartis en six parties, l'AGCS énonce une série d'obligations fondamentales. Parmi elles, les plus importantes ont trait à la portée universelle de l'AGCS, à la clause de la NPF, au traitement national des fournisseurs de services étrangers, à l'obligation d'assurer la transparence de la réglementation intérieure sur le commerce des services, à la reconnaissance mutuelle des qualifications des fournisseurs de services, aux paiements et transferts internationaux, aux engagements spécifiques par chaque État membre envers l'accès aux marchés et à la libéralisation progressive du commerce des services.³⁰

Une deuxième catégorie de documents renvoie à une série d'annexes de l'AGCS, à l'échelle tant générale que sectorielle, et traitant de situations particulières comme les services financiers par exemple. Ces annexes fixent aussi des conditions spéciales et applicables aux différents secteurs des services. Ces annexes font partie intégrante de l'AGCS. Finalement, il existe des listes nationales

³⁰The New York Law Publishing Company, op.cit., note 15, p. 1.

d'engagements spécifiques sur l'accès aux marchés et sur le traitement national des fournisseurs de services étrangers. Ces listes constituent la troisième catégorie des documents de l'AGCS. Pour les États membres de l'AGCS, ces listes nationales déterminent des conditions d'accès aux marchés et du traitement national des fournisseurs de services étrangers. Elles font également partie intégrante de l'AGCS.³¹

III. La portée de l'AGCS.

Comme l'AGCS est un accord qualifié de « général » et signé par la majorité absolue des pays de toutes les régions du monde, son champ d'application doit être universel. L'AGCS est qualifié de « général » parce que d'une part, il affecte en principe tous les services, du moment qu'ils sont l'objet d'un commerce international, et, d'autre part, parce qu'il s'applique à tous les pays membres, tant industrialisés qu'en voie de développement.

La première partie de l'AGCS ne contient qu'un seul article lequel définit son champ d'application. Selon ce premier article, l'AGCS s'applique à tout commerce international de services, sauf à ceux qui procèdent de l'autorité gouvernementale, tels que services d'éducation ou de santé. Selon les statistiques du secrétariat de l'OMC, moins de 50 États membres de l'OMC sur 140 ont accordé de libérer leurs secteurs d'éducation ou de santé en février 2001.³² Autrement dit, l'accord ne vise que les activités du commerce des services qui relèvent du secteur privé, exercées par les compagnies

³¹Art. XXIX de l'AGCS; Friedl Weiss, *op.cit.*, note 12, p. 1184.

³²Secrétariat de l'OMC, *GATS : Fact and Fiction*,
<http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction1_e.htm>.

ou les particuliers. Tandis que dans le domaine public, les services fournis par les autorités gouvernementales sont exemptés de la portée de l'accord. Cet accord s'applique à toutes les mesures des États signataires de l'AGCS lorsqu'elles affectent le commerce des services sur leur territoire. Ces mesures s'entendent de mesures prises non seulement par les gouvernements centraux, mais aussi par les gouvernements régionaux ou locaux et par des organismes non gouvernementaux lorsque ces derniers exercent des pouvoirs délégués par les gouvernements. En d'autres termes, les gouvernements régionaux, locaux et les organismes non gouvernementaux doivent aussi respecter les obligations de l'AGCS.³³ En droit administratif, il s'agit d'une délégation de compétence ou de pouvoir. Pour une autorité administrative, c'est une pratique courante de se dessaisir, dans les limites légales, d'un ou plusieurs de ses pouvoirs en faveur d'un autre agent qui les exercera à sa place.³⁴

IV. La définition du commerce des services.

L'AGCS s'applique aux activités du commerce des services. Nonobstant la difficulté et la complexité de définir ce qu'est un service, circonscrire la définition du commerce des services semble relativement aisé. Les modes selon lesquels sont fournis les services peuvent généralement être utilisés pour définir ce qu'est le commerce international des services. À cet égard, le deuxième paragraphe du premier article de l'AGCS identifie quatre modes de prestation des services en définissant le commerce des services comme étant la fourniture d'un service : (1) en provenance du

³³Art. I(3) de l'AGCS, il s'agit ici des « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »; Friedl Weiss, op.cit., note 12, pp. 1182 et 1190.

³⁴Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 7ème édition, 1988, p. 156.

territoire d'un pays membre et à destination du territoire de tout autre pays membre ; (2) sur le territoire d'un pays membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre pays membre; (3) par un fournisseur de services d'un pays membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre pays membre; et (4) par un fournisseur de services d'un pays membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un pays membre sur le territoire de tout autre membre.³⁵ En bref, l'AGCS distingue quatre formes de commerce des services, la fourniture transfrontalière, la consommation à l'étranger, la présence commerciale et celle de personnes physiques.

Dans le premier cas, la fourniture transfrontalière de services est un mode de fourniture de service par un pays membre à destination d'un autre pays membre. Les services de télécommunications en sont un exemple. En 1999, le montant global de cette mode de fourniture de services a atteint 1 350 milliards \$US représentant 20% du montant du commerce transfrontalier.³⁶ La consommation de services à l'étranger s'entend du mode de fourniture des services sur le territoire d'un pays membre à l'intention d'un consommateur de tout autre pays membre. Ce service est très souvent acheté par un résident d'un pays membre sur le territoire d'un autre. Le tourisme en est une bonne illustration. En 1999, le montant global d'exportations en matière de tourisme a atteint 433 milliards \$US représentant 33% du montant d'exportations de services et 6.5% des exportations totales.³⁷ Puis, il y a, comme autre mode de fourniture d'un service, la présence commerciale sur le territoire d'un pays membre d'un fournisseur étranger établi dans ce pays. Dans ce cas, nous pouvons citer les

³⁵Art. I(2) de l'AGCS.

³⁶Secrétariat de l'OMC, op.cit., note 32.

³⁷Ibid.

services financiers, juridiques et comptables à titre d'exemples. Il en est ainsi lorsque les services financiers sont ceux offerts par des succursales de banques étrangères et des entreprises étrangères d'assurance, lorsque des services juridiques sont fournis par des cabinets d'avocats étrangers ou lorsque des services comptables sont rendus par des firmes comptables d'autres pays. Enfin, la présence de personnes physiques se décrit comme l'entrée et le séjour temporaire de personnes étrangères sur le territoire d'un pays membre afin d'y faire personnellement le commerce de services. En d'autres termes, c'est une fourniture de services par des personnes physiques d'un pays membre sur le territoire de tout autre membre. À cet égard, on donne souvent en exemple le cas des services de construction.³⁸

V. Le Conseil du commerce des services.

Pour superviser l'application des dispositions de l'AGCS et régler les litiges, il faut une autorité compétente au sein de l'OMC. Le Conseil du commerce des services y a été établi dans ce but. Ce Conseil a été créé par l'article IV(5) de l'«Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce» conclu le 15 avril 1994 à *Marrakech*. Il agit sous la direction du Conseil général de l'OMC lequel est hiérarchiquement inférieur à la Conférence ministérielle. Celle-ci constitue l'organe suprême de l'Organisation; ses décisions sont prises dans le cadre de réunions bi-annuelles. Le conseil du commerce des services est composé des représentants de tous les États membres de l'AGCS. Son président est aussi élu par tous les États membres. En vertu de son mandat interne, ce conseil établit lui-même son règlement. Quant à son mandat externe, les fonctions qu'il exerce le sont en vue de

³⁸Art. I(2) de l'AGCS; The New York Law Publishing Company, op.cit., note 15, p. 1.

faciliter le fonctionnement de l'AGCS et de favoriser la poursuite de ses objectifs. Pour remplir efficacement ses fonctions, il a également le droit d'établir les organismes subsidiaires nécessaires.³⁹

Cependant, le Conseil du commerce des services n'a compétence pour régler les différends sur le commerce des services qu'entre les gouvernements des États membres. L'AGCS n'a en effet pas conféré à ce Conseil le mandat de régler les différends sur le commerce des services dans un État membre donné. Par exemple, le Conseil du commerce des services n'a compétence que pour établir des procédures visant la modification ou le retrait des engagements spécifiques.⁴⁰ Tandis que le règlement des litiges sur le commerce des services entre le gouvernement d'un pays membre et ses administrés tant nationaux qu'étrangers, il faut évidemment compter sur le mécanisme du système juridique local.

VI. Le traitement des fournisseurs de services étrangers.

L'AGCS énonce les obligations générales des États membres, leurs engagements spécifiques ainsi que la discipline imposée. Nous estimons que les règles et principes qui y sont décrits sont fondamentaux pour la libéralisation du commerce des services. Parmi ces règles et principes, nous nous limiterons dans cette section à l'analyse du traitement de la NPF, du traitement national des fournisseurs des services étrangers, de la transparence de réglementation intérieure sur les activités de services et de la reconnaissance mutuelle des qualifications des fournisseurs de services. Ces

³⁹Art. XXIV de l'AGCS.

⁴⁰Ibid., art. XXI et XXIV.

règles et principes restreignent les pouvoirs publics réglementant les personnes physiques ou morales dans un pays membre. D'autres obligations et règles de disciplines, d'ordre plus général, seront analysées au fur et à mesure de la progression de notre étude.

A. Le traitement de la nation la plus favorisée.

1. Dispositions générales.

Selon l'article II de l'AGCS, la notion de « traitement de la de la nation la plus favorisée (NPF) » vise à ce que tout gouvernement accorde à tous « un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ».⁴¹ Nous estimons que le principe de la NPF constitue la pierre angulaire de l'ensemble de l'accord de l'AGCS comme il l'est dans le GATT. Ainsi, l'article II énonce comme étant la plus importante l'obligation pour les signataires de l'AGCS d'accorder à tous le traitement de NPF. Vu cette importance, cet article est en tête des obligations et des règles générales de l'AGCS.

En vertu de cette obligation, aucun gouvernement ne doit établir de discrimination entre les services ou les fournisseurs des services des autres membres des pays différents. Et tout gouvernement doit accorder immédiatement et sans condition le statut de NPF aux services et fournisseurs des services de tout autre pays membre. Pourtant, il existe une exception à l'application de cette obligation : le gouvernement d'un État membre a le droit de conférer ou d'accorder des avantages supplémentaires

⁴¹Ibid., art. II.

à des pays limitrophes, mais limités aux zones frontières contiguës. Ces services étant produits et consommés localement, ils sont en principe confinés à des zones frontières contiguës. Le gouvernement d'un État membre a le droit d'appliquer d'une façon discrétionnaire des mesures pour faciliter les échanges de ces services dans ces régions frontalières sans tenir compte des dispositions de la NPF au moment de l'entrée en vigueur de l'OMC. Le Conseil du commerce des services réexamine périodiquement les conditions de cette dérogation. Néanmoins, cette pratique de dérogation à la NPF doit être éliminée au plus tard en 2005.⁴²

2. Les exemptions.

Selon la notion de NPF, l'AGCS énonce qu'aucun gouvernement ne doit établir de discrimination entre les services ou les fournisseurs de services des autres membres des différents pays. Tout gouvernement doit accorder immédiatement et sans condition le statut de NPF aux services et fournisseurs de services de tout autre pays membre.⁴³ Pourtant s'il le désire, un gouvernement a la possibilité de continuer d'appliquer des accords plus favorables à l'égard de certains pays dans le contexte d'activités de services spécifiques. Cela constitue de facto une exemption à l'obligation d'accorder le statut de NPF.

Les exemptions à cette obligation sont relatives aux conditions négociées dans lesquelles le commerce des services est mené. L'AGCS a établi une annexe spéciale pour les exemptions des

⁴²Ibid.

⁴³Ibid.

obligations énoncées à la NPF, «Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II». Cette annexe définit les conditions par lesquelles un État membre est exempté de ses obligations à la NPF au moment de l'entrée en vigueur de l'OMC. Par exemple, si un gouvernement est déjà partie à un accord bilatéral préférentiel qu'il souhaite maintenir en vigueur, il a le droit de se faire exempter de l'obligation d'accorder le statut de NPF. En d'autres termes, le gouvernement d'un État membre a le droit de maintenir une mesure incompatible avec l'accession au titre de NPF s'il satisfait aux conditions prévues à l'« Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II ». Selon cette annexe, toute exemption doit être mentionnée dans une liste nationale qui s'intitule «Exemptions de l'obligation NPF», à la date de l'entrée en vigueur de l'AGCS. Après cette date, toute nouvelle exemption demandée doit faire un nouvel objet dans l'article IX portant sur les pratiques commerciales.⁴⁴

Cependant, la période de ces exemptions ne devra pas durer longtemps et cette possibilité de dérogation ne pourra être exercée qu'une seule fois. Ainsi, la période de ces exemptions ne doit normalement pas dépasser dix ans et, en principe, toute exemption accordée à un État membre doit être éliminée en 2005, qu'il s'agisse des pays industrialisés ou des pays en développement. D'ailleurs, le gouvernement d'un État membre n'a le droit d'exercer cette possibilité qu'une seule fois. Le renouvellement de cette possibilité fera l'objet de négociations ultérieures au sein de l'OMC.⁴⁵ Les gouvernements des États membres se sont engagés à entreprendre ces négociations dans le cadre de l'AGCS.

⁴⁴Voir les deux premiers paragraphes de l'« Annexe relative aux exemptions des obligations énoncées à l'article II » de l'AGCS.

⁴⁵Ibid., les paragraphes 5 et 6.

En ce qui concerne une mesure déterminée, une exemption de NPF automatique accordée à un pays membre doit prendre fin à la date prévue dans l'exemption. À la fin de cette période, le gouvernement d'un État membre a le devoir d'informer le Conseil du commerce des services que la mesure incompatible a été prise en conformité avec la NPF.⁴⁶ Nous estimons que ces conditions stipulées ne peuvent être modifiées que dans un seul sens positif. Elles peuvent être améliorées à tout moment. Par contre, elles ne peuvent pas être modifiées dans un sens moins favorable sans donner un préavis de trois mois de la modification envisagée. Elles ne peuvent pas non plus être modifiées dans un sens moins favorable sans qu'une compensation n'ait été négociée avec les pays affectés.

De même, ces exemptions doivent être régulièrement révisées selon l'AGCS. Toutes les exemptions accordées doivent être réexaminées par le Conseil du commerce des services au bout de cinq ans. Le premier réexamen a lieu cinq ans au plus tard après l'entrée en vigueur de l'OMC, c'est-à-dire en l'an 2000. Le Conseil du commerce des services doit examiner si les conditions qui ont rendu l'exemption nécessaire existent encore et déterminer la date d'un nouveau réexamen.⁴⁷

B. Le traitement national des fournisseurs de services étrangers.

La troisième partie de l'AGCS stipulent les dispositions relatives au traitement national des fournisseurs de services étrangers. Selon l'accord, ce qu'on entend par traitement national des fournisseurs de services étrangers est que chaque gouvernement doit accorder aux fournisseurs de

⁴⁶Ibid., le paragraphe 7.

⁴⁷Ibid., les paragraphes 3 et 4.

services de tout autre pays membre ainsi qu'aux services eux-mêmes un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux siens propres. Nous pensons que le droit audit « traitement national » est aussi important dans le commerce des services qu'il l'est dans le commerce des marchandises. En effet, la clause de traitement national des fournisseurs de services étrangers est un des principaux instruments de libéralisation du commerce international, puisqu'elle donne le droit aux fournisseurs étrangers de bénéficier du même traitement et des mêmes opportunités d'affaires que les fournisseurs locaux.⁴⁸ Notons par ailleurs que l'AGCS n'interdit pas à l'État membre, sans non plus le favoriser, qu'il accorde un traitement supérieur au traitement national à des fournisseurs de services étrangers.

Mais il nous paraît plus difficile de vérifier l'application du traitement national des fournisseurs de services étrangers au niveau des services qu'à celui des biens. Les services sont immatériels et intangibles et il n'y a pas d'équivalent dans le secteur des services des droits de douanes comme dans le commerce des marchandises. En conséquence, nous ne disposons d'aucune série complète de données qui permettent d'estimer avec exactitude les importations de tels ou tels services. Imposées aux services et aux fournisseurs étrangers, les restrictions se présentent habituellement sous la forme de règlements qui régissent la fourniture des services. Il est difficile d'évaluer l'effet de ces mesures ou de leur suppression.

Cependant, le traitement national des fournisseurs de services étrangers n'est pas accordé d'une manière générale et inconditionnelle bien qu'il constitue un pilier crucial dans l'AGCS. L'accord

⁴⁸Art. XVII(1) de l'AGCS; Tycho H.E. Stahl, *op.cit.*, note 16, p. 419.

général ne juge pas nécessaire qu'un État membre applique aux étrangers ce traitement de façon exactement identique à la façon dont en bénéficient ses propres ressortissants. Il admet que l'application de ce principe à l'égard des services et des fournisseurs de services soit moins favorable aux étrangers. Pour cette raison, nous estimons que la clause de traitement national des fournisseurs de services étrangers constitue un engagement facultatif plutôt qu'une obligation générale. Cette clause ne limite que les politiques favorisant des objectifs protectionnistes au lieu d'enlever les pouvoirs de réglementation nationaux quant aux secteurs sensibles des services.⁴⁹

Les mesures sur le traitement, préférentiel ou pas, des divers fournisseurs de services relèvent aussi des règles administratives. Parce que tout gouvernement a les pouvoirs d'adopter des mesures différentes selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou d'étrangers. En permettant un traitement égal ou différent selon qu'il s'agisse d'étrangers ou de nationaux, l'AGCS a évité d'éliminer ces pouvoirs discrétionnaires.⁵⁰ Au lieu d'être considérées comme des obligations générales dans le GATT, les dispositions de traitement national des fournisseurs de services étrangers font donc l'objet d'engagements particuliers inscrits sur les listes nationales. Ces listes identifient les services et les activités des services pour lesquels le traitement national des fournisseurs de services étrangers est garanti par le gouvernement d'un État membre. Imposées aux engagements sur le traitement national des fournisseurs de services étrangers, toutes les restrictions doivent être mentionnées dans ces listes. Le cas échéant, ces listes spécifient aussi les conditions auxquelles le traitement national des

⁴⁹J. P. Trachtman, *Trade in Financial Services under GATS, NAFTA and the EC : A Regulatory Jurisdiction Analysis*, (1995) 34 Columbia Journal of Transnational Law 37, pp. 68 à 69; Tycho H.E. Stahl, *op.cit.*, note 16, p. 419.

⁵⁰Art. XVII de l'AGCS.

fournisseurs de services étrangers est subordonné.

Selon l'AGCS, le gouvernement d'un État membre a le droit de satisfaire aux dispositions du traitement national des fournisseurs de services étrangers d'une façon discrétionnaire. Lorsqu'il accorde le traitement national aux fournisseurs des services de tout autre pays membre, ce traitement national peut être soit un traitement formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs des services similaires, soit un traitement formellement différent. Cependant, un traitement formellement identique ou différent doit maintenir des conditions de concurrence loyales. Sinon, il est considéré comme un traitement moins favorable.⁵¹ À notre avis, le concept du traitement national des fournisseurs de services étrangers compte, fondamentalement et au plan juridique, sur l'égalité, ou presque, de traitement pour les étrangers devant la loi nationale.

C. L'accès aux marchés.

L'article XVI de l'AGCS relatif à l'accès aux marchés exige que chaque gouvernement membre accorde aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa liste nationale. En conséquence, dans les secteurs où des engagements sont pris, le gouvernement d'un État membre n'a pas le droit d'adopter, au niveau d'une subdivision régionale ou au niveau de l'ensemble de son territoire, des mesures limitatives

⁵¹Ibid.

visant l'accès aux marchés, sauf les notes contraires dans sa liste nationale. Nous estimons qu'il n'a pas le droit non plus d'appliquer ces mesures limitatives sous forme de nombre contingenté ou par la prescription de critères relatifs aux besoins économiques. Ces mesures interdites peuvent comprendre des limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, la valeur totale des transactions ou des avoirs en rapport avec les services, le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale des services, le nombre total de personnes physiques, les types de services et la participation du capital étranger.⁵² En vertu de l'AGCS, l'accès aux marchés est garanti par des engagements spécifiques, c'est-à-dire, par des mesures administratives spécifiquement engagées par le gouvernement d'un État membre.

Nous croyons que l'accès aux marchés constitue une question essentielle au coeur du commerce des services. Cependant, l'accès aux marchés ne constitue pas, par ailleurs, une obligation au sein de l'AGCS mais plutôt un engagement spécifique consenti par le gouvernement d'un État membre. C'est parce que les mesures réglementant l'accès aux marchés relèvent essentiellement de politiques administratives. Le gouvernement d'un État membre a le droit de limiter les conditions d'entrée dans les marchés pour disposer d'une marge de manoeuvre quant à ses politiques macro-économiques et de développement.⁵³

⁵²Ibid., art. XVI.

⁵³Ibid., art. XVI(1); M.E. Footer, *The International Regulation of Trade in services Following Completion of Uruguay Round*, (1995) International Lawyer, p. 472.

D. Les engagements spécifiques.

Tel qu'inscrit dans l'AGCS, l'objectif fondamental du commerce de services est la croissance économique de tous les partenaires commerciaux. Dans des conditions de libéralisation et de transparence progressive, l'expansion de ce commerce est plutôt un moyen qu'une fin.⁵⁴ Nous estimons que les innovations les plus importantes de l'AGCS sont les engagements spécifiques qui remplacent les obligations générales qu'imposait le GATT. Ces engagements stipulent les conditions de garantie selon lesquelles le commerce des services peut être mené par le gouvernement d'un État membre de l'AGCS. Pourtant, celui-ci n'est pas obligé de fournir ses engagements sous l'AGCS et il est libre de choisir les secteurs dans lesquels il garantit l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers. Au point de vue des obligations dans les accords internationaux, l'AGCS est donc premier et unique en son genre parce qu'il permet aux États membres de négocier des conditions d'établissement concernant les prestataires de services étrangers sur leur territoire.⁵⁵ Ces particularités de l'AGCS visent notamment à contourner les difficultés éprouvées par les pays en développement. Avec ces initiatives nouvelles, la plupart des pays en développement ont décidé d'adhérer à l'AGCS dans l'espoir de favoriser leur développement économique.

En effet, les parties III et IV de l'AGCS sont consacrées aux règles gouvernant les engagements particuliers en regard de la libéralisation du commerce de services. La partie III traite de l'accès aux

⁵⁴J. François Outreville, *Le commerce de services d'assurance*, dans Nations Unies, *Commerce des services: Questions sectorielles*, New York, Nations Unies, UNCTAD/ITP/26, 1991, p. 194.

⁵⁵Secrétariat de l'OMC, *op.cit.*, note 32.

marchés pour les fournisseurs de services étrangers (l'article XVI), du traitement national des fournisseurs de services étrangers (l'article XVII) et des engagements additionnels (l'article XVIII). Ces engagements additionnels visent certaines mesures gouvernementales qui n'ont pas pu s'inscrire dans les listes d'engagements spécifiques sur l'accès aux marchés ou le traitement national des fournisseurs de services étrangers au moment de l'entrée en vigueur de l'OMC. Elles concernent essentiellement les qualifications, les normes ou les questions relatives aux licences. Par exemple, le Canada ne s'est engagé que pour huit secteurs de services sur douze, les quatre autres étant d'emblée exclus par le gouvernement fédéral du Canada : (1) celui de l'éducation (*Educational Services*), (2) celui des services sociaux et de santé (*Health Related and Social Services*), (3) le secteur des loisirs, de la culture et du sport (*Recreational, Cultural and Sporting Services*), ainsi que (4) certains services additionnels (*Other Services not Included Elsewhere*).⁵⁶ Et les pays en développement lèvent progressivement leurs restrictions à l'investissement étranger dans le domaine des hôtels et des villages de vacances. Un État membre, comme le Canada, pouvait avoir des raisons de soustraire un certain nombre de secteurs à cette libéralisation lorsqu'il a signé les documents de l'OMC dont l'AGCS : non seulement des considérations économiques, mais également des questions de souveraineté, de politiques nationales de développement ou d'environnement. Ces raisons sont généralement assez complexes.

Pour cette raison, ces mesures sont évidemment de nature administrative. L'AGCS impose aux États membres de continuer à négocier ces engagements. Une fois que ceux-ci sont conclus, ils doivent être inscrits dans la liste nationale d'un État membre. Ainsi, les progrès accomplis dans les

⁵⁶Art. XVIII de l'AGCS; OMC, services, *Summary of Specific Commitments*, <<http://www.wto.org/wto/services/websum.htm>>.

négociations sur ces engagements constituent des engagements additionnels. À cette fin, la partie IV de l'AGCS contient des dispositions qui affectent respectivement la négociation des engagements (l'article XIX), la liste d'engagements spécifiques (l'article XX) et la modification des listes d'engagements spécifiques (l'article XXI).

Les engagements spécifiques relèvent donc des pouvoirs discrétionnaires d'un État membre. La réglementation de l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers, du traitement national des fournisseurs de services étrangers et des engagements additionnels relève de l'autorité régulatrice des relations administratives entre le gouvernement et ses administrés tant nationaux qu'étrangers. C'est donc dire que la réglementation d'un État membre résulte des mesures administratives prises sous son régime de droit administratif. Et ces mesures gouvernementales affectent les personnes concernées, tant physiques que morales et tant nationales qu'internationales, sur le territoire d'un État membre.

1. Les négociations.

Comme l'adoption des mesures sur l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers et le traitement national des fournisseurs de services étrangers relève de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires d'un gouvernement, selon son niveau de développement et ses priorités, l'AGCS favorise le recours à la négociation pour traiter de ces questions. Habituellement, c'est par des négociations bilatérales que deux parties intéressées ajustent leurs politiques. Suite à ces négociations, chaque gouvernement doit mentionner dans sa liste nationale les secteurs de services pour lesquels il garantit l'accès à ses marchés et il accorde l'égalité au traitement national des

fournisseurs de services étrangers.

En vertu de l'article XIX de l'AGCS, les États membres doivent s'engager dans des séries de négociations successives et périodiques. Les premières ont débuté au mois de mars 2000 à la suite de l'échec de la troisième conférence ministérielle tenue à *Seattle* (États-Unis) au mois de novembre 1999. La prochaine conférence ministérielle de *Doha* (Qatar), au mois de novembre 2001, sera décisive quant au lancement d'un nouveau cycle de négociations commerciales globales dans le cadre duquel s'inséreraient alors les négociations relatives au secteur des services. Toutefois, un échec à *Doha* n'aurait aucune emprise sur les négociations sur les services qui peuvent se poursuivre de manière autonome. Les négociations sur le commerce de services visent à réduire ou à éliminer les effets néfastes de certaines mesures afin d'élever progressivement le niveau de libéralisation, de promouvoir les intérêts de tous les participants et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations. Par voie de négociations bilatérales ou multilatérales, les États membres de l'AGCS doivent poursuivre périodiquement ces négociations commençant au plus tard cinq ans après la fondation, en 1995, de l'OMC. Le Conseil du commerce des services doit établir les lignes directrices et les procédures des négociations. Pour assurer un équilibre global des droits et des obligations, nous estimons que ces négociations doivent respecter les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents pays. Ainsi, les pays en développement peuvent se limiter à ouvrir un nombre plus petit de secteurs, libéraliser divers types de transactions avec précaution, élargir progressivement l'accès à leurs marchés en fonction de la situation de leur développement pour atteindre les objectifs de la participation croissante.⁵⁷

⁵⁷Ibid., art. XIX.

Suivant les termes de ces négociations, la plupart des pays en développement se sont engagés à ouvrir leurs marchés de tourisme et de voyages. Par exemple, les pays en développement assouplissent les restrictions à l'investissement étranger dans le domaine des hôtels et des villages de vacances. Non seulement parce qu'ils s'estiment suffisamment développés dans ces domaines, mais aussi parce que ces secteurs constituent leur principale source de devises. Quant aux exportations de services pour prendre un autre exemple, presque tous les pays en développement ont signé des engagements en faveur du libre déplacement des personnes physiques et en vue de la prestation de services. Souvent, ces engagements concernent le déplacement transfrontalier d'une main-d'oeuvre temporaire, comme dans le cas de fourniture de services informatiques et professionnels ainsi que de services de construction.⁵⁸

Sur le plan des structures d'accès aux marchés, l'OMC a établi douze secteurs de services à libéraliser par ses États membres. Ce sont respectivement (1) les services d'affaires (*Business Services*), (2) les services de communication (*Communication Services*), (3) les services de la construction et des techniques connexes (*Construction and Related Engineering Services*), (4) les services de distribution (*Distribution Services*), (5) les services d'éducation (*Educational Services*), (6) les services liés à l'environnement (*Environmental Services*), (7) les services liés aux finances (*Financial Services*), (8) les services sociaux et de santé (*Health Related and Social Services*), (9) les activités de services associés au tourisme et au voyage (*Tourism and Travel Related Services*), (10) les services concernant le loisir, la culture et le sport (*Recreational, Cultural and Sporting Services*), (11) les services de transport (*Transport Services*), et enfin (12) d'autres services non

⁵⁸OMC, services, op.cit., note 56.

inclus mais qui par ailleurs feront l'objet de négociations ultérieures (*Other Services not Included Elsewhere*).⁵⁹

Beaucoup de pays en développement ont ainsi saisi l'occasion offerte par l'AGCS pour établir des engagements et lancer un défi dans leur développement économique. Parmi eux, certains montrent même beaucoup d'audace à l'égard de la libéralisation de leurs marchés de services. Les exemples suivants peuvent illustrer ce phénomène.

Les engagements pris par la Gambie nous en fournissent un exemple. En 1996, la Gambie se situait au 26^e rang des pays à bas revenu selon les statistiques du Fonds monétaire international. Pourtant, elle s'est associée aux deux seuls autres membres qui ont complètement ouvert leurs marchés de services, c'est-à-dire l'Australie et l'Union européenne qui constituent des pays développés. Ces deux continents industrialisés et la Gambie se sont engagés à ouvrir totalement leurs marchés de services aux fournisseurs étrangers, dans les douze secteurs énumérés ci-haut. Il est impressionnant de constater qu'un petit pays comme la Gambie relève les mêmes défis que l'Australie et l'Union européenne. La Bulgarie et la Slovaquie ont quant à elles choisi d'adopter le même niveau de libéralisation que les États-Unis et le Japon, c'est-à-dire qu'ils ont ouvert tous les secteurs de services mais exclut d'entrée de jeu l'ajout éventuel du secteur « autres services non inclus » lesquels feront l'objet de négociations ultérieures. Pourtant, ces derniers pays sont deux des quatre plus grandes puissances commerciales au monde (les deux autres étant le Canada et l'Union européenne), tandis la Bulgarie et la Slovaquie sont des pays en développement.

⁵⁹IMF, *World Development Report 1996*, Balance of Payments, Table 16, p. 218; OMC, services, *ibid.*

2. Les listes nationales des engagements spécifiques.

Chaque État membre doit établir une liste de ses engagements spécifiques d'après les dispositions de l'AGCS. Ces listes nationales indiquent que le gouvernement d'un État membre s'engage nécessairement à autoriser la fourniture d'un service aux conditions spécifiées et à n'imposer aucune autre mesure susceptible de limiter l'activité ou l'accès aux marchés du fournisseur de service. Selon l'article XX(3), la liste d'engagements spécifiques fait partie intégrante de l'AGCS et doit y être annexée.⁶⁰

Au moment de l'entrée en vigueur de l'AGCS, 95 listes d'engagements spécifiques impliquant 106 économies nationales, ont été présentées par les États membres, dont 77 l'ont été par des pays en développement et 25 par des pays industrialisés. Les pays disposant de revenus *per capita* élevés ont inscrit environ 45% de leur secteur des services dans leurs listes d'engagements. Les pays où les revenus individuels sont moyens ou faibles ont pour leur part inscrit environ 12% de leur secteur des services dans leurs listes d'engagements. Une analyse des modifications apportées à la législation interne des membres permettra de juger de la portée de la libéralisation.⁶¹

Dans les engagements spécifiques, nous pouvons noter de manière générale que les pays en développement ont souvent apporté des réserves quant à la fourniture transfrontière de services et

⁶⁰Art. XX(3) de l'AGCS; Jacques H.J. Bourgeois, *The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echterbach Procession*, (1995) 32 *Common Market Law Review*, p. 765.

⁶¹Stéphane Jean, *L'Accord général sur le commerce des services et les pays en développement*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1998, pp. 94 à 95.

quant à la présence commerciale. En fait, les principales limites quant à l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers ou au traitement national des fournisseurs de services étrangers sont celles liées à la présence commerciale ou aux personnes physiques. Il semble que les pays membres tant développés qu'en développement aient voulu favoriser le développement national du secteur des services grâce à l'investissement étranger plutôt que la fourniture de ces services par des entités commerciales et des gens d'origine étrangère.

Ces listes constituent des engagements établis et annoncent d'autres engagements nationaux spécifiques devant faire l'objet d'une libéralisation progressive. Elles varient considérablement tant en fonction de la couverture des secteurs, sous-secteurs et modes de livraison qu'en fonction des modalités, limitations, conditions et restrictions concernant l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers et le traitement national des fournisseurs de services étrangers. Elles sont annexées à l'accord et en font partie intégrante.⁶²

Dans cette liste, chaque gouvernement doit indiquer les limitations qu'il souhaite maintenir quant à l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers et au traitement national des fournisseurs de services étrangers. En d'autres termes, chaque liste doit indiquer les modalités, les limitations et les conditions de l'accès aux marchés pour les fournisseurs de services étrangers. Cette liste doit aussi indiquer les conditions et restrictions pour le traitement national des fournisseurs de services étrangers. Dans cette liste, il faut d'ailleurs mentionner les engagements en rapport des engagements additionnels. Le délai pour la mise en oeuvre et la date d'entrée en vigueur de ces

⁶²L'article XXIX de l'AGCS énonce que : « Les annexes du présent accord font partie intégrante de cet accord ».

engagements doivent également être précisés dans cette liste. Prenons l'exemple du commerce de services financiers. Dans une liste nationale, si un gouvernement s'engage à autoriser une institution financière étrangère à exercer ses activités sur son marché national, il s'agit d'un engagement en matière d'accès aux marchés. Si ce gouvernement applique comme condition que cette institution financière étrangère dépose un cautionnement fixe à la banque nationale pour protéger le consommateur, il s'agit alors d'une limitation de l'accès aux marchés. Si ce dépôt ne s'applique pas aux institutions financières locales, il fait ainsi l'objet d'une exception au principe du traitement national des fournisseurs de services étrangers. Comme ce dépôt est incompatible avec les dispositions de l'AGCS relatives à la fois de l'accès aux marchés et du traitement national des fournisseurs de services étrangers, il doit être mentionné dans la colonne relative à l'article de l'accès aux marchés. Dans ces circonstances, cette mention est considérée comme une condition ou une restriction pour le traitement national des fournisseurs de services étrangers.⁶³

3. La modification.

En vertu de l'AGCS, le gouvernement d'un État membre a le droit de modifier, et même de retirer complètement ses engagements spécifiques trois ans après leur entrée en vigueur. Pour la modification ou le retrait des engagements, c'est le Conseil du commerce des services qui est compétent pour établir des procédures. Tout gouvernement des États membres a un devoir d'observer ces procédures lorsqu'il modifie ou retire ses engagements. En plus, toute modification et tout retrait doivent être notifiés au Conseil du commerce des services trois mois au plus tard avant

⁶³Ibid., art. XX.

la mise en oeuvre de la modification ou du retrait.⁶⁴

Comme une modification et un retrait des engagements spécifiques sont possibles selon l'AGCS, les avantages de tout autre État membre peuvent en conséquence être affectés. Comme les droits de douane, ces engagements de services ne peuvent être modifiés ou retirés qu'après négociation d'une compensation avec les pays affectés. A la demande des pays intéressés, le pays auteur de la modification ou du retrait doit négocier avec eux la compensation nécessaire. Aucun gouvernement d'un État membre n'a le droit de modifier ou de retirer ses engagements sans accord de compensation. Sinon, tout autre État membre aurait aussi le droit de modifier les siens ou de retirer des avantages substantiellement équivalents engagés envers l'État membre qui a modifié ses engagements sans accord de compensation. Par modalité, ces engagements constituent en conséquence des favorables conditions garanties d'une façon mutuelle entre les États membres de l'AGCS. Les investisseurs et les exportateurs étrangers ainsi que les importateurs de services peuvent exercer leurs droits dans les conditions mentionnées. Nous signalons que malgré les dispositions de la NPF, une telle modification ou un tel retrait ne peut être mis en oeuvre qu'à l'égard de l'État membre qui apporte la modification.⁶⁵

Au cours de ces négociations, le gouvernement d'un État membre doit s'efforcer de maintenir les engagements contractés sur la base d'avantages mutuels à un niveau général non moins favorable pour le commerce que celui qui résultait des listes d'engagements spécifiques avant les négociations.

⁶⁴Ibid., art. XXI.

⁶⁵Ibid.

Après les négociations, si les pays intéressés s'entendent sur un accord de compensation laquelle doit être basée sur le principe de la NPF. Si cet accord n'intervient pas, les pays intéressés ont le droit de soumettre la question à l'arbitrage. Cette procédure d'arbitrage couvre également le cas où un pays membre affecté tenterait de faire valoir un droit qu'il aurait en matière de compensation et tout pays membre affecté a le droit de participer à l'arbitrage. Si aucun pays affecté n'a demandé d'arbitrage, le gouvernement du pays auteur de modifications et de retraits a le droit de mettre en oeuvre une modification ou un retrait des ses engagements spécifiques.⁶⁶

Il est difficile de procéder actuellement à une évaluation quantitative précise de la portée de l'AGCS en fonction du contenu des listes d'engagements spécifiques ou des exemptions à la clause de la NPF. Il est clair qu'une évaluation satisfaisante du résultat des négociations ne pourra être faite, vu le manque de données statistiques quant à l'impact des concessions, qu'après plusieurs années. D'autant plus qu'il existe une marge entre les avantages consentis dans les listes et leur implantation au niveau de la législation interne des États membres.

E. La reconnaissance mutuelle de qualifications.

Les dispositions en matière de l'obligation de reconnaissance mutuelle de qualifications se trouvent dans la deuxième partie de l'AGCS. En vertu de l'article VII, cette obligation de reconnaissance consiste à assurer en totalité ou en partie le respect des normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, les licences ou les certificats pour les fournisseurs des services. Le gouvernement

⁶⁶Ibid.

d'un État membre a l'obligation de reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies et les licences ou les certificats accordés dans un État membre déterminé de l'AGCS.⁶⁷

Les façons de respecter l'obligation de la reconnaissance mutuelle de qualifications peuvent être diverses. Le gouvernement d'un État membre applique cette obligation à sa discrétion. D'abord, le respect de l'obligation de la reconnaissance mutuelle de qualifications peut se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné. En d'autres termes, lorsque le gouvernement d'un État membre signe un accord ou arrangement concernant cette reconnaissance, il a le devoir d'offrir aux autres pays membres intéressés une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou arrangement selon l'article VII de l'AGCS. En ce sens, les accords bilatéraux doivent être ouverts aux autres pays membres qui souhaiteraient négocier leur accession à ces accords ou négocier des accords comparables. Les pratiques commerciales restrictives doivent faire l'objet de consultations entre les parties en vue de leur élimination. À cette fin, l'ouverture des négociations au sujet d'un accord ou arrangement doit être annoncée dans les meilleurs délais et aussi longtemps à l'avance que possible, ce type d'annonce permet en effet de donner à tout autre pays membre non seulement une possibilité adéquate de participation, mais aussi de participer aux négociations avant que ces dernières n'entrent dans une phase déterminante.⁶⁸

Ensuite, le respect de l'obligation à la reconnaissance mutuelle de qualifications peut être accordé de manière autonome. Dans les cas où le gouvernement d'un pays membre accorde la reconnaissance

⁶⁷Ibid., art. VII.

⁶⁸Ibid.

mutuelle de qualifications de manière autonome, il a le devoir de donner à un pays membre la possibilité réelle de lui démontrer que l'éducation ou l'expérience acquise, les licences ou les certificats obtenus, ou les prescriptions remplies devraient être reconnus sur son territoire.⁶⁹

Enfin, le respect de l'obligation de la reconnaissance mutuelle de qualifications peut se faire par une harmonisation ou autrement. Précisons que cette reconnaissance mutuelle de qualifications peut être vue comme une forme d'intégration limitée à la réglementation intérieure sur les activités de services. La réglementation intérieure sur les activités de services a une portée moins large que l'intégration économique prévue à l'article V. Par contre, nous croyons que la réglementation intérieure sur les activités de services demeure extrêmement importante vu la place prépondérante occupée par la réglementation en tant qu'obstacle au commerce des services. La réglementation intérieure sur les activités de services peut ainsi s'effectuer par une harmonisation ou autrement. Mais de toute façon, aucun gouvernement n'a de droit d'accorder la reconnaissance mutuelle de qualifications de manière discriminatoire, ce qui constituerait une restriction déguisée au commerce des services.⁷⁰

De plus, l'article VII de l'AGCS fait obligation à chaque gouvernement des pays membre d'informer en temps opportun le Conseil du commerce des services des modifications qu'il a faites au sujet de la reconnaissance mutuelle de qualifications. Dans le délai de douze mois après la mise en oeuvre de l'accord établissant l'OMC, les mesures de reconnaissance mutuelle de qualifications existantes

⁶⁹Ibid.

⁷⁰Ibid.; J. P. Trachtman, *op.cit.*, note 49, p. 103.

doivent être présentées au Conseil du commerce des services. Les nouvelles mesures de reconnaissance mutuelle de qualifications ou les modifications notables aux mesures existantes doivent aussi être mentionnées dans les meilleurs délais. Tout État membre a un devoir d'indiquer si ces mesures sont fondées sur des accords ou des arrangements.⁷¹

Notons qu'en vertu de l'article VII de l'AGCS, il est préférable que la règle de la reconnaissance mutuelle de qualifications soit basée sur des critères ayant fait l'objet d'ententes multilatérales. Ce caractère multilatéral permet aux membres de collaborer à la fois avec des organisations intergouvernementales et non-gouvernementales. Celles-ci sont compétentes pour établir et adopter des normes et des critères internationaux communs pour la reconnaissance mutuelle de qualifications. Elles peuvent aussi établir et adopter des normes internationales communes pour exercer des professions en rapport avec les services.⁷²

F. La transparence de la réglementation intérieure.

Selon l'article III de l'AGCS, l'obligation d'assurer la transparence de la réglementation intérieure s'entend essentiellement de la publication et de l'enregistrement des mesures qui affectent le commerce des services. Pour tous les pays membres de l'AGCS, la publication de toutes les lois et de tous les règlements administratifs est nécessaire dans la mesure où ils affectent le commerce des services. Par contre, le gouvernement d'un pays membre n'a pas l'obligation de révéler des

⁷¹Art. VII(4) de l'AGCS.

⁷²Ibid., art. VII(3) et (5).

renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées.⁷³ À notre avis, cela constitue une exception importante de l'obligation de transparence. D'une part, lorsqu'un document demeure confidentiel (par exemple, en Chine, un dossier appelé « document interne » du gouvernement ou du parlement), il l'est tant pour les étrangers que pour les Chinois. Si l'on imposait de le divulguer seulement aux étrangers, ceux-ci jouiraient d'un traitement supérieur au traitement national, ce qui n'est pas conforme à la pratique usuelle des États membres de cet accord. Considérons, d'autre part, les documents préparatifs dans le cadre du processus législatif en Chine. L'élaboration d'une loi qui affecte les activités du commerce de services se fonde sur un certain nombre de documents : analyses, statistiques, études et enquêtes exercées auprès des entités concernées d'un domaine donné, y compris les entreprises publiques et privées. Comme ces documents touchent usuellement leurs secrets commerciaux, la divulgation porterait préjudice aux intérêts légitimes de ces entreprises. En plus, ces documents pourraient aussi révéler les relations économiques entre des individus ou des entreprises, dont la divulgation serait contraire à l'intérêt public. D'ailleurs, comme ces documents ne constituent qu'une source de référence pour le législateur, le texte de loi adopté au terme du processus législatif ne peut que différer de ces documents. La divulgation des derniers pourrait faire obstacle à l'application d'une loi adoptée ultérieurement. Toutefois, nous estimons qu'une fois la loi adoptée, même les ébauches du projet de loi doivent être publiées conformément à l'obligation de transparence.

⁷³Ibid., art. III et bis.

Tenant compte des caractères fondamentalement différents entre le commerce des services et celui des marchandises, l'obligation d'assurer la transparence de réglementation intérieure est une mesure préliminaire nécessaire à la libéralisation du commerce des services. L'immatérialité du commerce des services et l'absence de droits de douane font que la réglementation nationale constitue le principal moyen pour exercer une influence ou un contrôle sur le commerce des services. Pour cette raison, nous devons avant tout déterminer à quel point le commerce des services est réglementé dans un pays membre. L'obligation d'assurer la transparence de réglementation intérieure permet d'identifier et d'estimer le niveau de libéralisation du commerce des services dans un pays membre donné.

Pour assurer la transparence de la réglementation intérieure, nous estimons aussi qu'il est important pour le gouvernement d'un pays membre de publier l'ensemble des mesures qui se rapportent à l'AGCS. Chaque pays membre doit publier toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement de l'AGCS. À cette fin, nous croyons qu'il est insuffisant de rendre accessibles au public les seules lois et règlements administratifs. Il faut aussi publier les textes dans leur intégralité. Il faut également que soient connus le législateur, son organisation, ses fonctions ainsi que la procédure en vertu de laquelle il adopte les textes de lois. À notre avis, une bonne connaissance du législateur permettrait autant de faciliter le règlement des litiges que d'éviter des disputes inutiles. Les accords internationaux signés par le gouvernement d'un pays membre qui visent ou affectent le commerce des services doivent aussi être publiés. Lorsque le gouvernement d'un pays membre signe ces accords, ces derniers doivent également être publiés avec les lois et les

règlements intérieurs.⁷⁴

Nous estimons également qu'en tant qu'autorité compétente au sein de l'OMC, le Conseil du commerce des services a le droit de connaître l'état de la transparence de la réglementation du commerce des services d'un pays membre. Pour assurer le respect de l'obligation de la transparence de la réglementation intérieure, les pays membres ne doivent pas se contenter de vérifier et surveiller la publication des lois, des règlements administratifs et des accords internationaux. Les pays membres verront, par l'intermédiaire du Conseil du commerce des services, à ce que chaque gouvernement des pays membres informe les autres de toutes les nouvelles lois, réglementations ou directives administratives qui affectent le commerce des services ainsi que de toutes leurs modifications.⁷⁵

À notre avis, la publication de l'ensemble des mesures qui se rapportent à l'AGCS et le rapport au Conseil du commerce des services de l'adoption de ces mesures se feront de façon routinière. Il faut aussi des procédures de type plus particulier afin de mieux assurer l'obligation à la transparence de la réglementation intérieure. Pour garantir cette transparence, nous estimons que chaque gouvernement doit répondre à toutes les demandes de renseignements spécifiques de tout autre pays membre et, à cette fin, établir un ou plusieurs centres d'information. De même, nous croyons que la notion de délai raisonnable est implicitement incluse dans cette transparence. Passé un délai raisonnable, la publication, la communication au Conseil et les réactions, oppositions ou

⁷⁴Ibid., art. III(1).

⁷⁵Ibid., art. III(3).

commentaires perdraient leur sens et leur intérêt. Pour cette raison, la publication de toutes les lois et de tous les règlements administratifs doit s'effectuer dans les meilleurs délais. Elle se fait normalement au plus tard au moment de leur entrée en vigueur. Cependant, ce délai de publication ne concerne pas les cas d'urgence. Pour cette raison, il faut que le Conseil du commerce des services soit informé aussi tôt que possible de la publication de toute nouvelle réglementation. Chaque pays membre doit informer le Conseil au moins chaque année de l'adoption de toute nouvelle mesure, et doit aussi répondre dans les meilleurs délais à tous les renseignements spécifiques demandés par tout autre pays membre.⁷⁶

Tout pays membre doit publier les textes qui affectent le commerce des services ; mais en cas d'impossibilité, nous estimons que les renseignements doivent au moins être mis à la disposition du public de toute autre manière. À cette fin, des centres d'information devraient être ouverts, selon l'article III de l'AGCS, deux ans après l'entrée en vigueur de l'OMC. Cependant, les pays en développement jouissent d'une flexibilité au niveau des délais pour créer ces centres d'information. Enfin, nous estimons nécessaire d'établir un mécanisme pour surveiller l'application de l'obligation à la transparence de réglementation intérieure. Selon nous, la transparence de la réglementation intérieure confère aussi le droit de dénoncer toute contravention à l'AGCS. À cet égard, tout pays membre a le droit de notifier au Conseil du commerce des services toute mesure prise par le gouvernement d'un autre pays membre lorsque celle-ci affecte le fonctionnement de l'AGCS.⁷⁷

⁷⁶Ibid., art. III.

⁷⁷Ibid.

VII. Les dispositions de l'article VI.

Étant donné l'importance et le rôle croissants du secteur des services dans le commerce international, l'AGCS constitue la première série de règles et de mesures disciplinaires exécutoires pour les pays membres sur le plan multilatéral. L'AGCS vient notamment mettre un frein à l'intervention étatique dans le secteur des services des pays membres. Trop souvent, en effet, cette intervention se traduit par un protectionnisme significatif dans le commerce des services. La réglementation de nature restrictive est en général plus importante dans le commerce des services que dans celui des marchandises. L'AGCS vise à diminuer et à éliminer ces mesures limitatives qui font obstacle à l'accès aux marchés. Dans certaines circonstances, elles rendent la réglementation subjective et partielle et n'ont évidemment pas pour effet de promouvoir la libéralisation des services. Dans ce sens, les dispositions de l'AGCS, notamment celles sur la réglementation intérieure, ont pour but de restreindre les pouvoirs réglementaires d'un pays membre. Elles limitent aussi leur intervention dans le commerce des services, afin que la réglementation intérieure soit raisonnable, objective et impartiale.⁷⁸

Nous savons aussi que les services sont en général soumis à une réglementation restrictive qui cause des effets défavorables à leur commerce. À cause de considérations économiques, politiques et stratégiques, il n'est pas rare de voir une réglementation intérieure abondante sur les services dans les pays membres de l'AGCS. Bien qu'elle soit nécessaire dans certaines circonstances, une

⁷⁸Ibid., le premier paragraphe de l'article VI de l'AGCS ; Friedl Weiss, op.cit., note 12, p. 1178; Steven F. Benz, op.cit., note 16, p. 96.

réglementation locale peut créer des obstacles à la concurrence internationale. Ainsi, les mesures appliquées aux frontières représentent un des obstacles à l'internationalisation des services et elles peuvent créer des effets défavorables ou des distorsions qui empêchent l'application des dispositions de l'AGCS. Nous savons que les distorsions de commerce s'entendent des interventions politiques qui affectent des activités de commerce comme les moyens de contrôle et de réglementation. Les activités du marché peuvent être gravement perturbées par ce genre d'interventions politiques.⁷⁹ Par conséquent, il faut réformer la réglementation locale sur les activités de services pour qu'elle soit conforme aux dispositions de l'AGCS qui, à cette fin, a établi des normes pour ces réformes dans son article VI.⁸⁰

Placé dans la partie II de l'AGCS laquelle prévoit les obligations et les disciplines générales des pays membres, l'article VI comporte six paragraphes sur la réglementation intérieure dans les États membres de l'AGCS. Il énonce spécifiquement les normes et les modalités que la réglementation intérieure d'un pays membre doit respecter juste après les dispositions fondamentales concernant le traitement de la NPF (article II), la transparence de la réglementation sur les activités de services (article III), la participation croissante des pays en développement dans les activités de commerce de services (article IV) et l'intégration économique des pays membres de l'AGCS (article V).

⁷⁹Carlos A. Primo Braga, *L'impact de l'internationalisation de services sur les pays en développement*, (Mars 1996) Finances et Développement, p. 37; Brian Hindley et Alasdair Smith, *Comparative Advantage and Trade in Services*, (December 1984) The World Economy, p. 377.

⁸⁰Voir cet article dans l'Annexe II.

Comme la réglementation intérieure sur les activités de services dépend essentiellement du système administratif d'un pays membre, l'AGCS n'a pas imposé de dispositions précises à être appliquées par les États membres. Ceux-ci sont relativement libres d'appliquer les dispositions selon leur régime intérieur. L'article VI énonce simplement les normes que tout pays membre doit respecter dans ses réformes de la réglementation locale. En général, il exige que la réglementation nationale soit raisonnable, objective et impartiale, et que chaque pays membre fasse en sorte que toutes les mesures d'application générale sur le commerce des services le soient aussi.⁸¹

L'article VI exige aussi une révision objective et impartiale des mesures de commerce de services par les autorités juridictionnelles dans les pays membres de l'AGCS. Quant à cette révision, l'article exige des pays membres qu'ils établissent ou maintiennent un mécanisme de révision. Il précise que chaque pays membre doit maintenir ou instituer aussitôt que possible des tribunaux judiciaires, administratifs ou d'arbitrage. Cependant, ces dispositions ne doivent pas être interprétées comme obligeant un pays membre à instituer de tels tribunaux ou instances dans les cas où cela serait incompatible avec sa structure constitutionnelle ou la nature de son système juridique.⁸²

Plus précisément, l'article VI énonce cinq conditions fondamentales applicables dans les États membres de l'AGCS. Ce sont respectivement (1) la révision de la légalité d'une mesure administrative, (2) la révision de son opportunité, (3) l'efficacité de la révision, compte tenu des délais, (4) la capacité des autorités d'apporter des mesures correctives ainsi que (5) l'indépendance

⁸¹Art. VI(1) de l'AGCS.

⁸²Ibid., art. VI(2)a et b.

des autorités qui supervisent les activités de services et l'indépendance des autorités judiciaires chargées des révisions.

Premièrement, l'article VI de l'AGCS exige qu'une mesure administrative soit légale. Selon cet article, une révision doit être effectuée, à la demande des intéressés, pour vérifier la légalité d'une mesure administrative affectant le commerce de services. Cet article institue donc un droit de révision portant sur la légalité d'une mesure. Deuxièmement, l'article VI exige qu'une mesure administrative soit opportune et que les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient donc administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale.⁸³ Ici, le caractère raisonnable d'une mesure sur le commerce de services en sous-entend l'opportunité, qui peut aussi être l'objet d'une révision à la demande d'un requérant. Troisièmement, l'article VI exige l'efficacité dans la réglementation des activités de services par les autorités administratives et dans la révision des mesures administratives par les institutions d'instance. Il exige en effet des autorités administratives compétentes qu'elles fournissent sans retard indu des renseignements sur demande, comme sur les procédures d'accès aux marchés, par exemple. Dans les cas où une autorisation est nécessaire pour la fourniture d'un service, les autorités compétentes doivent informer le requérant des lois et règlements applicables. Non seulement leur décision doit-elle être notifiée à la partie demanderesse, mais aussi toutes ces procédures doivent-elles être effectuées dans un délai raisonnable, suite à la demande du requérant. En vertu de cet article, les autorités juridictionnelles d'un pays membre sont requises d'exercer une révision efficace des mesures administratives. Elles doivent, sur demande d'un fournisseur de services concerné, réviser toute mesure et décision

⁸³Ibid., art. VI(1) et (2)a.

administrative contestée, et ce, dans les meilleurs délais.⁸⁴ Quatrièmement, l'article VI exige que les autorités juridictionnelles d'un pays membre puissent corriger les mesures administratives jugées illégales ou en contradiction avec l'AGCS. Elles doivent, dans les cas où cela est justifié, prendre les mesures correctives appropriées. Là encore, la modification de mesures et de décisions administratives doit également se faire dans les meilleurs délais. Enfin, cinquièmement, l'article VI exige que les autorités de supervision sur les activités de services, de même que les autorités de juridiction chargées de révision soient libres d'influences dans leur action. Selon cet article, les organismes chargés des décisions administratives et de l'exécution des mesures administratives doivent donc être indépendants des autorités juridictionnelles afin d'exercer leurs fonctions d'une façon impartiale.⁸⁵

Par ailleurs, pour ce qui est des qualifications, l'article VI stipule que les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne doivent pas créer d'obstacles au commerce des services. Pour les services professionnels, chaque pays membre doit informer les autres États des procédures de vérification des compétences. À cet égard, le Conseil du commerce des services doit élaborer les mesures de réglementation nécessaires. En vertu des dispositions de l'article VI, l'AGCS reconnaît au gouvernement d'un pays membre le pouvoir de réglementer les activités du commerce des services, mais il lui impose en même temps l'obligation de réviser les mesures administratives affectant ce commerce par les tribunaux judiciaires, administratifs ou d'arbitrage.⁸⁶

⁸⁴Ibid., art. VI(2)a et (3).

⁸⁵Ibid.

⁸⁶M.E. Footer, op.cit., note 53, p. 467.

Nous estimons que les interventions internationales dans la structure nationale de réglementation ont un impact important sur tout ce qui gravite autour de la réglementation des activités de services dans un pays membre, ce qui est sans doute un des principaux irritants qui freinent la libéralisation du commerce de services. Au niveau international, comme les entreprises de services dans les pays en développement sont les plus vulnérables, ces pays se montrent particulièrement pointilleux sur l'observance de leur réglementation intérieure. Ainsi, nous dirions que la limitation, par voie de réglementation, de l'accès aux activités de services serait plus stricte dans les pays en développement à cause de leur niveau différent de développement.⁸⁷ Il s'ensuit que les réformes de la réglementation intérieure sur les activités de services rencontreraient normalement plus de résistance dans les pays en développement.

Selon nous, d'autres difficultés pourraient aussi être soulevées quant à l'application des dispositions de l'article VI dans les États membres de l'AGCS. Au niveau national, ces difficultés s'accroissent vu les importants pouvoirs discrétionnaires des autorités administratives. Prenons le domaine financier à titre d'exemple. La réglementation par les autorités administratives l'affecte non seulement sur le plan commercial et économique, mais aussi sur celui de la stabilité et de l'intégrité du système monétaire pour les services bancaires, sur le plan de la viabilité financière des institutions visées, et également sur leur capacité d'acquitter leurs services d'assurance. À cet égard, le législateur délègue habituellement un pouvoir délégué aux autorités administratives leur permettant ainsi d'appliquer la loi de façon discrétionnaire selon les circonstances. Bien que ce pouvoir délégué

⁸⁷Tycho H.E. Stahl, *op.cit.*, note 16, p. 411; Carlos A. Primo Braga, *op.cit.*, note 79, p. 37; A.F. Ewing, *op.cit.*, note 15, p. 150; François Écalte, *La révolution tertiaire aux États-Unis*, *op.cit.*, note 14, p. 48; François Écalte, *L'économie de services*, *op.cit.*, note 14, p. 7.

s'exerce en marge des pouvoirs du législateur et constitue de ce fait une zone grise, il n'échappe pas au contrôle judiciaire. Le juge a compétence pour vérifier la légitimité des pouvoirs discrétionnaires, telle que la légitimité des objectifs visés par une réglementation restreignant l'accès aux marchés, de manière à s'assurer qu'elle ne constitue pas un obstacle indu au commerce des services.

Concernant la réglementation intérieure sur le commerce de services, l'article VI prévoit non seulement différents moyens de révision des mesures administratives, mais aussi les normes à respecter. Ainsi, si les mesures administratives sont appliquées d'une façon raisonnable, objective et impartiale et que la révision de ces mesures procède de même façon dans un pays membre, nous jugeons que le régime intérieur de ce dernier pourrait être considéré conforme aux dispositions de l'article VI de l'AGCS. C'est parce que les cinq conditions fondamentales sont complétées, soit la légalité, l'opportunité, l'efficacité des mesures, la compétence de révision et de correction ainsi que l'indépendance des autorités.

VIII. Les annexes.

Les annexes s'intéressent à des secteurs spécifiques de services et elles constituent la deuxième catégorie de documents de l'AGCS. Six annexes ont été jointes au texte de l'AGCS et en font partie intégrante au même titre que les engagements spécifiques. Elles portent sur les sujets suivants : exemptions des obligations énoncées pour la NPF, mouvement des personnes physiques fournissant des services et relevant de l'Accord, services de télécommunications, de télécommunications de base et de transport aérien, ainsi que services financiers. Le document annexe relatif au mouvement des personnes physiques autorise les gouvernements des pays membres à négocier des engagements

spécifiques sur le mouvement des personnes physiques. Ces engagements peuvent être applicables à l'entrée et au séjour temporaire de personnes physiques sur leur territoire pour la prestation d'un service. Cependant, cette annexe admet des exceptions. Pour les prestataires des services étrangers, elle ne s'applique pas aux personnes physiques qui cherchent un emploi permanent. Et quant à la réglementation intérieure sur les activités de services, cette annexe n'est pas non plus applicable aux mesures concernant la citoyenneté, la résidence ou l'emploi à titre permanent.⁸⁸

L'annexe relative aux télécommunications reconnaît le double rôle joué par ce secteur. D'une part, il s'agit d'une branche distincte d'activités économiques. D'autre part, cette annexe traite d'un moyen de transport indispensable à d'autres activités économiques. À cette fin, cette annexe stipule que les gouvernements doivent accorder aux fournisseurs des services étrangers un accès non discriminatoire aux réseaux publics de télécommunications.⁸⁹ Dans l'annexe relative aux télécommunications de base, l'AGCS prévoit d'éventuelles négociations à cet égard. Bien que les exemptions de la NPF soient permises, toutes les mesures incompatibles avec cette obligation ne peuvent entrer en vigueur qu'à la date de la mise en oeuvre des résultats des négociations. Si les négociations n'aboutissent pas à des résultats, elles ne peuvent entrer en vigueur qu'à la date du rapport final du Groupe de négociation sur les télécommunications de base composé par les représentants des pays membres de l'AGCS. Cela n'est pas applicable si le gouvernement d'un pays membre a inscrit un engagement spécifique en matière de télécommunications de base dans sa liste

⁸⁸Para. 2 de l'« Annexe sur le mouvement des personnes physiques ».

⁸⁹Para. 1.1 et 5.1 de l'« Annexe relative aux télécommunications ».

nationale.⁹⁰ Enfin, l'annexe relative aux services de transport aérien exclut certains droits du champ d'application de l'AGCS. Compte tenu des questions de souveraineté, il exclut les droits de trafic et les activités directement liées à l'utilisation de ces droits. Cette annexe indique que l'AGCS est applicable aux services de réparation et de maintenance des aéronefs. Elle est aussi valable à la vente ou à la commercialisation des services de transport aérien. De même, cette annexe est applicable aux services de systèmes informatisés de réservation.⁹¹

Ces six annexes mises à part, l'AGCS prévoit expressément plusieurs séries de négociations sur le commerce de services dans d'autres secteurs. Celles-ci devront être menées périodiquement pour en élever progressivement le niveau de libéralisation dudit commerce. Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, une première série de négociations a été lancée au début de l'année 2000. L'AGCS mentionne également plusieurs autres questions à négocier éventuellement. D'abord, l'accord-cadre ne contient pas de règles au sujet des subventions, des marchés publics et des mesures de sauvegarde. Des négociations doivent s'ouvrir pour déterminer ce qu'on peut faire à ce sujet. Des règles doivent aussi être formulées pour veiller à ce que les prescriptions et procédures en matière de qualifications, de normes techniques et de régimes de licences ne constituent pas des obstacles superflus au commerce des services. Un groupe de travail sur les services professionnels composé par les représentants des pays membres de l'AGCS devra également élaborer une réglementation multilatérale dans le secteur de la comptabilité. En effet, même si l'AGCS a amorcé la libéralisation du commerce de services, il reste énormément d'actions à entreprendre par les pays membres.

⁹⁰Para. 1 et 2 de l'« Annexe relative aux négociations de télécommunications de base ».

⁹¹« Annexe relative aux services de transport aérien ».

IX. Les services financiers.

Les services financiers constituent un secteur de services critique et primordial et qui intéresse de nombreuses politiques nationales en matière de la concurrence. Ainsi, l'objectif de la libéralisation du commerce des services financiers influence la réglementation intérieure sur les activités de ces services, telle que la politique monétaire d'un pays donné. Selon l'AGCS, les services financiers sont des services à caractère financier qui sont offerts par un fournisseur de services financiers dans un pays membre. Un fournisseur de services financiers s'entend de toute personne physique ou morale dans un pays membre qui fournit ou souhaite fournir des services financiers. Les services financiers comprennent tous les services, non seulement bancaires, mais aussi d'assurance. Ils englobent également les services connexes et les autres services financiers. Ce qu'on désigne comme « autres services financiers » sont tous les autres services sauf l'assurance.⁹²

Le commerce des services financiers englobe donc une grande variété d'activités. Comme d'autres types de services, le commerce des services financiers peut couvrir les services transfrontaliers dans lesquels un fournisseur de services établi dans un pays donné produit des services pour un consommateur de services établi dans un autre pays. Pour cette raison, le commerce des services financiers s'intéresse au droit à l'établissement dans le pays du consommateur de services. D'après ces définitions, il existe donc une grande diversité dans ce domaine. Les services financiers sont non seulement l'acceptation des dépôts, l'accord de tous types de prêts et de crédits-baux, les paiements et les transferts monétaires, mais aussi les garanties ou les engagements, les opérations sur compte

⁹²Para. 5.1 et 5.2 de l'« Annexe relative aux services financiers »; J. P. Trachtman, op.cit., note 49, p. 53.

propre ou sur compte-client ; ce sont aussi les émissions de tous les types de valeurs mobilières, le courtage monétaire, la gestion d'actifs, et les services de règlement et de compensation afférents à des actifs financiers. Ils comprennent également la fourniture et le transfert d'informations financières, les services de conseil et d'intermédiation. Le domaine de l'assurance constitue un bon exemple pour illustrer cette variété. Dans ce domaine, les services financiers s'entendent de l'assurance directe, de la réassurance, de l'intermédiation ainsi que des services auxiliaires. Nous savons que l'assurance directe inclut aussi la co-assurance. Cette dernière prend normalement deux formes, soit sur la vie ou des biens matériels, soit sur la responsabilité. Quant à l'intermédiation en assurance, elle renvoie aux activités de courtage et d'agence. Quant aux services auxiliaires en matière d'assurance, l'on renvoie aux services actuariels, de consultation, d'évaluation des risques et de liquidation des sinistres.⁹³

En ce qui concerne les services financiers, l'AGCS contient deux annexes qui leur sont spécialement consacrées compte tenu de leur importance. Elles sont applicables à toutes les mesures qui concernent la fourniture des services financiers par les pays membres de l'AGCS.⁹⁴ La première annexe s'intitule « Annexe relative aux services financiers » et elle définit les divers services financiers ainsi que la réglementation intérieure sur le commerce des services financiers. La seconde annexe, intitulée « Seconde annexe relative aux services financiers », définit les conditions permettant de déroger aux obligations du traitement de la NPF et permettant de modifier les listes d'engagements dans le domaine financier. Par exemple, le gouvernement d'un pays membre a le

⁹³Ibid. annexe, para. 5.1; J. P. Trachtman, *ibid.*, pp. 47 et 49.

⁹⁴Ibid. annexe, para. 1.1.

droit, selon cette annexe, d'exempter les dispositions générales de l'AGCS sur le traitement de la NPF dans son domaine financier. À cet égard, ce pays doit énumérer les mesures relatives aux services financiers qu'il prend, mais qui sont incompatibles avec les dispositions de la NPF. Prenons comme autre exemple le droit de s'exclure des dispositions générales et de modifier ses listes d'engagements ; à cet égard, le gouvernement d'un pays membre a le droit d'améliorer, de modifier ou de retirer, en totalité ou en partie, ses engagements concernant les services financiers inscrits dans sa liste d'engagements. Ces changements aux listes d'engagements et leur énumération ne peuvent être faits que pendant une période de soixante jours commençant quatre mois après la date d'entrée en vigueur de l'OMC. À cette fin, le Conseil du commerce des services au sein de l'OMC peut établir toutes les procédures jugées nécessaires.⁹⁵

Nous constatons qu'à cause des limites de temps, les pays membres de l'AGCS ne se sont pas mis d'accord sur tous les secteurs des services à la fin du cycle de l'Uruguay en 1993. Signalons que les services financiers devaient faire partie des négociations en vue d'un accord permanent et approfondi. Les négociations à cet égard devaient se poursuivre à la fin du cycle de l'Uruguay. Or, ces négociations n'ont pas encore su parvenir à un accord permanent. Tout cela était essentiellement dû aux États-Unis qui craignaient que leur accès à des marchés-clés de pays en développement soit insatisfaisant. Aussi, en 1995, les pays membres de l'AGCS ont adopté un simple accord provisoire sur le commerce des services financiers dont la durée fut limitée à deux ans tout en s'engageant à négocier un accord permanent pour 1997. Selon cet accord intérimaire, les pays membres pouvaient modifier ou supprimer leurs engagements particuliers à la fin de 1997. Finalement, l'accord de

⁹⁵« Seconde annexe relative aux services financiers » de l'AGCS; Finances Canada, *Accord de l'OMC sur les services financiers-Aperçu*, <<http://www.fin.gc.ca/gats/gats-1f.html>>.

l'OMC sur les services financiers a été conclu le 12 décembre 1997 à Genève par les États membres dont le Canada. La Chine l'a aussi signé puisqu'elle est déjà signataire de l'AGCS, bien qu'elle n'ait pas encore adhéré à l'OMC. Cet accord remplace définitivement l'accord provisoire de 1995. La date d'entrée en vigueur de cet accord fut fixée au 1^{er} mars 1999 et les pays membres devaient ratifier cet accord avant la fin de janvier 1999.⁹⁶

C'est un accord vaste et permanent et il inclut des engagements notables d'ouverture des marchés couvrant 95 % du marché mondial des services financiers. Il octroie une plus grande certitude aux investissements et il renforce les règles du commerce international dans ce secteur. Désormais, les mesures gouvernementales sur le commerce des services financiers ne doivent plus être aléatoires. Elles doivent être de façon permanente assujetties aux règles des accords multilatéraux de l'AGCS. Cet accord constitue donc une base solide pour ouvrir encore davantage l'accès aux marchés lors du prochain cycle de négociations qui ont débuté en l'an 2000.⁹⁷

Cet accord permanent n'a pas stipulé de nouvelles règles pour le commerce des services financiers. Dans le cadre de cet accord permanent, les pays membres ont plutôt procédé à une vérification technique des listes d'engagements et des listes d'exemption à la règle de la NPF. Ce que nous entendons par « vérification technique », c'est la correction des fautes de frappe, des oublis mineurs

⁹⁶Finances Canada, *ibid.*; Gouvernement du Canada, *Le Canada accueille favorablement la conclusion de l'accord de l'OMC sur les services financiers*, <http://www.fin.gc.ca/newsf97/97-118_2f.html>.

⁹⁷Finances Canada, *ibid.*; Gouvernement du Canada, *ibid.*; WTO, *the Economy, Markets & Mutual Funds, the Financial Markets, WTO Financial services Agreement Reached*, <http://www.ici.org/economy/wto_agreement.html>.

et des erreurs de traduction. Également, les listes certifiées d'engagements et d'exemption à la règle de la NPF doivent faire objet d'approbation par les pays membres.⁹⁸

Dans cet accord permanent, 70 pays ont proposé des améliorations à leur liste d'engagements. Ces améliorations concernent l'abolition des restrictions à l'égard des fournisseurs étrangers des services financiers. Les pays membres qui n'ont pas respecté leurs engagements devront s'assujettir à la procédure concernant le règlement des différends.⁹⁹

La première et la seconde annexe relative aux services financiers n'ont pas directement affecté les questions du traitement de la NPF, les questions du traitement national des fournisseurs de services étrangers et de l'accès aux marchés. Pour les services financiers, ces questions ont été examinées dans le cadre général de l'AGCS.¹⁰⁰ L'annexe relative aux services financiers a seulement stipulé les règles de la reconnaissance mutuelle de qualifications, du règlement des différends relevant du commerce de services et de la réglementation intérieure sur les activités de services.

En ce qui concerne la règle de la reconnaissance mutuelle de qualifications et selon cette annexe, le gouvernement d'un pays membre doit reconnaître les mesures protectionnistes de tout autre pays pour déterminer comment sont appliquées les mesures sur les services financiers d'un autre pays membre. Cette reconnaissance mutuelle de qualifications peut être accordée de manière autonome.

⁹⁸Finances Canada, *ibid.*

⁹⁹*Ibid.*

¹⁰⁰J. P. Trachtman, *op.cit.*, note 49, p. 71.

Dans les cas où le gouvernement d'un pays membre accorde à un pays une reconnaissance mutuelle de qualifications de manière autonome, il doit appliquer les mêmes critères à tout autre pays membre. Cette reconnaissance mutuelle de qualifications peut aussi se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou faisant partie à un tel accord ou arrangement. Dans ces circonstances, le gouvernement d'un pays membre doit accorder aux autres pays membres intéressés une accessibilité convenable à ce privilège. De cette façon, les pays membres intéressés peuvent négocier leur accession à ces accords ou à ces arrangements avec lui.¹⁰¹ Dans ce sens, nous estimons que la règle de la reconnaissance mutuelle de qualifications reflète l'esprit des dispositions de traitement de la NPF dans les services financiers.

Pour les services financiers comme pour d'autres services, la définition du traitement national des fournisseurs de services étrangers, de la part du gouvernement d'un pays membre, consiste à donner aux ressortissants étrangers comme à ses propres ressortissants un traitement identique. En ce sens, nous estimons que le traitement national des fournisseurs de services étrangers constitue une règle fondamentale et objective pour le commerce. Cependant, nous estimons aussi que ce traitement reste une clause libérale classique, au lieu d'être une clause libérale complète, puisque ce traitement est unilatéralement octroyé par le gouvernement d'un pays membre. Cette particularité nous porte à penser qu'elle pourrait constituer un élément négatif dans le commerce international quand le traitement national des fournisseurs de services étrangers est octroyé en tant que mesure protectionniste ou pour ses effets protectionnistes.¹⁰²

¹⁰¹Para. 3 de l'« Annexe relative aux services financiers ».

¹⁰²J. P. Trachtman, *op.cit.*, note 49, p. 63.

En cas de litiges au sujet de mesures protectionnistes ou d'autres questions financières entre les pays membres, les groupes spéciaux chargés d'examiner les différends au sein de l'OMC, dans notre cas le Conseil du commerce des services, sont compétents pour examiner le service financier litigieux.¹⁰³ Cependant, nous croyons que ces groupes spéciaux n'auraient pas compétence pour régler les litiges sur les questions financières entre une autorité administrative de supervision et ses administrés tant nationaux qu'étrangers à l'intérieur d'un pays membre. On a ici affaire à la souveraineté d'un pays quant à son pouvoir de légiférer à l'intérieur de ses frontières.

Les services financiers constituent un des secteurs réglementés de la manière la plus stricte,¹⁰⁴ puisqu'ils intéressent à la fois la souveraineté et le développement d'un pays membre. D'une part, tout pays membre est souverain quant à sa politique monétaire. Comme instruments de la politique monétaire du gouvernement, les banques centrales ont les pouvoirs d'imposer des réserves, de fixer des taux d'intérêts aux banques commerciales et de contrôler les rapports avec ces banques commerciales, qui jouent un rôle critique dans le système de paiements et de crédits. Par ailleurs, le système financier peut être utilisé pour accorder des crédits et fournir d'autres services financiers qui intéressent directement le développement national. La mainmise étrangère sur le système financier est normalement perçue comme une menace à la souveraineté nationale, surtout dans les pays en développement.¹⁰⁵

¹⁰³Para. 4.1 de l'« Annexe relative aux services financiers ».

¹⁰⁴Tycho H.E. Stahl, *op.cit.*, note 16, p. 411.

¹⁰⁵J. P. Trachtman, *op.cit.*, note 49, pp. 48 à 49.

En ce qui concerne la réglementation intérieure du commerce des services financiers, l'annexe relative aux services financiers déroge à certaines règles générales de l'AGCS et adopte des caractéristiques spéciales. Par exemple, l'annexe permet par exception d'appliquer certaines dispositions générales de l'AGCS afin de sauvegarder les intérêts nationaux dans le domaine financier. En langage commercial, il s'agit ici des conditions d'accès aux marchés. En bref, le gouvernement d'un pays membre a le droit de prendre, nonobstant les directives générales, des mesures protectionnistes non conformes à certaines dispositions générales de l'AGCS. Nous constatons que ces mesures protectionnistes visent à protéger les investisseurs, les déposants et les titulaires de police. Elles peuvent aussi protéger les personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur des services financiers. Ainsi, elles assurent l'intégrité et la stabilité du système financier.¹⁰⁶ Pour ces raisons, il n'est donc pas souhaitable d'empêcher le gouvernement d'un pays membre d'adopter des mesures protectionnistes pour se protéger dans le domaine financier bien qu'elles soient incompatibles avec les dispositions générales de l'AGCS.

En conséquence, l'annexe relative aux services financiers reconnaît le droit des gouvernements de prendre de manière discrétionnaire des mesures dans le domaine financier. À cet égard, l'annexe définit les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. Dans ces circonstances, les dispositions générales de l'AGCS ne devraient pas obliger le gouvernement d'un pays membre à révéler des renseignements confidentiels dans le domaine financier tels que les renseignements exclusivement en possession des pouvoirs publics ou de la banque centrale. En d'autres termes, la banque centrale d'un pays membre est exclue du champ d'application des dispositions générales de

¹⁰⁶Para. 2.1, 3.1, 3.3 et 4.1 de l'« Annexe relative aux services financiers »; Finances Canada, op.cit., note 95; J. P. Trachtman, ibid., p. 79.

l'AGCS. En tout cas, bien que le gouvernement d'un pays membre ait le droit de prendre des mesures qui ne sont pas conformes aux dispositions de l'AGCS pour ses services financiers, ce même pays n'a pas le droit d'utiliser ces mesures comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations.¹⁰⁷

En ce qui concerne la réglementation intérieure sur le commerce des services financiers, beaucoup de pays membres, tant développés qu'en développement, poursuivent leurs réformes afin de libéraliser davantage le commerce des services financiers conformément aux dispositions générales et aux annexes relatives aux services financiers de l'AGCS. La plupart des pays industrialisés ont amélioré leur liste d'engagements par rapport à celle de 1995 qu'ils ont inscrit au moment de la mise en vigueur de l'AGCS. Par exemple, les États-Unis ont modifié leurs lois fédérales pour libéraliser les opérations bancaires et l'ouverture de succursales de banques d'autres pays membres. L'Union européenne a aboli certaines restrictions au niveau des pays membres. Le Japon a modifié ses lois sur le contrôle du commerce extérieur et sur le marché des changes ainsi que ses lois sur le secteur de l'assurance et ses ententes bilatérales sur l'assurance conclues avec les États-Unis. Des pays en développement ont, pour leur part, ouvert davantage leurs marchés financiers en Asie, en Amérique latine, en Afrique et en Europe de l'Est. Par exemple, la Corée, l'Indonésie, la Malaisie, le Mexique, les Philippines, le Brésil et l'Inde ont accru les plafonds autorisés d'investissement étranger dans le secteur des banques et de l'assurance. Ces pays en développement ont aussi augmenté le nombre de permis bancaires ou de succursales bancaires. De même, ils ont libéré les taux d'intérêt sur les dépôts. Enfin, ils ont aboli certains critères économiques, certains monopoles et certaines exigences

¹⁰⁷Ibid. annexe, para. 2.

discriminatoires en matière de capital.¹⁰⁸

Bref, nous croyons que la croissance du commerce des services financiers dépendra de la réduction des barrières réglementaires. Cette réduction pourrait produire deux effets. Dans le meilleur cas, la réduction des barrières réglementaires pourrait être réalisée par l'accord et la reconnaissance mutuelle de qualifications, là où des standards réglementaires appropriés sont établis ; ainsi, cette réduction ne pourrait pas nuire aux objectifs réglementaires. Par ailleurs, la diminution des barrières réglementaires pourrait conduire à une réduction des bénéfices politiques des pouvoirs publics, mais nous estimons que cette réduction des bénéfices politiques des pouvoirs publics pourrait échanger de l'augmentation des bénéfices commerciaux, c'est aussi bon pour la société.¹⁰⁹ De toute façon, nous croyons que la transition à l'économie de marché et la réduction des interventions gouvernementales sur l'économie peuvent faciliter la diminution des mesures restrictives dans le commerce des services financiers.

En résumé, l'AGCS constitue le premier accord général sur le commerce des services dont les dispositions sont applicables à tous les pays membres et à toutes les activités du commerce des services. Le Conseil du commerce des services au sein de l'OMC a le pouvoir de superviser l'application de cet accord. Il a également le pouvoir de régler les différends entre les États membres. Néanmoins, son action ne s'est pas étendue au règlement des litiges portant sur la réglementation intérieure d'un État membre. Par exemple, le traitement d'une plainte d'un fournisseur de services

¹⁰⁸Ibid.; WTO, op.cit., note 97.

¹⁰⁹J. P. Trachtman, op.cit., note 49, p. 37.

étranger relative à l'imposition d'une mesure domestique appliquée à son encontre par les autorités du pays hôte relèvera des instances judiciaires ou quasi-judiciaire de ce dernier et non de la compétence du Conseil du commerce des services. Comme l'AGCS ne peut imposer un modèle identique à ses pays membres sur le plan juridique, l'article VI fixe les normes de référence applicables et donne des indications générales pour régler la contestation d'une mesure gouvernementale visant le traitement des fournisseurs de services. Les règles prévues par cet article s'appliquent à tous les types de services mentionné dans les annexes de l'AGCS, y compris les services financiers.

Chapitre II. Les pays en développement et l'AGCS

Au plan mondial, le secteur des services est considéré comme un facteur dynamique de l'économie moderne. Il est une source de valeur ajoutée et d'innovation. C'est pourquoi le commerce des services représente une grande partie de l'activité économique dans les pays tant industrialisés qu'en développement. Néanmoins, les études montrent un grand écart de développement dans ce secteur entre les pays industrialisés et ceux en développement. Comme des ressources humaines et financières abondantes prévalent actuellement dans la technologie et dans les réseaux d'information des pays industrialisés, ceux-ci occupent une position dominante dans le commerce de services. Étant dotées de ces ressources, les entreprises des pays industrialisés sont ainsi les mieux placées pour pénétrer les marchés mondiaux de services. Quant aux pays en développement, leur position est d'entrée de jeu désavantagée dans ce secteur. La plupart d'entre eux sont de plus en plus et essentiellement des importateurs de services. De fait, le déficit de leur balance commerciale en matière de services est croissant. L'internationalisation des services a chez eux un impact considérable.¹¹⁰

À ce niveau, les problèmes des pays en développement préoccupent considérablement l'AGCS. En fait, les pays en développement et les pays les moins avancés sont mentionnés au moins 22 fois dans les 29 articles et six annexes. Afin de compenser leurs handicaps, l'AGCS leur permet des engagements spécifiques limités, pour qu'ils participent davantage aux échanges. Ainsi avec la

¹¹⁰ Andre Sapir et Ernest Lutz, *Trade in Non-Factor Services: Past Trends and Current Issues*, World Bank Staff Working Paper, No.410; et *Trade in Services: Economic determinants and Development Related Issues*, ibid., No.480, Washington, 1981, p. 31; CNUCED, TD/B/1162.

libéralisation progressive des services, ces pays pourraient faire coïncider leurs objectifs de développement avec la libéralisation chez eux du commerce des services.

Dans ce deuxième chapitre, nous analyserons les difficultés des pays en développement en regard de la libéralisation du commerce de services. Nous verrons aussi les principales raisons qu'ils ont de réglementer d'une manière restrictive les activités de services et les dispositions de l'AGCS qui encouragent une participation croissante de leur part dans le commerce de services. Évidemment cette participation croissante, quoique restrictive au départ, favorise tout de même la libéralisation.

I. Une position désavantageuse.

Pour la plupart des services, les pays industrialisés sont plus compétitifs que les pays en développement. En général, la position d'infériorité des pays en développement dans le secteur des services est due à leur faible industrialisation et à la concentration insuffisante de capitaux, à la faible proportion des activités de services dans leur PIB et au développement encore jeune de leurs exportations de services.

A. L'industrialisation et la concentration des capitaux.

Les services constituent des activités post-industrielles et leur commerce n'apparaît être qu'un privilège de pays industrialisés. Les pays en développement n'ont pas autant de capacités dans ce domaine. Leurs excédents commerciaux, à l'échelle nationale et internationale, relèvent plutôt de

leurs caractères propres et de leur capacité à utiliser une main-d'oeuvre bon marché dans des domaines tels que les technologies de l'information, surtout celles des télécommunications, comme *Swissair* qui administre son système de réservations en Inde par exemple. À propos des caractères propres, cela serait plutôt dû à des facteurs culturels comme la Chine et l'Égypte qui possèdent une civilisation de plus de cinq mille ans, et à des facteurs géographiques particuliers comme le Népal au sommet du plus haut plateau du monde et certains pays africains qui possèdent des sites primitifs et des forêts vierges. À l'échelle internationale, les excédents commerciaux et les rentrées de devises semblent dus tant à la mobilité transfrontalière de leurs ressortissants qu'à l'existence de règlements internationaux qui leur assurent au moins une part minimale du marché. Par exemple, les pays en développement constituent un marché d'exportation des plus dynamiques dans la construction et l'ingénierie. Mais signalons que la plupart de leurs ressortissants vont à l'étranger comme main-d'oeuvre non-qualifiée ou comme professionnels pour gagner un peu d'argent et envoyer des devises chez eux, au lieu d'y consommer comme les ressortissants des pays industrialisés.¹¹¹ Cela amène en général une balance négative dans le commerce des services pour les pays en développement.

De même, la concentration du capital dans les pays industrialisés fait obstacle à la capacité des entreprises des pays en développement de les concurrencer dans de nombreux secteurs de services. Entre les mains de quelques entreprises d'un petit nombre de pays, le degré de concentration du pouvoir commercial varie d'un secteur à l'autre, mais il est toujours en progression. Il atteint parfois même des proportions inquiétantes. Prenons deux exemples dans le secteur des services financiers. Dans le domaine de la réassurance, la concentration du capital est extrême. Au milieu des années 80,

¹¹¹Cho Yoon-Je, *How the United States Broke into Korea's Insurance Market*, (December 1987) *World Economy*, pp. 483 à 496; Murray Gibbs et Michiko Hayashi, op.cit., note 11, p. 7.

deux sociétés américaines, une société allemande et une société suisse contrôlaient plus de 30% du marché mondial de réassurance. Dans le secteur bancaire, les opérations internationales sont de plus en plus dominées par les 300 plus grosses banques du monde. Parmi elles, plus de la moitié proviennent de quatre pays seulement, soit le Japon, les États-Unis, l'Allemagne et la France. Les mêmes phénomènes apparaissent dans le secteur de la comptabilité. Ce marché mondial est dominé par seulement six grandes sociétés des pays industrialisés.¹¹²

Dans d'autres secteurs de services, comme la publicité, le cinéma, le degré de concentration semble aussi très élevé. Un petit nombre d'entreprises, concentrées dans quelques pays privilégiés, dominent le marché mondial. Cette monopolisation progresse rapidement. Par exemple, un groupe de sociétés américaines, britanniques et japonaises domine en publicité. Le secteur des services audiovisuels est dominé par le cartel de la *Motion Picture Association of America*. La domination de certains pays est très nette dans des secteurs aussi divers que l'hôtellerie et le traitement de l'information. Parmi les dix premières entreprises mondiales, huit dans l'hôtellerie et neuf dans le traitement de l'information sont américaines.¹¹³ Il apparaît que les petits pays sont impuissants à concurrencer de pareils empires. Cela explique le rétrécissement constant de marché de la part des pays en développement.

¹¹²UNCTAD/TDR/8/Rev.1; Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *ibid.*, pp. 15 à 16; J. Francois Outreville, *op.cit.*, note 54, voir le tableau 6, p. 202; Cho Yoon-Je, *ibid.*; T. Noyelle et A. B. Dutka, *International Trade in Business Services : Accounting, Advertising, Law and Management Consulting*, (1988) American Enterprise Institute.

¹¹³Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *ibid.*, p. 15.

B. La proportion du secteur des services dans le PIB.

L'analyse de la proportion des activités de services incluses dans le PIB à la fin des années 70 a mis en évidence une différence importante entre les deux groupes de pays. Elle était de 67 % dans les pays industrialisés, mais de 40 % seulement pour les pays les moins développés. Cette situation n'a pas changé jusqu'au milieu des années 80. Les pays industrialisés conservaient et développaient leur pourcentage des activités de services dans leur PIB. Prenons l'exemple des États-Unis : au milieu des années 80, environ 67 % de leur PIB et 74 % des emplois civils se trouvaient dans le secteur des services. Quant aux pays en développement, à la même époque, cette proportion était très basse et variait selon leur niveau de développement. Ainsi, les services ne valaient que pour 29 % du PIB dans les pays à très bas revenu. Une proportion de 49 % de services a été constatée dans les pays aux revenus intermédiaires, tandis qu'on constate une augmentation à 52 % de l'économie de services dans les pays où les revenus vont d'intermédiaire à supérieur. Dans le domaine des services, le nombre des emplois variait également en fonction des pays et du niveau de leur développement. Nous notons un pourcentage de 5 % pour le Népal à une extrémité, et un pourcentage de 64 % pour le Koweït à l'autre.¹¹⁴ À notre avis, cette proportion ne devrait pas avoir beaucoup varié jusqu'à aujourd'hui, puisque la situation économique mondiale reste stable.

¹¹⁴OCDE, *Trade in Services and Developing Countries*, Paris, 1987, p. 7; A.F. Ewing, op.cit., note 15, p. 149; Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, op.cit., note 13, p. 257.

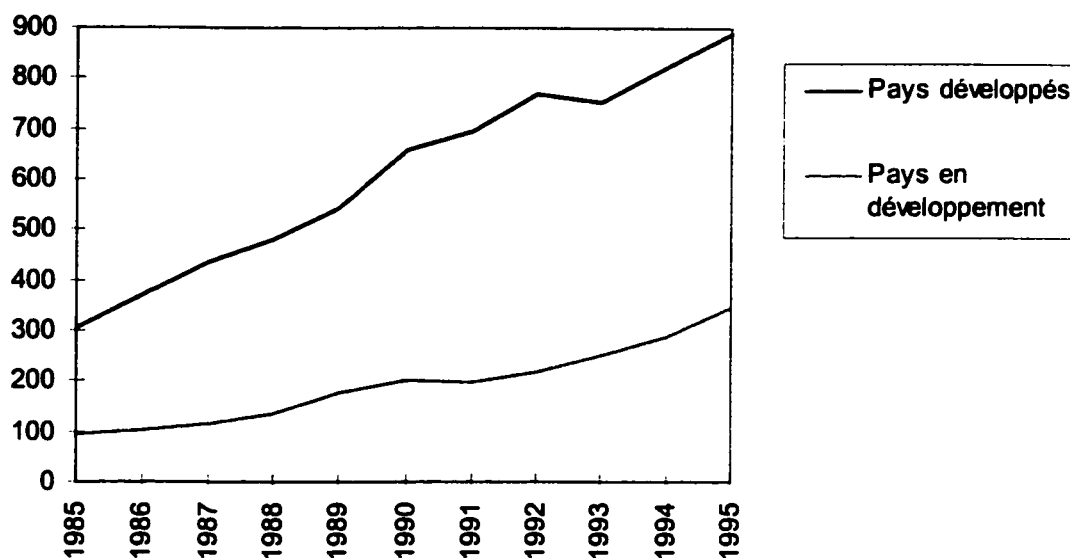
C. Les exportations de services.

Les pays en développement constituent un moteur incontournable de la mondialisation de l'économie. Au milieu des années 80, leur commerce extérieur n'occupait qu'environ un tiers de leur PIB. Mais depuis peu, il a atteint 43 %. Cette croissance est tellement vigoureuse que cette proportion pourrait dépasser les 50 % d'ici dix ans. Pourtant, les gains des pays en développement ont essentiellement été portés au compte du commerce extérieur des marchandises. Comme les industries de services des pays en développement demeurent encore peu développées en proportion de leur activité manufacturière, leurs exportations de services sont peu nombreuses et passent inaperçues. Selon les statistiques du *Fonds monétaire international* (FMI), l'exportation de services de ces pays ne compte que pour 27% des exportations mondiales de services en 1995.¹¹⁵

La position désavantageuse des pays en développement ressort nettement dans le tableau suivant. Il s'agit d'une comparaison entre les exportations de services des pays développés et celles des pays en développement pour les années 1985 à 1995. Au milieu des années 80, les pays en développement n'ont exporté qu'environ 95 milliards US de services, alors que les pays industrialisés en exportaient environ 305 milliards US, soit trois fois plus. Dix ans plus tard, la croissance a triplé partout des deux côtés. Avec environ 345 milliards US, les pays en développement ont à peine rattrapé le niveau des pays industrialisés tel qu'il était dix ans auparavant. Quant aux derniers, ils ont toujours maintenu leur taux de croissance en quadruplant presque leurs ventes à environ 887 milliards US. L'écart entre ces deux groupes de pays est toujours de un à trois. Ce tableau nous permet aussi de

¹¹⁵IMF, *Balance of Payments Statistics*, 1996, p. 16; Zia Qureshi, *Mondialisation : des chances à saisir, des écueils à éviter*, (Mars 1996) Finances et Développement, p. 31.

Figure : Les exportations de services des pays développés et en développement 1985-95. (milliards: \$US)
(Source : IMF, Balance of Payments Statistics, 1992,1996)



réaliser l'accroissement de l'écart. Entre les pays industrialisés et en développement, la différence d'importance dans les exportations de services n'a pas diminué depuis les négociations. Au contraire, cet écart continue à augmenter avec l'application de la libéralisation, même après l'entrée en vigueur de l'OMC à partir de 1995. Cette préoccupation peut être illustrée par les dernières statistiques publiées en cette matière par le Fonds monétaire international en 1999. Celles-ci indiquent ce qui suit :¹¹⁶

¹¹⁶Source : IMF, *Balance of Payments Statistics Yearbook 1999*, Table B-3, p. 22.

Exportations de services par les pays industrialisés et en développement après l'entrée en vigueur de l'OMC (en millions dollars des États-Unis)

| | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|-----------------------|---------|---------|---------|---------|
| Pays industrialisés | 889 937 | 941 809 | 966 820 | 989 460 |
| Pays en développement | 340 716 | 370 414 | 394 865 | 369 931 |
| | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |

Dans ce contexte, les pays en développement n'ont pas tout à fait tort de se préoccuper de l'internationalisation des services. À quoi bon engager de grandes négociations internationales pour libéraliser le commerce de services si cette libéralisation ne doit servir qu'à renforcer la position déjà dominante de sociétés de quelques pays et à accroître le bénéfice qu'elles tirent déjà de ce commerce ? En effet, une mutation des techniques dans les services est en cours dans l'hémisphère Nord et le fossé continue de se creuser entre les pays industrialisés et les pays en développement.¹¹⁷

II. Les raisons d'une réglementation restrictive.

À cause de leur position défavorable dans le commerce de services, de nombreux pays en développement y imposent des règles limitatives sur leur territoire. Cette réglementation restrictive s'applique par de multiples problèmes qui se posent tant au niveau général que sectoriel et par des

¹¹⁷Murray Gibbs et Michiko Hayashi, op.cit., note 11, p. 17; Luis Abugattas, *Les services en tant qu'élément de la coopération et de l'intégration économiques entre pays en développement: incidences sur les négociations commerciales multilatérales d'Uruguay*, dans Nations Unies, *Commerce des services: Questions sectorielles*, New York, Nations Unies, UNCTAD/ITP/26, 1991, p. 478.

problèmes d'ordre économique, technologique, culturel, juridique et diplomatique.¹¹⁸ Il existe trois raisons principales pour lesquelles de nombreux pays en développement n'ont pas considérablement libéralisé leur commerce de services : les désavantages comparatifs, la fragilité des industries naissantes ainsi que la sécurité nationale et la souveraineté culturelle.

A. Les désavantages comparatifs.

S'appuyant sur la théorie des avantages comparatifs, de nombreux pays en développement restreignent les activités du commerce des services exercées par les entreprises transnationales sur leur territoire. Dans le commerce des marchandises, les avantages sont souvent déterminés par des facteurs de dotation relative, selon la théorie traditionnelle. En principe, les avantages sont déterminés par deux facteurs, l'efficacité accrue par spécialisation et la multiplication des débouchés. Certaines études indiquent que les mêmes principes s'appliquent aussi dans le commerce des services. Donc, les avantages comparatifs d'un pays peuvent découler de facteurs directement liés à son niveau de développement. Ainsi, cette théorie suppose que les services sont directement liés au développement atteint puisque la plupart des exportateurs de services dans les pays industrialisés profitent d'une abondance de capitaux physiques et humains. Et c'est pourquoi l'on est parvenu à la conclusion que les pays industrialisés ont de meilleures chances d'être plus compétitifs que les pays en développement dans la plupart des services.¹¹⁹

¹¹⁸Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *ibid.*, p. 2.

¹¹⁹OCDE, *op.cit.*, note 114, p. 7; Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, *op.cit.*, note 13, p. 260; Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *ibid.*, p. 8; Brian Hindley et Alasdair Smith, *op.cit.*, note 79, pp. 370 et 389; Andre Sapir et Ernest Lutz, *op.cit.*, note 110.

Pourtant, nous estimons que la théorie des avantages comparatifs ne devrait pas constituer une raison suffisante pour restreindre les activités du commerce de services. Au fur et à mesure que les activités de commerce se développent, nous observons qu'aucune théorie ne peut rendre compte des avantages comparatifs réalisés tant pour le commerce des marchandises que pour le commerce des services. Aujourd'hui, les technologies changent tellement vite que les avantages comparatifs dépendent désormais de l'importance des innovations. Des facteurs simples tels qu'une main-d'oeuvre peu coûteuse peuvent permettre aux pays en développement d'être compétitifs grâce à de nouvelles technologies dans certains domaines qui exigent moins de coûts et plus de main-d'oeuvre. Par exemple, Singapour, l'Inde et la Corée ont encouragé le transfert technologique dans des sphères précises et prioritaires où ces pays sont plus concurrentiels, telles que le transport aérien de passagers, les consultations de logiciel et les services de construction.¹²⁰

De plus, rares sont les pays qui peuvent estimer à l'avance leur potentiel commercial. Nous croyons donc que les pays en développement ont les moyens de remédier à leurs désavantages tant au niveau national qu'international. Pour les activités prenant place à l'intérieur du pays, ils peuvent s'engager à libéraliser les secteurs où cette libéralisation serait la plus compatible avec leurs objectifs et où elle procurerait les plus grands avantages. Par exemple, ils peuvent agir de la sorte dans le tourisme puisque des facteurs culturels et géographiques connus avantagent souvent considérablement cette industrie de services. Quant au commerce extérieur, les pays en développement peuvent intensifier leurs exportations de services dans les secteurs où ils possèdent un avantage comparatif. Par exemple, la Corée et l'Inde ont réussi à exporter les services de construction, de traitement des

¹²⁰Brian Hindley et Alasdair Smith, *ibid.*, p. 371; A.F. Ewing, *op.cit.*, note 15, pp. 152 à 153; Jeffrey J. Scott et Jacqueline Mazza, *ibid.*

données, de génie et de télécommunications. D'ailleurs, on note une tendance à élargir l'éventail des projets internationaux. Cette croissance procure également à ces États de nombreuses occasions de développement. Par exemple, Singapour a connu du succès non seulement dans le domaine financier mais aussi dans celui du transport des passagers. Le système international en vigueur doit tenir compte de la part détenue par les pays en développement dans des secteurs comme les transports aériens.¹²¹

Nous estimons que les pays en développement peuvent aussi pallier à leur faible apport en capitaux. Comme le stockage des services est inexistant, les investissements directs à l'étranger sont le principal mode de prestation internationale de services. En occupant une place de plus en plus importante dans l'économie mondiale, les pays en développement attirent plus d'investissements de la part des pays industrialisés. Ces capitaux investis de l'étranger peuvent atténuer considérablement leurs difficultés financières. Ainsi leur compétitivité peut être améliorée. Dans tous les cas, les pays en développement peuvent découvrir une complémentarité possible entre le commerce de services et le développement. La réglementation restrictive n'apparaît pas productive dans ce domaine. Des études menées par les Nations Unies et par des experts montrent en effet que les services jouent un rôle de plus en plus important dans les économies nationales et qu'ils constituent autant une source d'emplois qu'un apport direct au PIB. Ils permettent d'éliminer une certaine conception dépassée du rôle des services. En ce début de XXI^e siècle, nul ne contestera que le développement résulte de l'interaction constante de tous les secteurs d'activités économiques. Comme les activités de services sont au coeur de l'actuelle révolution technologique, le développement économique dépend

¹²¹Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, *ibid.*; Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *op.cit.*, note 11, pp. 6 et 8.

notamment de celui des services, qui en est un facteur fondamental.¹²²

B. Les industries naissantes.

Avec le modèle des industries naissantes, de nombreux pays en développement réglementent d'une manière restrictive les activités du commerce de services sur leur territoire. Une industrie naissante s'entend d'une industrie qui vient de se former, donc peu compétitive face aux multinationales à cause du manque de capitaux et de personnel qualifié. Par exemple, la réglementation restrictive dans l'industrie de l'assurance des pays en développement peut trouver sa justification dans cette théorie de la fragilité des industries naissantes. L'industrie de l'assurance est toute récente dans la plupart des pays en développement et, compte tenu de la densité d'assurance très faible par rapport aux pays industrialisés, ses perspectives de croissance sont très prometteuses, ce qui en rend l'accès prioritaire pour certaines compagnies des pays industrialisés, dont le marché chez elles est probablement déjà saturé.¹²³

Dans ces circonstances, de nombreux pays en développement s'appuient sur l'excuse de l'industrie naissante pour réglementer de façon contraignante les activités du commerce de services. Ils soulignent que la libéralisation totale de ces marchés aurait essentiellement pour effet de placer les entreprises locales sur un pied d'égalité avec les entreprises étrangères. Or, cela équivaldrait dans

¹²²CNUCED, TD/B/941 et Corrigendum 1, TD/B/1008 Rev.1 et TD/B/1162; CNUCED, *Rapport sur le commerce et le développement 1988*, publication des Nation Unies, F.88.II.D8 et Corrigendum, la deuxième partie; Friedl Weiss, op.cit., note 12, p. 1178.

¹²³Jeffrey Schott et Jacqueline Mazza, op.cit., note 13, p. 259; J. François Outreville, op.cit., note 54, p. 194; Cho Yoon-Je, op.cit., note 111, pp. 483 à 496.

les pays en développement à soumettre les entreprises locales, de petite taille et dotées d'une faible capacité, à la concurrence déloyale des entreprises transnationales qui disposent de ressources économiques et technologiques très supérieures. En d'autres termes, cela pourrait avoir pour effet pratique d'accorder un traitement plus favorable aux entreprises étrangères.¹²⁴ En somme, ce serait mettre David en face de Goliath, mais sans sa fronde.

Face à cet impact, un grand nombre de pays en développement ont des doutes sur les vrais motifs de cette libéralisation. Ils considèrent que la libéralisation du commerce de services est le vrai but visé par les pays industrialisés plutôt qu'un moyen d'accélérer le développement. Certains croient même que cette libéralisation les conduirait à l'augmentation d'importations de services, à la permanence des déficits courants dans le domaine des services et à l'impossibilité de développer des industries indigènes de services. Selon eux, la libéralisation du commerce des services condamne le tiers monde à une position permanente d'importateurs de services et de biens de haute technologie.¹²⁵

Comme les coûts de leurs entreprises domestiques grèvent leur compétitivité et que leurs problèmes de balance des paiements existent toujours, les pays en développement doutent de pouvoir être vraiment en position d'affronter cette concurrence et de tirer parti de l'octroi réciproque du traitement national. C'est pourquoi ils préfèrent au fond le modèle découlant de la théorie des

¹²⁴J. François Outreville, *ibid.*

¹²⁵Peter Gakunu, *op.cit.*, note 25, p. 419; Tycho H.E. Stahl, *op.cit.*, note 16, p. 429; P. S. Randhawa, *op.cit.*, note 26, p. 169; Paulo Nogueira Batista, ex-ambassadeur brésilien à Genève, cité dans le *New York Times*, le 2 Octobre 1985, D19.

industries naissantes lequel prévoit le développement dans le pays d'une infrastructure de services reposant essentiellement sur l'effort national et écartant toute concurrence étrangère.¹²⁶

Pourtant, nous estimons que le modèle de l'industrie naissante ne devrait pas suffire à justifier une réglementation restrictive des activités du commerce de services. C'est parce qu'il se trouve en contradiction flagrante avec le principe mythique de la concurrence qui prône normalement l'ouverture du marché aux fournisseurs étrangers. La libéralisation des services suppose que tous les échanges de services soient conduits selon le principe d'une concurrence internationale libre et loyale. L'intérêt premier de cette libéralisation est une offre adéquate et immédiate de services aux producteurs locaux, produisant une plus grande efficacité économique en général grâce aux effets bénéfiques de la concurrence et aux importations. À cet égard, les importations de services moins coûteux et plus performants que ceux disponibles localement, permettraient en principe, évidemment, une meilleure efficacité sur le plan local.¹²⁷

Revenons à notre exemple de l'assurance. Les importations de services d'assurance devraient pouvoir être propices aux pays en développement grâce au transfert de compétences et de la technologie, y compris la formation et la mise en valeur locales par les firmes étrangères des ressources humaines. De leur côté, les pouvoirs publics des pays en développement devraient reconnaître qu'il est de leur intérêt, économique et national, d'encourager leurs entreprises

¹²⁶Peter Gakunu, *ibid.*, p. 420; Tycho H. E. Stahl, *ibid.*, p. 430; Deepak Nayyar, *op.cit.*, note 16, pp. 43 et 46; Jeffrey J. Schott et Jacqueline Mazza, *op.cit.*, note 13, p. 259; J. François Outreville, *op.cit.*, note 54, p. 194; Luis Abugattas, *op.cit.*, note 117, p. 480.

¹²⁷J. François Outreville, *ibid.*; Luis Abugattas, *ibid.*

d'assurance à se développer, à échanger leurs services et à devenir financièrement viables face à la concurrence en supprimant tous les éléments comme le contrôle des changes et l'insuffisance, par les restrictions imposées aux investissements étrangers, de la capitalisation et des moyens de financement, qui ont contribué à limiter la capacité de ces entreprises.¹²⁸

Visant à promouvoir un secteur de services efficace, compétitif et dynamique, nous croyons que la libéralisation du commerce des services serait un excellent moyen de renforcer la capacité des pays en développement de mettre en oeuvre ce genre de politiques. L'existence de marchés plus vastes et la mise en commun des moyens et des ressources seraient un meilleur gage de succès. Des marchés étroits et fermés risquent d'engendrer des structures de monopoles inefficaces en ce qui concerne l'offre de services essentiels à un fonctionnement globalement efficace de l'économie. En un mot, la libéralisation des services renforcerait la concurrence et réduirait l'énorme asymétrie qui joue au détriment des pays en développement face aux sociétés transnationales de services.¹²⁹

C. La sécurité nationale et la souveraineté.

Nous savons que beaucoup de services ont un rapport avec la sécurité nationale et la souveraineté culturelle. Sous le couvert de la sécurité nationale et de la souveraineté culturelle, de nombreux pays réglementent d'une manière restrictive les activités du commerce de services sur leur territoire. L'attitude des pouvoirs publics à l'égard de certains secteurs de services est en effet dictée par le

¹²⁸J. François Outreville, *ibid.*, p. 195.

¹²⁹Luis Abugattas, *op.cit.*, note 117, p. 481.

souci de réaliser les objectifs nationaux en matière de sécurité nationale, de souveraineté culturelle ainsi que de développement intégral et harmonieux. Ces objectifs vont au-delà des considérations économiques.¹³⁰ À notre avis, cette question de sécurité nationale ne représente pas un concept absolu mais au contraire, limité par l'objectif de la libéralisation du commerce des services.

Nous pouvons citer un exemple qui affecte la souveraineté culturelle dans le secteur audiovisuel. Pour les pays en développement, les services audiovisuels étrangers, comme la chanson, le cinéma, la télévision, ont un impact sur la culture de l'ensemble d'une société puisqu'ils influencent, orientent et contrôlent les goûts et les habitudes des consommateurs au moyen de la publicité mais aussi par les idées et les concepts économiques, politiques et autre véhiculés par les livres, films, séries télévisées, chansons, etc. Parler des aspects stratégiques des services, c'est en fait rappeler que le souci du contrôle l'emporte sur celui de l'efficacité.¹³¹ Pour cette raison, de nombreux pays en développement réglementent et restreignent le commerce de services en ce qui a trait à la sécurité nationale et la souveraineté culturelle.

Les articles XIV et XIV bis de l'AGCS prévoient des exceptions à certaines obligations prévues dans l'accord. Ces exceptions sont générales et se rapportent à la sécurité. Pour sauvegarder les intérêts nationaux, les exceptions générales peuvent être du domaine tant public que privé et permettre des initiatives gouvernementales tant sur le contrôle de l'impôt que contre les pratiques dolosives et frauduleuses dans un pays membre. D'abord, le gouvernement d'un pays membre a le droit d'exclure

¹³⁰Murray Gibbs et Michiko Hayashi, op.cit., note 11, p. 2.

¹³¹OCDE, *International Trade in Services : Audiovisual Works*, Paris, 1986; Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *ibid.*, p. 18.

certaines exigences de l'AGCS pour sauvegarder ses intérêts dans le domaine public. Par exemple, tout pays membre a le droit d'adopter et d'appliquer des mesures nécessaires non seulement à la protection de la moralité publique locale, mais aussi au maintien de l'ordre public. Ensuite, le gouvernement d'un pays membre a le droit d'écarter certaines obligations prévues dans l'AGCS pour la sauvegarde de ses intérêts dans le domaine privé. Par exemple, pour ce qui est de l'utilisation des renseignements personnels et de leur communication à des tiers, ainsi que des mesures garantissant la confidentialité de la vie des personnes de même que celle des dossiers et des comptes personnels, un pays membre peut déroger aux règles de l'AGCS. Par ailleurs, les gouvernements peuvent légiférer pour protéger tant la santé et la vie des personnes que celle des animaux et des végétaux.¹³²

En outre, le gouvernement d'un pays membre est autorisé à se soustraire à certaines obligations prévues dans l'AGCS pour sauvegarder les mesures jugées équitables ou effectives dans le domaine de l'impôt. Par exemple, le gouvernement d'un pays membre peut continuer à imposer une différence de traitement pour assurer le recouvrement effectif des impôts directs chez les fournisseurs de services étrangers. Bien que ces mesures de politique intérieure soient contraires aux dispositions de traitement national et de la NPF, elles peuvent être exceptionnellement tolérées. Néanmoins, elles peuvent être tolérées à condition d'éviter la double imposition.¹³³ Également, le gouvernement d'un pays membre a le droit d'éviter certaines obligations de l'AGCS pour contrer les pratiques dolosives et frauduleuses. Par exemple, les lois d'un pays membre à cet effet peuvent prévaloir sur celles de l'AGCS. Elles comprennent également les moyens de remédier aux effets d'un manquement à des

¹³² Art. XIV(a) à (c) de l'AGCS.

¹³³ Ibid., (d) et (e).

contrats des services.¹³⁴

De même, les mesures gouvernementales relatives à la sécurité peuvent également être exclues de l'application de certaines obligations de l'AGCS dans un pays membre. À cet égard, l'article XIV bis énumère les exceptions concernant la sécurité. Dans l'industrie des services, les mesures relatives à la sécurité consistent directement ou indirectement ceux destinés à assurer l'approvisionnement des forces armées. De même, ceux relatifs à la fourniture de matériel militaire affectent également la sécurité. Les pays, considérant les possibilités de guerre ou de tensions graves, accordent évidemment la priorité à ces questions.¹³⁵

En raison de la sécurité nationale, l'AGCS n'a pas pour effet d'obliger un gouvernement à fournir ces renseignements lorsque cette divulgation serait contraire à sa sécurité. Pour garantir la sécurité internationale et le maintien de la paix, l'accord ne vise pas à empêcher le gouvernement d'un pays membre de remplir ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies. Cela veut dire que tout pays membre a le droit de se protéger et que les mesures qu'il prend prévalent sur les règles de l'AGCS. Pourtant, ces exceptions générales concernant la sécurité ne doivent pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée entre les pays membres. Elles ne doivent pas non plus faire l'objet d'une restriction déguisée au commerce des services. Pour cette raison, un gouvernement a le devoir d'informer le Conseil du commerce des services de toutes ses initiatives

¹³⁴Ibid., i) à iii) de (c).

¹³⁵Ibid., art. XIV(c) et XIV bis(1).

à ce sujet.¹³⁶

Comme les questions de sécurité nationale et de souveraineté culturelle priment sur les considérations économiques, l'article XIV de l'AGCS répond spécialement à ces préoccupations légitimes. Conformément aux dispositions de cet article, les pays doivent libéraliser leurs marchés de services dans la mesure du possible quant à la sécurité nationale et la souveraineté culturelle. Nous estimons que les inquiétudes par rapport à ces questions ne devraient cependant pas servir de prétexte aux restrictions de tout acabit.

Bref, nous croyons qu'avec la théorie des avantages comparatifs et le modèle des industries naissantes, les efforts de libéralisation peuvent pallier à la profonde asymétrie qui existe entre les différents pays pour que tous puissent se rendre compte qu'ils ont quelque chose à gagner à cette libéralisation dont l'objectif fondamental est la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays moins avancés. L'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive est simplement le moyen et non la fin selon l'AGCS.

Nous croyons aussi que l'application de certaines dispositions de l'AGCS, telles celles relatives à l'accès aux marchés et au traitement national accordé aux étrangers, pourraient être incompatibles avec les objectifs de développement dans certains pays. Cette application ne devrait pas être considérée comme une exigence légitime dans le cadre de la l'élimination des obstacles au

¹³⁶Ibid., art. XIV et XIV bis(1) et (2).

commerce. Dans ce cas, la suppression de toute protection ne pourrait être qu'un objectif à long terme.¹³⁷ Par exemple, faisant l'objet d'engagements spécifiques, les conditions de l'accès aux marchés par les prestataires de services étrangers et le traitement national des prestataires de services étrangers ne pourront pas être éliminées à court terme. En plus des exemptions possibles à la clause de la NPF et des diverses conditions et modalités dont peuvent être assorties les listes d'engagements spécifiques, la structure de ces engagements joue en faveur des pays en développement. Ainsi une libéralisation par la négociation de ces seuls engagements spécifiques est difficilement envisageable à court terme.

Cela donne aux pays en développement un fort degré de contrôle sur la libéralisation des secteurs dans lesquels ils ne disposent pas d'un avantage comparatif. Cela leur permet également de protéger leurs industries naissantes ainsi que leur sécurité nationale et leur souveraineté. Mais de toute façon, ils bénéficieront de ce processus qui leur permet d'ouvrir moins de secteurs et de libéraliser moins de types de transactions. Ils peuvent élargir progressivement l'accès à leurs marchés selon leur développement et lorsqu'ils accordent un tel accès ils peuvent l'assortir de conditions. En bref, ils jouissent d'une certaine flexibilité.¹³⁸

¹³⁷Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *op.cit.*, note 11, p. 2; J. François Outreville, *op.cit.*, note 54, pp. 194 à 195.

¹³⁸Art. XIX(2) de l'AGCS.

III. La participation croissante et la libéralisation progressive.

Compte tenu du grand écart de développement entre les pays industrialisés et les autres dans le domaine des services, les efforts de libéralisation du commerce des services doivent s'attaquer au profond déséquilibre existant entre ces différents pays. Ces efforts doivent aussi avoir pour but de permettre à tous de gagner quelque chose dans cette libéralisation. À cet égard, il faut mettre en place un cadre multilatéral pour résoudre les problèmes économiques, technologiques, culturels, juridiques et diplomatiques, comme l'AGCS.¹³⁹

Pour favoriser la participation croissante des pays en développement, l'article IV de l'AGCS énonce des obligations spécifiques. En vertu de cet article, l'AGCS poursuit l'objectif de faciliter la croissance grâce aux engagements spécifiques. La participation croissante des pays en développement constitue à la fois un objectif et une obligation pour tous les pays membres de l'AGCS. En tant qu'objectif, le préambule de l'AGCS prévoit le «renforcement de la capacité nationale de fournir des services ainsi qu'à l'efficience et la compétitivité des pays en développement».¹⁴⁰ Pour atteindre ce but, le préambule enjoint tous les pays membres de faciliter la participation croissante des pays en développement et l'expansion de leurs exportations de services.

L'obligation de faire participer de plus en plus les pays en développement aux activités du commerce des services a pour objectif la croissance de la production, de la productivité et des exportations de

¹³⁹Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *op.cit.*, note 11, p. 2.

¹⁴⁰Para. 6 du préambule de l'AGCS.

services de ces pays. L'accès aux réseaux d'information et aux nouvelles technologies pour ces pays est inclus dans cet objectif. L'article IV fournit des moyens concrets tels que l'amélioration de leur accès aux circuits de distribution et aux réseaux d'information. Pour les exportations de services, cet article permet aux pays en développement de libéraliser l'accès à leurs marchés et pour les modes de fourniture qui les intéressent.¹⁴¹

L'objectif fondamental de la libéralisation du commerce de services vise aussi le développement des pays en développement. Pour ces derniers, l'AGCS doit tenir compte de l'incidence de cette libéralisation sur la poursuite de leurs objectifs vitaux. Ces objectifs vitaux sont, la plupart du temps, l'emploi, la balance des paiements, la sécurité nationale et la souveraineté culturelle. Ce peut aussi être des objectifs sociaux, comme l'accès pour tous à des services de qualité satisfaisante.¹⁴² En vertu de l'AGCS, les engagements spécifiques permettent la participation croissante des pays en développement dans les activités du commerce de services et la libéralisation progressive de ce commerce à l'échelle mondiale.

C'est une obligation pour les pays membres, notamment pour les pays industrialisés, que d'établir des points de contact pour faciliter l'accès aux renseignements pour les fournisseurs de services des pays en développement. Les pays industrialisés ont un devoir de fournir les renseignements voulus sur les aspects commerciaux et techniques de la fourniture de services. Ces renseignements doivent porter également sur l'enregistrement, la reconnaissance des qualifications professionnelles

¹⁴¹ Art. IV(1) de l'AGCS; Murray Gibbs et Mina Mashayekhi, *Services : Cooperation for Development*, (1988) 22 *Journal of World Trade Law*, p. 94.

¹⁴² Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *op.cit.*, note 11, p. 2.

nécessaires ainsi que leur obtention de même que sur les possibilités d'accéder à la technologie des services.¹⁴³

La participation croissante des pays en développement aux activités de commerce des services vise évidemment la libéralisation progressive de ce commerce à l'échelle mondiale. Celle-ci a pour objet de promouvoir les intérêts de tous les participants et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations de tous.¹⁴⁴ La quatrième partie de l'AGCS jette les bases de la libéralisation progressive du commerce des services à partir des engagements spécifiques. Par l'entremise de négociations relatives à ces engagements, les Membres de l'OMC veulent en arriver à réduire significativement les effets de distorsion sur les échanges commerciaux de services et ainsi intensifier le processus de libéralisation amorcé au sein de ce secteur économique.

Les réformes de la réglementation intérieure revêtent donc une importance particulière pour les pays en développement. Ceux-ci doivent relever un défi considérable pour pallier aux désavantages comparatifs, ce qui profiterait tant à leur développement qu'au renforcement de leurs industries de services. Pour cette raison, les réformes de la réglementation intérieure sont nécessaires pour permettre l'ouverture aux investissements et au commerce extérieur. Cette ouverture peut aussi compenser pour la position désavantageuse de ces pays. Par exemple, pour attirer davantage d'investissements, les pays en développement doivent niveler les obstacles afin que ces réformes aboutissent à des services suffisants et satisfaisants. Elles doivent aussi ajouter aux avantages

¹⁴³ Art. IV(2) de l'AGCS.

¹⁴⁴ Ibid., art. XIX(1).

existants et aider à l'équilibre de la balance des paiements.¹⁴⁵ Compte tenu d'une population en augmentation constante, les réformes de la réglementation locale doivent à la fois viser la modernisation et l'offre en quantité suffisante des services de base. C'est parce que les services doivent aussi répondre aux besoins de la population comme les services d'éducation et de santé.

Aussi, les réformes à la réglementation doivent aider à mettre en place une infrastructure de services satisfaisante. Un grand nombre de services dépendent en effet d'équipements modernes, comme les services de télécommunications et d'informatique. Pour cette raison, l'accroissement du commerce des services ne peut se faire sans un renouvellement dynamique des équipements. Sans ce renouvellement, il est difficile de s'intégrer à une infrastructure mondiale de services. En outre, les réformes de la réglementation doivent développer l'offre de services aux producteurs dans des conditions d'efficacité et de productivité. Le secteur des produits manufacturés est davantage évolué dans les pays en développement que le secteur des services. Par conséquent, les réformes doivent porter une attention particulière aux services, plus qu'à la production manufacturière. Enfin, les réformes de la réglementation doivent améliorer la balance des paiements dans le domaine des services. Cet objectif peut être réalisé par le renforcement du potentiel d'exportation et la rationalisation des importations des services. Il doit être poursuivi non seulement pour équilibrer la balance des paiements, mais surtout pour permettre l'accumulation de capitaux pour le développement ultérieur de services.¹⁴⁶

¹⁴⁵Ibid.

¹⁴⁶Murray Gibbs et Michiko Hayashi, *op.cit.*, note 11, p. 48.

En somme, le secrétariat de l'OMC a conclu, au début de 2001, que tout État membre de l'AGCS tirait au moins cinq avantages de la libéralisation du commerce des services : (1) La libéralisation permet d'introduire, et à court et à long terme, davantage de concurrence dans les marchés, ce qui a pour effet d'offrir aux consommateurs locaux un plus grand choix, ainsi que des services plus efficaces et de meilleure qualité, à moindre coût. (2) La libéralisation favorise rapidement les innovations locales. (3) Elle permet d'augmenter l'emploi. (4) La réglementation des marchés est plus transparente grâce aux engagements spécifiques des États, ce dont bénéficient non seulement le producteur et l'investisseur, mais aussi l'employé et le consommateur. Enfin, (5) la libéralisation du commerce des services permet le transfert de technologie au marché local, que les compagnies et employés locaux peuvent utiliser pour appliquer de nouvelles techniques de gestion et d'administration des affaires.¹⁴⁷

¹⁴⁷Secrétariat de l'OMC, op.cit., note 32.

Chapitre III. Le marché financier chinois

L'AGCS demande à un pays membre d'assurer la transparence de sa réglementation intérieure qui affecte le commerce des services. La réglementation du marché financier chinois a beaucoup évolué depuis la fondation de la Chine populaire en 1949. Elle est maintenant transparente. Il nous paraît essentiel de connaître d'abord le cadre de ce marché lui-même. En effet une bonne connaissance de ce marché et de sa réglementation est nécessaire à notre avis pour juger de sa conformité aux dispositions de l'article VI de l'AGCS. Dans ce chapitre, nous analyserons l'évolution de ce marché, la législation qui lui est applicable en matière financière, les principes généraux du commerce des services et les principales lois qui définissent les conditions de l'accès à ce marché et la procédure, ainsi que le statut des entreprises financières étrangères en Chine.

I. L'évolution du marché financier chinois.

Le marché financier chinois est, évidemment, composé des institutions ou entreprises financières établies en Chine. Celles-ci doivent obligatoirement être reconnues par la Banque populaire de Chine (Website <http://www.pbc.gov.cn>), la banque centrale chinoise. On peut y dénombrer les banques, les compagnies d'assurance, les sociétés de valeurs mobilières et d'investissements ainsi que leurs succursales et ramifications. Plus précisément, elles se retrouvent sous les cinq formes suivantes selon une traduction anglaise :

« a. Policy banks, commercial banks and their branches, cooperative banks, urban or rural credit cooperative, joint entities of urban or rural credit

- cooperatives, and outlets of the postal savings network;
- b. Insurance companies and their branches, insurance brokerages and agencies;
- c. Securities companies and their branches, securities trading centres, investment fund management companies and securities registrars;
- d. Trust and investment companies, financial companies and lease financing companies and their branches, financing companies, financing centres, financial futures companies, credit guarantee companies, pawn shops and credit card companies;
- e. Other institutions engaged in financial business that are recognized by the People's Bank of China ». ¹⁴⁸

Toutes ces institutions financières n'existaient pas lors de la fondation de la Chine populaire en 1949. Il n'y en avait qu'une seule à cette époque-là à savoir la Banque populaire de Chine. Celle-ci constituait à la fois l'autorité administrative gouvernementale et l'institution financière responsable de toutes les affaires financières. Ainsi, le marché financier chinois a été centralisé et planifié à un très haut niveau pendant plus de 30 ans. ¹⁴⁹

Depuis les réformes économiques à partir de 1979, de nombreuses institutions financières ont été créées en Chine. Par exemple, dans le secteur bancaire, des banques spécialisées ont vu le jour dont la Banque d'agriculture de Chine (Website <http://www.abocn.com.cn>), la Banque de Chine (Website <http://www.bank-of-china.com>), la Banque de construction de Chine (Website <http://www.ccb.com.cn>), la Banque industrielle et commerciale de Chine (Website

¹⁴⁸Les « Divisions administratives des institutions financières » ont été adoptées et promulguées le 9 août 1994 par la Banque populaire de Chine, (1995) 1 *China Law and Practice*, p. 24; *ibid.*, art. 3 ; D. K. Srivastava, *China's New Banking Law Regime*, (1996) 6 *Australian Journal of Corporate Law*, note 8, p. 203; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, p. 40.

¹⁴⁹Beijing Institute of International Finance, *The Banking System of China*, Beijing, China Planning Press, 1993, p. 2; Kai Lei, *La nouvelle loi bancaire chinoise*, (le 27 décembre 1995) la documentation Française, Hebdomadaire no.2.452, p. 29; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p.14.

<http://www.icbc.com.cn>) et la Banque d'investissements de Chine. En 1995, le gouvernement chinois avait déjà approuvé l'établissement de 1 000 organismes financiers, chinois et étrangers ou coopératifs, dans le marché financier. Les institutions financières sont encore en pleine expansion et, par exemple, la Chine compte aussi établir des banques de coopération inter-villes.¹⁵⁰

Les dites réformes ont entraîné la division du système financier en une structure comportant cinq catégories d'institutions financières, bancaires et non bancaires. Ce sont respectivement (1) la Banque populaire de Chine, (2) les banques spécialisées d'État, (3) les banques commerciales, (4) les sociétés coopératives de crédit et (5) les sociétés financières urbaines et rurales.¹⁵¹ En septembre 1983, comme il fallait déterminer les relations entre ces institutions à l'intérieur du marché financier, le Conseil des affaires d'État a décidé que la Banque populaire de Chine deviendrait la banque centrale : « In this financial community, the People's Bank of China is a governmental organ leading and administering all financial activities ». ¹⁵² Ainsi, la Banque populaire de Chine administre toutes les autres institutions, entreprises ou organisations financières dudit marché. Plus loin, nous consacrerons un chapitre à son analyse.

Les banques spécialisées d'État relèvent évidemment de l'État. Leur mission est de mettre en oeuvre ses politiques monétaires. Comme l'État leur a fourni le capital, il définit aussi leur champ

¹⁵⁰Kai Lei, *ibid.*, pp. 29 à 30; Beijing Institute of International Finance, *ibid.*, pp. 3 à 6; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 148, pp. 201 à 202 et 215 à 225; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, pp. 14 à 20 et 30 à 34; Finance, *On the Commercial Bank Law*, (October 1, 1995) China's Foreign Trade, p. 7.

¹⁵¹Kai Lei, *ibid.*

¹⁵²Beijing Institute of International Finance, *op.cit.*, note 149, p. 5.

d'activités. Mais leur caractère spécialisé leur confère une certaine autonomie dans leurs activités financières. Elles sont au nombre de cinq. Nous pouvons citer la Banque de Chine, la Banque industrielle et commerciale de Chine, celles de la construction, de l'agriculture et d'investissements. À titre de banque spécialisée d'État, la Banque d'investissements d'État a ses spécificités propres quant à ses fonds et à ses fonctions par rapport aux autres banques spécialisées d'État. Plus particulièrement, cette banque a été établie pour être « in charge of introducing financial practices of international institutions in connection with lending, such as the examination of projects and feasibility statements ». ¹⁵³ À cet égard :

« The CIB was set up in 1981 with a view to raising funds from the World Bank and the Asian Development Bank and other international financial institutions for investment in China. It was established with financial support from the World Bank itself. It not only raises funds from abroad but also serves as an intermediary, relending the World Bank and the Asian Development Bank's funds to domestic enterprises ». ¹⁵⁴

Fonctionnant selon les règles des banques commerciales, ces cinq banques spécialisées s'occupent chacune de leur côté des activités financières dans les domaines qui leur sont dévolus. Par exemple, la Banque de Chine s'occupe des devises. La Banque industrielle et commerciale, celles de l'agriculture et de la construction s'occupent des affaires financières dans leurs domaines propres, et la Banque d'investissements d'État concentre évidemment ses activités dans le domaine des investissements. Elles sont astreintes à subir la même concurrence et à courir les mêmes risques que les autres banques commerciales dans le marché financier, où celles-ci sont devenues nombreuses.

¹⁵³Kai Lei, op.cit., note 149, p. 30; D. K. Srivastava, op.cit., note 148, p. 215; Beijing Institute of International Finance, ibid., pp. 73 à 74.

¹⁵⁴D. K. Srivastava, ibid., p. 221.

Étant définies comme banques mixtes État-secteur privé et jouant le rôle d'établissements bancaires régionaux, les banques commerciales constituent l'essentiel dudit marché parmi (1) la banque centrale, (2) les banques spécialisées, (3) les banques commerciales, (4) les sociétés de crédit coopératif urbaines et (5) rurales ainsi que (6) d'autres institutions financières, telles que compagnies d'assurance et centres nationaux des échanges.¹⁵⁵

Depuis les réformes économiques, de nouvelles institutions financières se sont développées rapidement en Chine. Le marché financier compte nombre d'institutions financières non bancaires, telles que les sociétés de crédit coopératif urbaines et rurales. Selon les statistiques de 1995, la Chine avait déjà environ 5 000 sociétés financières urbaines et 50 000 sociétés financières rurales. À titre expérimental au cours des réformes économiques, le secteur des valeurs mobilières a été établi au milieu des années 80. En 1990, deux centres nationaux des échanges ont été formés à *Shanghai*, ancien centre financier métropolitain avant la fondation de la Chine populaire, et à *Shenzhen*, nouveau centre financier à côté de Hong Kong.¹⁵⁶

Les réformes économiques donnent un nouvel essor aux institutions financières en Chine et ont introduit la concurrence à l'intérieur du marché financier. Par conséquent, le législateur chinois perçoit la nécessité et l'urgence d'élaborer une législation financière plus complète pour maintenir un ordre raisonnable, objectif et impartial dans ce marché.

¹⁵⁵Kai Lei, op.cit., note 149, p. 29; D. K. Srivastava, ibid., p. 209.

¹⁵⁶Finance, op.cit., note 150, p. 7; Pitman B. Potter, *Securities Markets Opening to Foreign Participation*, (April 1992) East Asian Executive Reports, p. 7; Fang Liu-Fang, *Comments: China*, (1997) 28 Law & Policy in International Business, p. 897.

Liste des principales institutions financières en anglais¹⁵⁷

| <i>People's Bank of China (Central Bank)</i> | | |
|---|--|--|
| <i>Specialized Banks</i> | <i>Commercial Banks</i> | <i>Non-Bank Financial Institutions</i> |
| 1. Agriculture Bank of China; 2. Industrial and commercial Bank of China; 3. Bank of China; 4. People's Construction Bank of China; 5. China Investment Bank; | 1. Bank of Communications; 2. CITIC Industrial Bank; 3. Everbright Bank of China; 4. Hua Xia Bank; 5. Guangdong Development Bank; 6. Shenzhen Development Bank; 7. China Merchants Bank; 8. Fujian Industrial Bank; 9. Xiamen International Bank; 10. Yantai Housing Savings Bank; 11. Bengbu Housing Savings Bank; 12. Huitong Cooperative Bank of Chengdu; 13. Shenyang Cooperative Bank; 14. Fujian Xingye Bank; 15. Shanghai Pudong Development Bank; 16. Merchant Bank; 17. China Agricultural Development Bank; 18. Import and Export Credit Bank; 19. State Development Bank; | 1. People's Insurance Company of China; 2. Trust and Investment Companies; 3. Cooperative Financial Institutions; 4. Financial Leasing Companies; 5. Financial Companies; 6. Securities Companies and Rating Firms; 7. Stock Exchanges; 8. Property Development Companies; 9. Bureau and Management System of Post Savings Deposit under the Ministry of Posts and Telecommunications; 10. Pawnshops; |

¹⁵⁷Source : Guiguo Wang et Stephen Foo, op.cit., note 6, Figure 3, p. 31; Finance, ibid.; le rang de ces institutions n'a pas de signification en soi selon l'auteur de cette thèse.

II. La législation chinoise.

En vertu de l'article III de l'AGCS, un pays membre a l'obligation d'assurer la transparence de sa réglementation intérieure des activités du commerce de services. Cette transparence devrait se réaliser par la publication des mesures qui affectent le commerce des services et par la description de leurs mécanismes législatifs. Quant aux réformes de la réglementation sur les services, une législation plus détaillée est nécessaire, et les textes législatifs peuvent de façon objective et impartiale ajouter, prévoir et garantir des mesures administratives raisonnables. À cet égard, l'AGCS constitue justement le premier exemple de législation internationale dans cette matière. Il reste à harmoniser la législation pertinente des pays membres à l'AGCS. Mais compte tenu de sa nature, l'AGCS est plus complexe que d'autres accords visant les biens et est plus susceptible d'entrer en conflit avec la législation et la politique nationale des pays concernés. En Chine comme ailleurs, le marché financier est régi par des textes législatifs. Récemment, plusieurs de lois ont été adoptées pour réglementer ce marché. Dans notre analyse, il nous faudra d'abord connaître les législateurs de ces textes et le processus législatif qui a cours en Chine. Ensuite, il sera nécessaire d'analyser la mécanique législative, le niveau des effets des textes ainsi que le statut des traités internationaux dans le cadre juridique chinois.

A. La mécanique législative.

La législation en Chine se présente essentiellement sous deux formes. Au sens étroit, elle ne peut être adoptée que par l'assemblée parlementaire. Cette législation, nous l'appelons organique en droit chinois. Au sens large, la fonction législative peut être déléguée et exercée par des autorités autres

que parlementaires. Cette législation s'appelle en Chine la législation matérielle. Selon que la législation soit d'origine organique ou matérielle, les pouvoirs et la procédure diffèrent. Les termes utilisés dans la rédaction sont aussi distincts, selon que l'origine en soit organique ou matérielle.

1. La législation organique.

Au sens étroit, nous l'avons dit, les fonctions législatives en Chine relèvent exclusivement du Parlement chinois qui s'appelle aussi assemblée populaire. Il y a deux catégories d'assemblées : l'une est centrale, qui adopte la loi nationale, générale, et porte le titre d'Assemblée populaire nationale ; l'autre catégorie est locale et se subdivise en assemblées populaires provinciales, de régions autonomes, de quatre villes relevant directement de l'autorité centrale (*Beijing, Tianjin, Shanghai et Chongqing*), d'autres divisions administratives moins grandes, jusqu'aux plus petits districts. Ces assemblées élaborent des règlements d'intérêt plus spécifique ou local.

La « Loi de la Constitution »¹⁵⁸ chinoise proclame l'organisation des assemblées populaires. Historiquement, la Chine a eu quatre lois constitutionnelles depuis sa fondation en 1949. Elles furent adoptées en septembre 1954, janvier 1975, mars 1978 et décembre 1982. Seule cette dernière loi du

¹⁵⁸La « Loi de la Constitution de la République populaire de Chine » a été adoptée le 4 décembre 1982 par la 5^e session de la 5^e Assemblée populaire nationale ; elle a été promulguée le même jour par le décret de l'Assemblée. Elle a été amendée le 12 avril 1988 par la 1^{ère} session de la 7^e Assemblée et le 29 mars 1993 par la 1^{ère} session de la 8^e Assemblée ; TSIEN Tche-hao, *La Chine, Constitution de 1982 et institutions*, Paris, (décembre 1983) La Documentation française, v.4741/4742, p. 107- ; le texte de cette loi en anglais figure à l'Annexe III de la présente thèse.

4 décembre 1982 reste en vigueur.¹⁵⁹ Parmi ces quatre versions, celles de 1975 et de 1978 ont été considérablement influencées par les mouvements politiques de l'époque, notamment la « grande révolution culturelle » (1969-1979). N'ayant été que les produits politiques d'une époque donnée, ces deux versions ne sont pas considérées comme d'authentiques lois fondamentales dans le droit constitutionnel chinois d'aujourd'hui. Seules celles de 1954 et de 1982, soit la première et la dernière, sont de véritables lois fondamentales au sens juridique en Chine. La dernière a été élaborée à partir de la première et améliorée en tenant compte de l'évolution économique récente.¹⁶⁰ Notamment, suite aux amendements de 1988¹⁶¹ et de 1993¹⁶², elle est maintenant enrichie de nombreuses dispositions à caractère économique pour faire face à la période de transition économique actuelle.

L'Assemblée populaire nationale est composée d'environ 3 000 députés élus par les assemblées populaires des provinces, celles des régions autonomes et des quatre municipalités relevant

¹⁵⁹ Albert Hung-ye Chen, op.cit., note 8, pp. 42 à 44; Dominique T.C. Wang, *Les sources du droit de la République populaire de Chine*, Genève, Librairie Droz, 1982, pp. 23 à 24; Jingzhou Tao, *Le droit chinois contemporain*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 25 à 26.

¹⁶⁰ Xuefeng Qi, *L'évolution et le nouvel essor de la législation chinoise après l'époque de Mao : ses orientations*, Québec, 35 Les Cahiers de Droit 1994, p. 950; Albert Hung-ye Chen, *ibid.*, pp. 43 à 44; Dominique T.C. Wang, *ibid.*

¹⁶¹ Elle a été adoptée le 12 avril 1988 par la 1^{ère} session de la 7^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée et entrée en vigueur le même jour par le communiqué de la 7^e Assemblée populaire nationale ; Secrétariat de la 1^{ère} session de la 8^e Assemblée, « Loi de la Constitution de la République populaire de Chine », Beijing, Presse de la démocratie et de la légalité en Chine, 1993, p. 55; Albert Hung-ye Chen, *ibid.*, p. 45.

¹⁶² Elle a été adoptée le 29 mars 1993 par la 1^{ère} session de la 8^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée et entrée en vigueur le même jour par le communiqué de la 8^e Assemblée populaire nationale ; Secrétariat de la 1^{ère} session de la 8^e Assemblée, *ibid.*, p. 60.

directement de l'autorité centrale ainsi que des députés élus par les forces armées. À titre d'exemple, le nombre des députés était de 2 989 à la quatrième session de la neuvième Assemblée nationale en mars 2001. Cette assemblée est en session une fois par année. Normalement, la session débute dans la première semaine de mars et dure environ deux semaines. À titre indicatif, la dernière session, d'une durée de onze jours, a eu lieu du 5 au 15 mars 2001 à *Beijing*, la capitale de Chine. Pendant ces sessions, cette assemblée adopte ou amende des lois fondamentales. Une législature dure cinq ans.¹⁶³

Cette assemblée a établi un Comité permanent comme organe exécutif. Ce dernier se réunit au moins une fois tous les deux mois. Chaque réunion dure dix jours environ. Compte tenu de la fréquence de ces réunions, au moins six fois par an, par rapport à une seule pour l'Assemblée populaire nationale, c'est finalement ce Comité qui a le rôle le plus important dans l'élaboration de la législation organique chinoise.¹⁶⁴

Le rôle de ce Comité consiste à suppléer à l'Assemblée entre les sessions et à exercer certains pouvoirs législatifs pendant cet intervalle. Il peut alors voter et amender des lois autres que celles qui sont de la juridiction exclusive de l'Assemblée populaire nationale. Généralement, une loi adoptée par celle-ci a un effet capital sur toute la société chinoise. Par exemple, l'Assemblée a adopté la « Loi de la Constitution » qui est évidemment la loi la plus fondamentale de la société chinoise. Elle adopte

¹⁶³Ibid., art. 59 et 61; Dominique T.C. Wang, *Les sources du droit de la République populaire de Chine*, Québec, 24 Les Cahiers de Droit 1983, p. 440; Xuefeng Qi, op.cit., note 160, p. 951; Journal du peuple du 5 mars 2001.

¹⁶⁴Xuefeng Qi, *ibid.*

aussi des lois dans les domaines économique, civil et criminel, pour l'organisation des organes de l'État et bien d'autres lois essentielles. Par contre, une loi adoptée par son Comité permanent n'a d'effets que sur un aspect particulier de la vie chinoise. Par exemple, la « Loi sur les banques commerciales »¹⁶⁵ adoptée par ce Comité n'affecte que les banques commerciales bien que leurs activités touchent toute la population. Il peut aussi compléter et amender partiellement les lois votées par l'Assemblée en fonction de nouvelles circonstances. Cependant, ces ajouts et modifications ne peuvent pas aller à l'encontre des principes fondamentaux qui les régissent et qui sont déclarés normalement dans la partie sur les dispositions générales.¹⁶⁶ Par exemple, la «Loi de la Constitution» prévoit clairement que l'État applique les politiques de l'économie du marché socialiste (par art. 15). Toutes les lois économiques affirment évidemment ce principe fondamental. Le Comité permanent ne peut pas supprimer l'adjectif « socialiste » lorsqu'il complète ou amende une loi, puisque cela irait à l'encontre des principes fondamentaux. De même, la « Loi sur la Banque populaire de Chine » adoptée par l'Assemblée prévoit le pouvoir pour cette banque centrale de superviser les activités financières (par art. 2) et le moyen de recours devant les juridictions judiciaires (par art. 46). La «Loi sur les banques commerciales » adoptée par le Comité permanent affirme ces principes (dans les art. 10 et 86). Le Comité permanent ne peut pas les modifier lorsqu'il complète ou amende une loi. En somme, les articles 62 et 67 de la « Loi de la Constitution » prévoient le pouvoir législatif de

¹⁶⁵La « Loi sur les banques commerciales de la République populaire de Chine » a été adoptée le 10 mai 1995 par la 13^e session du Comité permanent de la 8^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée le même jour par le décret no. 47 du président de la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} juillet 1995; voir *PRC, Commercial Banking Law*, (27 June 1995) *China Law & Practice*, p. 32-.

¹⁶⁶Art. 67 de la « Loi de la Constitution »; Perry Keller, *Legislation in the People's Republic of China*, Vancouver, 23:3 *University of British Columbia Law Review* 1989, p. 661; TSIEN Tche-hao, *op.cit.*, note 158, p. 119.

l'Assemblée et de son Comité permanent.

À défaut de définitions officielles, les différences entre ces deux catégories de lois ne sont pas claires. Par exemple, la « Loi sur les banques commerciales » a été adoptée par le Comité, le domaine bancaire constituant évidemment un aspect particulier de la vie chinoise. Cependant, dans le même domaine, la « Loi sur la Banque populaire de Chine »¹⁶⁷ a été adoptée par l'Assemblée. Il faut comprendre que cette banque centrale, en tant qu'organe d'État, ne peut fonctionner sans une législation spécifique de l'Assemblée, ce qui n'est pas le cas des autres banques.¹⁶⁸

Bien qu'il existe des nuances entre les lois adoptées par l'Assemblée et par son Comité permanent, elles portent toutes la même désignation de « loi ». Et seul le parlement central possède les véritables pouvoirs législatifs au plan national. Ce qui est adopté par d'autres organes d'État n'est pas qualifié de lois, mais plutôt de résolutions, décisions ou règlements et bien que ces textes aient les mêmes effets qu'une loi.

La procédure législative pour l'Assemblée a été établie en 1989 par les « Règles de procédures en congrès de l'Assemblée populaire nationale ». Selon ces règles, un projet de loi peut être proposé à une réunion plénière de cette Assemblée tant par un organe de l'État autorisé que par un groupe de

¹⁶⁷La « Loi sur la Banque populaire de Chine de la République populaire de Chine » a été adoptée le 18 mars 1995 par la 3^e session de la 8^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée le même jour par le décret no.46 du président de la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était le même jour; voir *PRC, People's Bank of China Law*, (27 June 1995) *China Law & Practice*, p. 23-.

¹⁶⁸Perry Keller, *op.cit.*, note 166, p. 661.

délégués. Le présidium (comité chargé de l'organisation de l'Assemblée) décide d'ajouter ce sujet à l'ordre du jour législatif. Après un rapport effectué par l'organe responsable, le projet de loi doit être fourni à chaque député pour évaluation, dans différents groupes. Toutes les opinions ayant été écoutées et recueillies, on rédige un rapport général et une liste des amendements proposés, selon l'avis du présidium. Cette procédure législative se termine par la proposition d'une version finale du projet de loi pour son adoption par la réunion plénière de cette Assemblée. Finalement, chaque nouvelle loi est publiée dans la «*Gazette du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale*» et les principaux journaux tant nationaux que locaux.¹⁶⁹

À cet égard, nous pouvons citer la législation de la « Loi sur la Banque populaire de Chine » à titre d'exemple. En tant qu'organe de l'État autorisé, la Banque populaire de Chine a rédigé le projet de cette loi. En vue de faire revoir ce projet, cette banque centrale l'a transmis au Conseil des affaires d'État à la fin de l'année 1993. Au mois de juillet 1994, ce dernier a en principe approuvé ce projet de loi lors de sa 20^e session régulière. Ensuite, il l'a soumis au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, qui en a délibéré en ses huitième, neuvième et onzième sessions. Finalement, ce projet de loi a été adopté par la troisième session de la huitième Assemblée populaire nationale en 1995. En somme, le processus d'adoption de cette loi a duré plus de 10 ans.¹⁷⁰ Certes, ce processus paraît long, et ce n'est sans doute pas un cas régulier dans les activités législatives chinoises. Celui-

¹⁶⁹Les « Règles de procédures en congrès de l'Assemblée populaire nationale » ont été adoptées le 4 avril 1989 par la 2^e session de la 7^e Assemblée populaire nationale; elles ont été promulguées au *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 8 avril 1989; Perry Keller, *ibid.*, pp. 663 à 664.

¹⁷⁰Wang Shengming, *The Bank Law, A Milestone Marking the Transition of the People's Bank of China into A Central Bank*, (September 1995) *China Law*, p. 71; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, pp. 34 à 43.

ci, toutefois, éprouve de la difficulté à faire la transition de l'économie planifiée à l'économie de marché dans le domaine financier. On peut imaginer à quel point les discussions étaient âpres avant de finalement admettre les règles de l'économie de marché sous le régime socialiste. Dans ces circonstances, il fallait certainement être patient, faire montre de prudence, et appliquer la « stratégie du Go » en trouvant les pierres solides qui permettraient de traverser la rivière turbulente des réformes économiques, comme nous l'expliquions au début de cette thèse.

La procédure législative du Comité permanent de l'Assemblée avait été définie peu avant. Les «Règles procédurales du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale» sont entrées en vigueur en 1987. Selon ces règles, la procédure législative au sein du Comité se divise en quatre étapes : la présentation, l'évaluation, l'approbation et la publication.¹⁷¹

Chargé de rédiger un projet de loi, un organisme doit d'abord présenter ce projet auprès dudit Comité dans un rapport. Ce projet et le rapport sont ensuite évalués par la Commission des lois et d'autres commissions spécialisées au sein dudit Comité qui sont concernés par le sujet de cette législation. Après les discussions de ces commissions sur le projet de loi, la Commission des lois est chargée de rédiger son propre rapport, faisant état des opinions des autres commissions, pour présentation à la réunion plénière dudit Comité. Et c'est à ce niveau que s'obtient l'approbation après les discussions finales. Finalement, chaque nouvelle loi est aussi publiée dans la « *Gazette du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale* » et les principaux journaux tant nationaux que locaux.

¹⁷¹Les « Règles procédurales du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale » ont été adoptées le 24 novembre 1987 par la 23^e session du Comité permanent de la 6^e Assemblée populaire nationale; (1987) 6 *Gazette du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale*, p. 20; Perry Keller, *op.cit.*, note 166, p. 662.

Pour l'adoption d'une loi au sein du Comité, nous pouvons citer celle de la « Loi sur les banques commerciales » à titre d'exemple. La Banque populaire de Chine a préparé le premier projet de cette loi. À cet égard, un groupe de rédaction a été officiellement formé au début de l'année 1993. Avant cette date, il avait effectué des enquêtes et des recherches dans le secteur bancaire en Chine. Il a aussi colligé et traduit des lois bancaires de certains pays étrangers, essentiellement des États-Unis, de l'Allemagne, du Japon, de la Corée et de Singapour. Ces lois servaient de références utiles pour lui. Au mois de décembre 1993, la Banque centrale a terminé et présenté le premier projet de cette loi au Conseil des affaires d'État. Pourtant, ce travail en était encore au statut de projet avant discussions. Ledit Conseil a recueilli les commentaires en provenance des ministères, des banques spécialisées et d'autres institutions. Il a aussi effectué des enquêtes et des recherches sur le secteur bancaire dans la ville de *Shanghai* et les provinces de *Jiangsu* à l'Est de Chine et de *Sichuan* à l'Ouest de Chine.

Après avoir révisé le projet pour discussion au mois d'août 1994, ledit Conseil a présenté le projet de loi audit Comité. Trois départements au sein de ce dernier ont été chargés de réviser et de corriger le projet proposé, soit la Commission des lois, celle économique et financière ainsi que celle des affaires législatives. Ils ont organisé, au mois de septembre 1994, un colloque pour discuter dudit projet. Le groupe de travail a modifié de façon importante ledit projet s'appuyant sur les commentaires subséquents en provenance de divers départements du gouvernement central et également des assemblées populaires locales ainsi que des institutions financières. Finalement, le projet qui a été adopté incluait toutes les corrections proposées.¹⁷²

¹⁷²Wang Shengming et Wang Feng, *P.R.C. Gets its First Commercial Bank Law, Drafting, Main Provisions, Issues*, (October 15, 1995) East Asian Executive Reports, pp. 9 à 14.

La préparation de la « Loi sur l'assurance »¹⁷³ également adoptée par le Comité, a duré presque cinq ans. Diverses commissions se sont penchées sur cette législation, et elles y ont apporté des observations utiles. Pour y inclure des analyses d'expériences étrangères sur le plan de la législation sur l'assurance, un groupe de travail a voyagé dans treize pays tant occidentaux qu'orientaux.¹⁷⁴

En un mot, la législation organique joue le rôle principal dans la législation chinoise. À cet égard, l'Assemblée populaire nationale et son Comité permanent exercent les pouvoirs législatifs suprêmes de l'État. Mais cette législation n'est pas le seul mode législatif en Chine. Outre le parlement chinois, il y a d'autres autorités d'État qui jouissent de pouvoirs législatifs. En l'occurrence, il s'agit alors de la législation matérielle.

2. La législation matérielle.

Au sens large, les fonctions législatives en Chine relèvent non seulement du parlement chinois, mais aussi d'autres autorités non parlementaires. C'est dans ce sens que nous parlons de législation matérielle. Parmi les autorités non parlementaires, le Conseil des affaires d'État joue un rôle essentiel dans la législation matérielle en tant que gouvernement central. Il constitue l'exécutif de l'organe suprême du pouvoir d'État, c'est-à-dire l'exécutif de l'Assemblée populaire nationale. Il est

¹⁷³La « Loi sur l'assurance de la République populaire de Chine » a été adoptée le 30 juin 1995 par la 14^e réunion du Comité permanent de la 8^e Assemblée populaire nationale ; elle a été promulguée le même jour par le décret no. 51 du président de la République populaire de Chine; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} octobre 1995.

¹⁷⁴Chubb China Operations, *Insurance Law of the People's Republic of China*, <<http://www.chubb.com/china/laws/inslaw.htm>>; Ian Lancaster, op.cit., note 10, p. 1.

également l'organe administratif suprême de l'État. Ne faisant pas partie du parlement chinois mais relevant de celui-ci, il a non seulement le pouvoir de proposer des lois à l'Assemblée ou à son Comité permanent, mais il exerce aussi, de façon autonome, certains pouvoirs législatifs qui lui sont attribués par la loi.¹⁷⁵

La « Loi de la Constitution » lui octroie des pouvoirs législatifs moindres, c'est-à-dire l'adoption de règlements, de mesures, de décisions ou d'ordonnances. En vertu de cette loi fondamentale, il partage ainsi, avec l'Assemblée et son Comité permanent, des fonctions et pouvoirs législatifs. Conformément à la « Loi de la Constitution » et à d'autres lois, il peut arrêter des mesures, élaborer des règlements et émettre des décisions et des ordonnances. Mais ses règlements seraient invalides s'ils contredisaient la « Loi de la Constitution » ou d'autres lois nationales.¹⁷⁶

Les règlements constituent un élément fondamental du système juridique chinois. Ils mettent en application des principes exprimés dans les lois nationales. Ils trouvent leur application dans les domaines politiques, sociaux, culturels, scientifiques, de l'éducation ainsi qu'économiques et de commerce extérieur. De façon exclusive, ils englobent tous les domaines de l'administration étatique, sauf militaires, juridictionnels et ceux du parquet.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Art. 85 et 89(1) et (2) de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, *op.cit.*, note 158, pp. 122 à 123; Xuefeng Qi, *op.cit.*, note 160, p. 951.

¹⁷⁶ Art. 89(1) de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, *ibid.*, p. 123; Xuefeng Qi, *ibid.*; Perry Keller, *op.cit.*, note 166, pp. 669 à 670.

¹⁷⁷ Perry Keller, *ibid.*, p. 670.

Au sein du Conseil, la procédure législative se divise normalement en trois étapes : la rédaction, l'approbation et la publication d'une législation adoptée. En général, la rédaction d'un projet incombe au département responsable du domaine concerné. Pourtant, dans un cas particulièrement important ou dans les circonstances où cette législation affecte un certain nombre de départements, une commission spéciale de rédaction doit être composée des représentants des départements concernés et de certains organes paragouvernementaux. Rédigé et accepté par le département responsable ou par la commission, le projet est par la suite envoyé à nouveau dans les autres départements pour révision. Dans certaines circonstances, ce projet est également envoyé pour être commenté dans des institutions sociales et académiques ainsi qu'à certains gouvernements locaux. Les commentaires étant rassemblés, le projet de législation est retourné au rédacteur original pour être finalisé. Ce processus peut ainsi être repris plusieurs fois avant d'avoir une version acceptable et finale. Enfin, accompagné d'un rapport explicatif et de matériaux annexes, ce projet est envoyé au Comité permanent du Conseil pour discussions et approbation. Le processus est le même en ce qui concerne une proposition de loi nationale par le Conseil. Mais l'organisme d'approbation est différent. Pour la législation organique, le processus se termine par les modifications et l'adoption au Comité permanent de l'Assemblée nationale après l'approbation du Conseil. La publication d'une législation adoptée constitue la dernière étape de cette législation matérielle. Étant approuvée et signée par le Premier ministre, une législation adoptée est directement promulguée par le Conseil ou par un département autorisé au sein du Conseil dans la « *Gazette du Conseil des affaires d'État* » et les principaux journaux nationaux et locaux.¹⁷⁸

¹⁷⁸Ibid., pp. 670 et 676.

La législation matérielle est complémentaire à la législation organique. En général, elle doit compléter une loi nationale et ne doit pas contrevenir aux dispositions de celle-ci. Pourtant, les législations adoptées par des organismes de législation matérielle ont également des effets nationaux. Selon les lois chinoises, les autorités locales ont également des pouvoirs législatifs qui tiennent compte de leurs particularités. Les législations qu'elles adoptent ont évidemment une incidence locale.

3. La législation locale.

La Chine possède 35 circonscriptions administratives, dont Hong Kong et Macau, qui constituent deux régions administratives spéciales depuis le 1^{er} juillet 1997 et le 20 décembre 1999, ainsi que l'île de Taiwan, où on applique présentement un système juridique différent de celui de la Chine continentale. Les autres circonscriptions en Chine continentale sont formées de 23 provinces, 5 régions autonomes et 4 villes relevant directement de l'autorité centrale. Pour la première fois depuis la fondation de la Chine populaire en 1949, la « Loi de la Constitution » de 1982 leur a délégué des pouvoirs législatifs dans le cadre de leurs compétences. Leurs assemblées populaires et leurs comités permanents peuvent élaborer des règlements à caractère local. Ils peuvent, dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi, adopter ou émettre des règlements, examiner ou approuver des plans d'intérêt local pour le développement économique et culturel ainsi que pour les services publics. Cependant, leurs règlements à caractère local peuvent être élaborés à condition qu'ils ne soient pas contraires à la « Loi de la Constitution », aux lois et aux règlements du gouvernement

central.¹⁷⁹

Nous signalons que la Chine étant un pays unitaire, les pouvoirs législatifs locaux ne peuvent pas s'exercer sur tous les sujets ; les autorités locales jouissent de pouvoirs législatifs limités. En ce qui concerne leurs sujets de législation, l'article 100 de la « Loi de la Constitution » ne prévoit que pour l'exécution des lois nationales, leurs adaptations aux particularités locales, ou pour le développement de lois et règlements régionaux exigés par des caractéristiques régionales spécifiques. Leur mandat doit d'abord assurer l'observation et l'application de la « Loi de la Constitution », des lois et des règlements dans leur région respective. Ainsi, la législature locale est essentiellement chargée de mettre en application les lois et les règlements promulgués par les organes législatifs supérieurs.¹⁸⁰ Nous voyons ainsi que le souci d'appliquer les lois nationales est plus important que le rôle législatif proprement dit dans la législation locale. En d'autres termes, les sujets de législation locale ne doivent concerner que l'application d'une loi nationale dans la région.

Ensuite, il faut noter que les pouvoirs législatifs locaux ne peuvent être conférés qu'aux autorités du niveau des provinces, des régions autonomes et des quatre villes relevant directement de l'autorité centrale, à l'exception de petites régions autonomes à l'échelon inférieur. La Chine possède non seulement cinq grandes régions autonomes, dont le *Tibet*, mais aussi d'autres départements ou districts autonomes qui se trouvent ailleurs, par exemple, le département autonome de nationalité coréenne de *Yanbian* se trouve géographiquement dans la province du *Jilin*, aux frontières sino-

¹⁷⁹ Art. 100 de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, op.cit., note 158, p. 125.

¹⁸⁰ Ibid., art. 99; TSIEN Tche-hao, ibid.; Perry Keller, op.cit., note 166, p. 680; Xuefeng Qi, op.cit., note 160, p. 951.

coréennes. En vertu de la « Loi de la Constitution », les assemblées populaires de ces départements ou districts autonomes détiennent aussi le pouvoir de statuer sur l'exercice de leur autonomie et sur des règlements particuliers, pourvu qu'ils soient conformes aux caractéristiques politiques, économiques et culturelles de la nationalité ou des nationalités de la région concernée. De même, celles des cantons de nationalités mineures peuvent arrêter des mesures qui tiennent compte des particularités des nationalités intéressées dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi.¹⁸¹

Enfin et selon la procédure, une législation adoptée localement, tant dans les régions autonomes que dans les provinces, a besoin de l'approbation du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale pour que ses textes puissent être mis en vigueur. Au moyen de cette approbation, ledit Comité exerce en effet les pouvoirs constitutionnels de contrôle et de révision sur les règlements non seulement du pouvoir central, mais aussi des pouvoirs locaux. Il a la capacité d'annuler les décisions à caractère local contraires à la « Loi de la Constitution », aux lois et aux règlements. Les règlements de départements ou districts autonomes ne peuvent entrer en vigueur qu'après l'approbation des comités permanents des assemblées populaires de provinces. Ils doivent aussi être soumis au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale pour que celui-ci en prenne acte.¹⁸²

En conséquence, comme la Chine est un pays unitaire, la législation locale joue un rôle beaucoup moins important par rapport à la législation nationale. Elle a une portée limitée aux besoins

¹⁸¹Ibid., art. 99 et 116; TSIEN Tche-hao, *ibid.*, pp. 125 et 128.

¹⁸²Ibid., art. 67(8) et 116; TSIEN Tche-hao, *ibid.*, pp. 119 et 128; Perry Keller, *op.cit.*, note 166, p. 685.

spécifiques de la région et elle veille à l'application régionale des lois et des règlements nationaux. Les pouvoirs législatifs locaux sont donc limités. A ce niveau, cette limitation s'explique par leur champ d'application restreint de même que par leur subordination au contrôle du pouvoir central.

Bref, le mécanisme législatif est divisé en législation organique, matérielle et locale. La première joue un rôle essentiel, la deuxième la complète pour ce qui est de son application au niveau national. Les textes adoptés par l'Assemblée populaire nationale et par son Comité permanent sont dominants en Chine. Quant à la troisième, elle est peu importante dans la structure législative. Bien que les assemblées populaires provinciales, leur comité permanent ainsi que les gouvernements provinciaux puissent tous élaborer des règlements relatifs aux affaires locales, ces derniers ne doivent pas aller à l'encontre de la « Loi de la Constitution », des lois et règlements édictés par le Conseil des affaires d'État. Par conséquent, c'est la législation nationale qui joue le véritable rôle et qui domine par rapport à la législation locale. Cela favorise sans doute l'unification des normes et des critères qui régissent sur tout le territoire chinois la concurrence dans le commerce. C'est parce que l'application des lois et des règlements nationaux a priorité sur l'application de la législation locale.¹⁸³

B. Niveau d'effets des textes.

En vertu de la « Loi de la Constitution », le système législatif actuel se divise en cinq niveaux d'organismes : (1) l'Assemblée populaire nationale et son Comité permanent, (2) le Conseil des affaires d'État, (3) les assemblées populaires provinciales et leur comité permanent ainsi que (4) les

¹⁸³Xuefeng Qi, *op.cit.*, note 160, p. 951.

gouvernements provinciaux. S'y ajoutent, un cran plus bas, (5) les assemblées populaires des départements ou districts autonomes et leurs gouvernements. Les textes adoptés par eux ont une importance de même niveau, hiérarchiquement.

Exerçant le pouvoir législatif suprême de l'État, l'Assemblée populaire nationale et son Comité permanent occupent le sommet du pouvoir législatif. Cette Assemblée a plein pouvoir pour modifier la « Loi de la Constitution » et pour voter les lois fondamentales de l'État. La « Loi sur la Banque populaire de Chine » et la « Loi sur le contentieux administratif »¹⁸⁴ ont toutes deux été adoptées par elle. Son Comité permanent a le pouvoir d'interpréter la « Loi de la Constitution », de veiller à son application et de voter les lois ordinaires d'importance nationale. La « Loi sur les banques commerciales », la « Loi sur l'assurance », la « Loi sur les valeurs mobilières »¹⁸⁵ et la « Loi sur les sociétés »¹⁸⁶ ont été ainsi adoptées par lui.

¹⁸⁴La « Loi sur le contentieux administratif de la République populaire de Chine » a été adoptée le 4 avril 1989 par la 2^e session de la 7^e Assemblée populaire nationale; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} octobre 1990; Stephen G. Wood et Liu Chong, *China's Administrative Procedure Law: An English Translation with Comments*, (Winter 1991) 43 *Administrative Law Review*, pp. 89 à 111; Xuefeng Qi, *ibid.*, p. 950.

¹⁸⁵La « Loi sur les valeurs mobilières de la République populaire de Chine » a été adoptée le 29 décembre 1998 par la 6^e session du Comité permanent de la 9^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée par le décret no. 12 du président la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} juillet 1999; *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 29 décembre 1998.

¹⁸⁶La « Loi sur les sociétés de la République populaire de Chine » a été adoptée le 29 décembre 1993 par la 5^e session du Comité permanent de la 8^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée le même jour par le décret no.16 du président de la République populaire de Chine; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} juillet 1994; *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 29 décembre 1993; Xuefeng Qi, *ibid.*

Étant l'exécutif de l'organe suprême du pouvoir d'État et l'organe administratif suprême de l'État, le Conseil des affaires d'État constitue le deuxième niveau législatif. Il a le pouvoir de proposer des lois à l'Assemblée ou à son Comité permanent. Il a également le pouvoir d'élaborer les règlements, de prendre des ordonnances et des décisions. C'est ainsi que les « Règlements relatifs à la révision administrative »¹⁸⁷ ont été adoptés par lui au mois de novembre 1990.

Chargés essentiellement de mettre en application les lois et les règlements, la législature des assemblées populaires provinciales, leur comité permanent ainsi que les gouvernements provinciaux constituent le troisième niveau législatif. Ces autorités locales peuvent également élaborer des règlements relatifs aux affaires locales selon la « Loi de la Constitution ». Pour les départements ou districts autonomes, la législation de leurs assemblées et autorités constitue le plus bas niveau législatif en Chine.¹⁸⁸

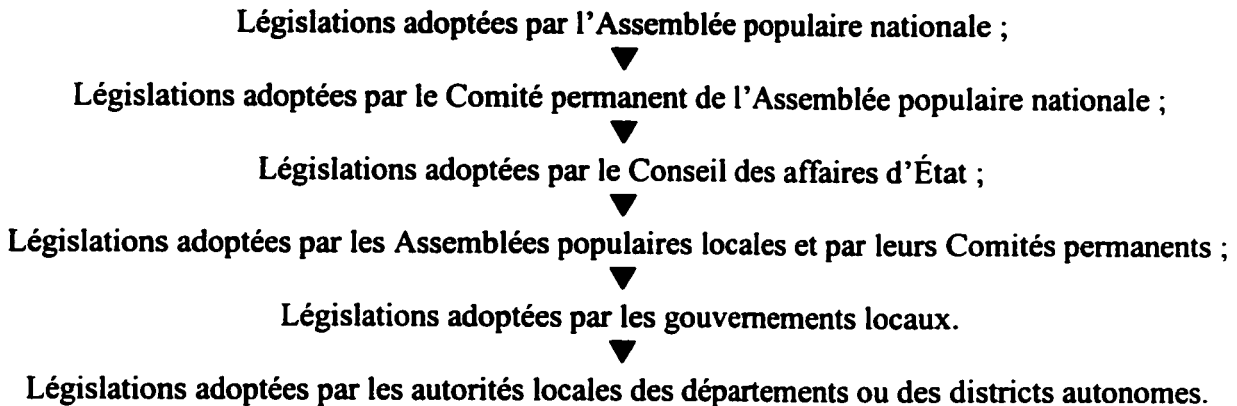
Bref, l'Assemblée populaire nationale, par son comité permanent, est l'organe suprême du pouvoir d'État. Elle exerce dans les faits le pouvoir législatif suprême de l'État et toutes les autorités

¹⁸⁷ Les « Règlements relatifs à la révision administrative de la République populaire de Chine » ont été adoptés le 9 novembre 1990 par la 71^e réunion exécutive du Conseil des affaires d'État; ils ont été promulgués le 24 décembre 1990 par le décret no. 70 du Conseil des affaires d'État; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} janvier 1991; ils ont été amendés le 2 octobre 1994 par la 24^e réunion exécutive du Conseil des affaires d'État et promulgués le 9 octobre 1994 par le décret no. 166 du Conseil des affaires d'État; sa date d'entrée en vigueur était le 9 octobre 1994; voir School of Law, University of Maryland, *Regulations on Administrative Reconsideration*, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw43.htm>>.

¹⁸⁸ Art. 95 et 99 de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, op.cit., note 158, pp. 125 à 126; Xuefeng Qi, ibid., pp. 950 à 951; Albert Hung-yee Chen, op.cit., note 8, pp. 176 et 180.

étatiques sont responsables devant elle.¹⁸⁹ Les textes qu'adoptent ces autorités ont en conséquence une relation de subordination dans l'ordre indiqué par le schéma suivant :

Schéma de subordination hiérarchique des législations adoptées



C. Le statut des traités internationaux.

La Chine n'accepte de subordonner que depuis peu certaines lois nationales aux traités internationaux. C'est pour cette raison qu'ils ne sont pas encore intégrés à la «Loi de la Constitution». Dans son préambule et ses 138 articles, celle-ci ne contient en effet pas de dispositions relatives au statut des traités internationaux. Cependant, le droit international a acquis un certain statut dans le système juridique chinois depuis la refonte du droit chinois en 1979. Il est pris en compte dans certaines lois et dans plus de sept cents livres et articles le concernant, et qui ont été publiés en Chine durant la seule période de 1979 à 1984. Par exemple, le développement du droit international privé en Chine confirme la théorie générale concernant le règlement de conflits des lois. Ainsi, le droit

¹⁸⁹Ibid., art. 57 et 58; TSIEN Tche-hao, *ibid.*, p. 117; Xuefeng Qi, *ibid.*, p. 950.

international est reconnu comme sources juridiques en Chine.¹⁹⁰

En Chine, les traités internationaux orientent les lois domestiques et peuvent s'y superposer.¹⁹¹ Nous pouvons nous en apercevoir dans d'importantes disciplines du droit chinois. Le système juridique chinois est essentiellement constitué de textes civils, administratifs et pénaux. Nous pouvons y observer l'harmonisation des lois intérieures aux traités internationaux.

1. Dans le domaine civil

Le droit civil chinois est vaste. Il a incorporé le droit économique il y a peu de temps. En tant que branche autonome du droit, le droit économique n'a été reconnu que depuis quelques années. Considéré isolément le droit économique ne régularise que les relations de contrats individuels et de coopération économique. Par contre, le droit civil contient des règles qui régissent les rapports économiques entre l'État, les unités économiques et les individus.¹⁹² Dans ce sens, nous estimons que le marché financier chinois est davantage régi par le droit civil, puisque les relations entre l'État, les unités économiques et les individus vont au-delà des contrats et des relations économiques dans ce marché.

¹⁹⁰Hungdah Chiu, *Chinese Views on th Sources of International Law*, (Spring 1987) 28 *Harvard International Law Journal* 2, pp. 289 à 290; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, pp. 104 à 105; Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 103; Dominique T.C. Wang, *op.cit.*, note 159, p. 22.

¹⁹¹Albert Hung-yee Chen, *ibid.*

¹⁹²*Ibid.*, p. 190; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 90; Dominique T.C. Wang, *op.cit.*, note 159, p. 94.

Mais à ce jour, la Chine n'a pas encore adopté le projet de code civil dont l'élaboration est toujours en cours. On prévoit un délai assez long avant qu'il puisse être adopté. Tenant lieu de code civil, les « Principes généraux du droit civil »¹⁹³ sont actuellement en vigueur. L'actuelle période de transition économique en Chine explique leur contenu relativement sommaire. Ils sont plutôt complémentaires à d'autres lois existantes. Néanmoins, ils couvrent pratiquement tous les aspects d'un code civil classique.¹⁹⁴

Pour la première fois dans le système juridique chinois, les « Principes généraux du droit civil » ont en 1986 entériné la prépondérance des traités internationaux sur les lois civiles domestiques. D'une manière claire et nette, leur article 142 stipule que :

« ... dans l'hypothèse où un traité international auquel la République populaire de Chine a adhéré en tant que pays signataire ou pays participant comporte des dispositions différentes du droit civil de la République populaire de Chine, les dispositions dudit traité seront applicables, sauf celles sur lesquelles la République populaire de Chine aurait fait des réserves ».¹⁹⁵

Cette prépondérance se manifeste aussi, en cas d'absence de dispositions appropriées dans le domaine civil, par l'application du droit coutumier international. À cet égard, nous pouvons trouver

¹⁹³Les « Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine » ont été adoptés le 12 avril 1986 par la 4^e session de la 6^e Assemblée populaire nationale; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} janvier 1987; Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 1053-.

¹⁹⁴Jingzhou Tao, op.cit., note 159, p. 55; Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, pp. 94 à 95.

¹⁹⁵Art. 142 des « Principes généraux du droit civil »; Ralph H. Folsom and John H. Minan, op.cit., note 193, p. 1074; Jingzhou Tao, ibid., p. 105.

deux conditions pour appliquer le dernier dans le domaine civil : l'absence de dispositions sur un sujet donné à la fois dans la loi chinoise et dans les traités internationaux auxquels la Chine a adhéré.¹⁹⁶

Promulguée à titre expérimental en mars 1982, la « Loi sur la procédure civile »¹⁹⁷ a été pour la première fois modifiée en 1991. Elle constitue une des lois fondamentales de l'État et permet l'application des lois économiques, administratives et sociales. Correspondant aux « Principes généraux du droit civil », elle prévoit également la même prépondérance.¹⁹⁸ Le marché financier chinois est donc affecté par l'inspiration internationale de ces lois civiles, par exemple, la « Loi sur les banques commerciales » prévoit maintenant certaines poursuites civiles à l'égard d'activités illégales d'une banque tant chinoise qu'étrangère.¹⁹⁹

¹⁹⁶Ibid.

¹⁹⁷Promulguée en octobre 1982, la « Loi sur la procédure civile de la République populaire de Chine » a été modifiée le 9 avril 1991 par la 4^e session de la 7^e Assemblée populaire nationale ; elle a été promulguée le même jour par le décret no.44 du président de la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était le même jour ; Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 1023-.

¹⁹⁸Art. 189 de la « Loi sur la procédure civile » ; Jingzhou Tao, op.cit., note 159, p. 76 ; Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, pp. 95 à 96.

¹⁹⁹Art. 73 de la « Loi sur les banques commerciales ».

2. Dans le domaine administratif

La notion chinoise de droit administratif est très récente. Jusqu'à nos jours, ce droit est resté non codifié. Mais en Chine, il est en général composé des règles relatives à la structure administrative, à la fonction publique et au contentieux administratif. Il doit régir à la fois les relations entre les organisations nationales et locales, entre les organisations et leurs agents et enfin entre les organisations et leurs administrés.²⁰⁰

En tant que moyen de révision d'une mesure administrative, le processus est soumis à la « Loi sur le contentieux administratif » depuis le mois d'octobre 1990. Suivant en cela l'exemple des «Principes généraux du droit civil» et de la « Loi sur la procédure civile », la « Loi sur le contentieux administratif » prévoit également cette prépondérance.²⁰¹ Et il serait étonnant d'y voir des dispositions différentes le jour où le droit administratif sera codifié. La prédominance des traités internationaux sera sans doute confirmée dans le futur code administratif. Nous estimons qu'une loi substantielle qui ne concorderait pas avec sa loi de procédure établie produirait un régime pour le moins boiteux.

En ce qui concerne le marché financier chinois, c'est le contentieux administratif qui nous intéresse le plus, parce qu'il reflète essentiellement les relations du gouvernement central vis-à-vis ses

²⁰⁰Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 84; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 204.

²⁰¹Art. 72 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 110; Jie Huang, *Explications de la Loi sur le contentieux administratif (Xing Zheng Su Song Fa Shi Lun)*, Beijing, Presse de l'Université des policiers populaires de Chine, 1989, p. 156; Jingzhou Tao, *ibid.*; Albert Hung-ye Chen, *ibid.*, p. 182.

administrés financiers. L'autorité de supervision dans ce marché est la Banque populaire de Chine, quant à ses administrés, il s'agit de toutes les institutions ou entreprises financières tant chinoises qu'étrangères.

3. Dans le domaine pénal

En Chine, le régime socialiste, par sa nature, a nécessairement construit son droit pénal en fonction de sa perception des choses et de ses besoins, et de ce fait, s'est longtemps retrouvé relativement en marge de la communauté internationale. Récemment, les réformes dudit droit le rendent de plus en plus conforme aux normes internationales. Par exemple, le « Code pénal »²⁰² et la « Loi sur la procédure pénale »²⁰³ ont introduit certaines notions généralement communes à l'échelle internationale. Ils remplacent désormais l'expression « crimes contre-révolutionnaires » par celle de « crimes mettant en danger la sécurité nationale », entre autres.²⁰⁴

²⁰²Le « Code pénal de la République populaire de Chine » a été adopté le 1^{er} juillet 1979 par la 2^e session de la 5^e Assemblée populaire nationale ; il a été amendé le 14 mars 1997 par la 5^e session de la 8^e Assemblée populaire nationale et promulgué le même jour par le décret no. 83 du président de la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} octobre 1997 ; Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 995-; Charles D. Paglee, *Criminal Law of the People's Republic of China*, University of Maryland, School of Law, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw60.htm>>.

²⁰³La « Loi sur la procédure pénale de la République populaire de Chine » a été adoptée le 1^{er} juillet 1979 par la 2^e session de la 5^e Assemblée populaire nationale; elle a été amendée le 17 mars 1996 par la 4^e session de la 8^e Assemblée populaire nationale ; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} janvier 1997 ; Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 969-; *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 17 mars 1996.

²⁰⁴Pour les « *Crimes of Counterrevolution* », voir le premier chapitre de la deuxième partie intitulée « Dispositions spéciales » dans le « Code pénal » ; Ralph H. Folsom and John H. Minan,

Quant au rôle des traités internationaux dans le domaine pénal, l'ancien code pénal chinois de 1979 était muet. Pour la première fois, le nouveau code de 1997 a introduit des dispositions relatives aux relations entre les traités internationaux et ledit Code :

« This law is applicable to the crimes specified in international treaties to which the PRC is a signatory state or with which it is a member and the PRC exercises criminal jurisdiction over such crimes within its treaty obligations ».²⁰⁵

Certains principes sont communs à la procédure civile et à celle pénale. Les procédures civile et pénale doivent être munies de semblables dispositions à l'égard du statut des traités internationaux.²⁰⁶ La « Loi sur la procédure pénale » a évidemment pour objet de garantir l'application du « Code pénal ». Elle stipule aussi l'importance des traités internationaux. En vertu des traités internationaux auxquels la Chine a adhéré, ou en tant que pays signataire ou participant, ou sur la base d'avantages mutuels, les autorités juridictionnelles chinoises et étrangères peuvent mutuellement demander l'entraide judiciaire pénale.²⁰⁷

En Chine, le « Code pénal » ne traite que des infractions graves ou des crimes. Pour son marché financier, il divise les activités financières pour la première fois en deux sections distinctes. Dans la

ibid., p. 1008 ; pour les « *Crimes of Endangering National Security* », voir le premier chapitre de la deuxième partie « Dispositions spéciales » dans le nouveau code ; Charles D. Pagle, op.cit., note 202.

²⁰⁵ Art. 9 du « Code pénal » de 1997; Charles D. Pagle, ibid.

²⁰⁶ Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, p. 88; Jingzhou Tao, op.cit., note 159, p. 75.

²⁰⁷ Art. 17 de la « Loi sur la procédure pénale » de 1997.

deuxième partie des dispositions spécifiques de ce nouveau Code, nous pouvons trouver au troisième chapitre les infractions contre l'ordre économique du marché socialiste. Ce chapitre est divisé en deux sections spéciales relatives aux activités financières. Elles sont consacrées, l'une à des infractions contre l'ordre administratif financier, et l'autre à l'escroquerie financière. Elles fournissent la substance des critères juridiques pour la punition de ces infractions financières.²⁰⁸

Ainsi, les dispositions du droit civil et administratif ont nettement marqué la prépondérance des traités internationaux dans leur domaine. Bien que le « Code pénal » et la « Loi sur la procédure pénale » n'aient pas clairement indiqué cette prééminence des traités internationaux sur le droit pénal domestique, elles la sous-entendent néanmoins en considérant les traités internationaux comme une source légitime de droit pénal. Tout cela, bien sûr, en tenant compte de la position particulière de la Chine.

Cette reconnaissance implicite du droit international constitue un apport non seulement à l'avancement du droit pénal, mais également à celui du droit administratif qui régit le règlement des litiges dans le marché financier, puisque les procédures administratives en Chine sont très peu différentes de celles pénales. Il s'agit là d'un particularisme unique au droit chinois. À défaut de code administratif, les sanctions administratives prennent une forme de sanctions quasicriminelles. Pour ces raisons, la « Loi sur les banques commerciales » prévoit une série de poursuites pénales en plus des sanctions administratives prévues à l'égard de certaines activités illégales d'une banque tant

²⁰⁸Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 69; Voir aussi les 4^e et 5^e sections du 3^e chapitre dans la 2^e partie du « Code pénal » de 1997.

chinoise qu'étrangère.²⁰⁹

Depuis que la Banque populaire de Chine s'est vue assigner le rôle d'autorité de supervision dans le marché financier, il lui manquait des normes et des critères spécifiques pour mener à bien cette supervision. Les interventions de cette banque centrale se confrontaient souvent aux moyens modernes et aux pratiques internationales.²¹⁰ Par conséquent, des textes de loi adaptés à ces nouvelles conditions et des règles de procédures appropriées sont nécessaires pour corriger ces structures un peu désuètes.

Pour soutenir un développement harmonieux du marché financier, le législateur chinois s'est engagé de plus en plus dans l'élaboration d'une législation financière plus sophistiquée. Depuis les réformes économiques, la Chine a adopté une longue série de textes concernant les services financiers.

Liste de textes législatifs en anglais sur les services financiers

- 1977 State Council's Regulations for Administering and Strengthening the functions of Banks;
- 1980 Bank of China Regulations;
- 1981 Economic Contract Law (amended 1993);
- 1983 State Council's Decision Requiring People's Bank of China to Perform the Functions of the Central Bank;
- 1983 Regulation of Contracts on Property Insurance;
- 1985 Interim Regulations on Management of Insurance Enterprises;
- 1986 Interim Banking Control Regulations of the PRC;
- 1986 Provisional Regulations of the State Council on the Administration of Banks;

²⁰⁹Art. 74, 76 et 79 à 84 de la « Loi sur les banques commerciales »; Albert Hung-yee Chen, op.cit., note 8, p. 205.

²¹⁰Guiguo Wang et Stephen Foo, op.cit., note 6, p. 24.

1991 Administrative Measures of the People's Bank of China on the Establishment of Resident Representative Offices by Foreign Financial Institutions in China;
1992 China Maritime Law;
1992 Provisional Measures to Administer Foreign Invested Insurance Companies in Shanghai;
1993 State Council's Decision on Financial Structure Reform;
1994 PRC, Company Law;
1995 PRC, People's Bank of China Law;
1995 People's Bank of China, General Lending (Trial Implementation) Provisions;
1995 PRC, Commercial Banking Law;
1995 PRC, Negotiable Instruments Law;
1995 PRC, Insurance Law;
1995 PRC, Guarantee Law.²¹¹

S'ajoute à cette liste, la « Loi sur les valeurs mobilières », adoptée au mois de décembre 1998 et dont la date de mise en vigueur est le 1^{er} juillet 1999. Avant cette loi, la Chine avait déjà établi un cadre juridique dès 1990 pour réglementer de façon stricte les activités sur les valeurs mobilières. Les règlements provisoires sur l'assurance et les transactions de valeurs mobilières de 1993 étaient applicables. En conformité avec les pratiques internationales, la Chine avait aussi créé, à partir de 1992, un Comité de supervision sur les activités des valeurs mobilières. Mais comme ce secteur demeure un domaine encore expérimental, les pouvoirs de supervision de ce comité restent symboliques et à développer davantage. À vrai dire, la Banque populaire de Chine exerce en fait les pouvoirs de supervision à sa place actuellement.²¹²

²¹¹Source: D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 148, note 2, p. 201; Ian Lancaster, *op.cit.*, note 10, pp. 2 à 3.

²¹²William D. Holmes, *China's Financial Reforms in the Global Market*; (1997) 28 *Law & Policy in International Business*, p. 748; Fang Liu-Fang, *op.cit.*, note 156, p. 897.

Amendés à de nombreuses reprises, ces textes régissent actuellement le marché financier. Beaucoup de travail législatif a été fait à cet égard en 1995. Cette année-là, le législateur et le gouvernement chinois ont adopté cinq lois et un règlement (*People's Bank of China Law, Commercial Banking Law, Negotiable Instruments Law, Insurance Law, Guarantee Law*, et *People's Bank of China, General Lending <Trial Implementation> Provisions*). La législation financière a été adoptée pour se conformer au cadre législatif international. La Chine comprend que l'intégration aux structures internationales de son marché financier constitue une condition incontournable pour continuer à profiter des investissements étrangers.²¹³

Parmi les lois adoptées en matière financière, la « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales », la « Loi sur l'assurance » et la « Loi sur les valeurs mobilières » constituent le cadre législatif fondamental du marché financier. Elles mettent en place un système de macro-contrôle financier dont l'axe principal est la Banque populaire de Chine. Elles améliorent aussi les conditions du marché indispensables au développement économique continu. Elles encouragent la concurrence tout en accordant les garanties d'usage.²¹⁴

III. Principes généraux du commerce international des services.

Selon l'article III de l'AGCS, l'obligation d'assurer la transparence de la réglementation intérieure s'entend essentiellement de la publication des mesures qui affectent le commerce des services. Pour

²¹³D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 148, p. 202; Ian Lancaster, *op.cit.*, note 10, p. 2.

²¹⁴Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 32; Matthew Cosans Freshfieldes, *China's Regulations Prepare for Capitalist Banks*, (January 1996) *International Financial Law Review*, p. 11.

tous les pays membres de l'AGCS, la publication de toutes les lois et de tous les règlements est nécessaire dans la mesure où ils affectent le commerce des services. En Chine, la « Loi sur le commerce extérieur »²¹⁵ énonce les principes généraux dudit commerce. Nous analyserons essentiellement son chapitre IV qui traite spécifiquement des dispositions sur lesdites activités.

Nous savons qu'une croissance rapide économique s'est enclenchée en Chine à partir de 1979 lorsque le gouvernement chinois a pris la décision d'ouvrir la Chine à l'extérieur. La Chine a alors entrepris de vastes réformes qu'elle met en application notamment au niveau de la libéralisation des marchés. Il s'agissait d'une stratégie de libéralisation économique visant à l'intégrer à l'économie mondiale. Cette intégration dans l'économie mondiale au cours des prochaines décennies pourrait présenter bien des avantages, tant pour la Chine elle-même que pour l'économie mondiale.

Une telle coopération sur le plan des marchés constitue une occasion sans précédent d'accélérer l'intégration de l'économie intérieure chinoise et ouvre la voie à un nouveau renforcement de l'interdépendance internationale. Mais les progrès dans cette voie supposent toutefois que la Chine mette en oeuvre des réformes permettant l'introduction stimulante des mécanismes du marché qui aboutissent à la mise en place d'une réglementation encourageant la transparence et la prévisibilité. C'est parce que le cadre juridique actuel en Chine n'est guère adapté à une économie en rapide expansion et en processus d'internationalisation ; mais il évolue chaque jour, poussé par les mécanismes du marché, qui s'installent de toute façon. Il importe que la Chine instaure un régime

²¹⁵La « Loi sur le commerce extérieur de la République populaire de Chine » a été adoptée le 12 mai 1994 par la 7^e session du Comité permanent de la 8^e Assemblée populaire nationale ; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} juillet 1994 ; *Journal du Peuple* du 12 mai 1994 ; le texte de cette loi en anglais figure à l'Annexe III de la présente thèse.

commercial cohérent, tourné vers le marché. La croissance économique devrait permettre l'établissement d'une cohésion entre les méthodes chinoises de régulation économique et les règles du jeu qui prévalent dans le commerce au niveau international.²¹⁶

A. Aperçu de la « Loi sur le commerce extérieur ».

Les efforts chinois pour s'insérer dans la société économique internationale ont commencé en 1979, à l'époque des réformes économiques et d'ouverture. Ils se sont accentués au moment des négociations du Cycle de l'Uruguay en 1986. La « Loi sur le commerce extérieur », adoptée en 1994, a eu évidemment pour objectif l'intégration de la Chine au GATT puis à l'OMC à partir de 1995. La Chine estimait crucial que ses pratiques commerciales soient ajustées aux règles et procédures internationales de façon à être acceptée au sein de l'OMC. L'adoption de cette législation aurait pu répondre aux exigences des « règles commerciales et des engagements raisonnables ».²¹⁷

La Chine a adopté cette loi afin de développer ce genre de commerce, de maintenir l'ordre à l'intérieur de ses frontières et de promouvoir un sain développement de l'économie de marché socialiste. Ses dispositions s'appliquent à toutes les activités du commerce extérieur. Selon elles, le terme de « commerce extérieur » s'entend des importations et des exportations de marchandises et de techniques ainsi que des activités du commerce international des services. Nous devons signaler

²¹⁶Bing Wang, *China's New Foreign Trade Law : Analysis and Implications for China's GATT Bid*, (Spring 1995) 28 *The John Marshall Law Review* 3, p. 496; Barrie Stevens, *La Chine à l'aube du 21^e siècle*, (août-septembre 1996) *Observateur de l'OCDE* 201, pp. 28 à 32.

²¹⁷Kui Hua Wang, *The Emergence of China's Foreign Trade Law and its Impact on Sino-Australian Trade*, (October 1996) 24 *Australian Business Law Review* 5, p. 374.

que par les dispositions de son chapitre IV, cette loi constitue la première législation adoptée en Chine pour réglementer les activités de ce commerce. Et surtout, c'est elle qui a établi les principes du développement de ce commerce. Or, elle n'a pas défini précisément l'expression « commerce international des services ». Celle-ci est une notion toute nouvelle et d'un usage trop récent pour qu'il soit possible aux Chinois de fixer dans une loi une définition claire sur un sujet d'un domaine encore embryonnaire. En général, on considère qu'il s'agit des activités de service traditionnelles chinoises (toute industrie tertiaire à l'exception de la construction) avec celles du domaine de la construction et l'ajout de l'adjectif « international » permettrait de distinguer les activités de service traditionnelles habituelles en Chine de celles prévues sous les dispositions du cadre de l'AGCS.²¹⁸

À la place du terme moderne de « commerce international de services », les Chinois ont accepté depuis longtemps la notion d'« industrie tertiaire » pour désigner les activités de services. Cette industrie comprend les activités de tourisme, transport, consultations, télécommunications, finances et assurance.²¹⁹ Considérées comme une forme de profession autonome, les activités de la construction ne sont pas incluses dans le concept de l'industrie selon les économistes et les intellectuels chinois. Puisque les bâtiments construits sont des produits matériels et visibles, le classement de la construction devrait relever de l'industrie manufacturière, et se situer dans le deuxième secteur de l'économie. Mais en réalité, l'entrepreneur des travaux de construction n'est pas en général le propriétaire des matières de construction ni des bâtiments construits. Du point de vue commercial, les droits de propriété n'ont pas changé de mains après cette transaction et le

²¹⁸ Art. I et II de la « Loi sur le commerce extérieur »; Kui Hua Wang, *ibid.*, p. 366.

²¹⁹ Bing Wang, *op.cit.*, note 216, p. 518; Kui Hua Wang, *ibid.*

constructeur ne fournit que des services de construction qui, par eux-mêmes, constituent un processus intangible. C'est la raison pour laquelle la portée de l'AGCS inclut la construction. La Chine ayant signé l'AGCS, elle doit désormais s'aligner sur la notion du commerce des services définie par cet accord en y incluant les activités de la construction.

B. L'autorité centrale compétente.

Le commerce international des services affecte au moins une douzaine de secteurs de services définis par l'OMC. Avant la législation adoptée de la « Loi sur le commerce extérieur », les activités de ce commerce en Chine ont été administrées isolément par les ministères ou comités concernés au sein du Conseil des affaires d'État et par les gouvernements locaux. Chaque ministère ou comité ou gouvernement local a adopté, selon le cas, ses propres décisions et mesures sur ces activités dans son domaine ou sur son territoire. Une grande diversité de réglementations en a résulté. À la place d'une loi nationale, de nombreux documents internes et mesures ont envoyé les partenaires commerciaux étrangers errer dans des dédales législatifs et administratifs inextricables. Cette diversité a pour le moins entraîné des conditions inégales d'accès aux marchés chinois pour les fournisseurs de services étrangers. D'ailleurs, aucune autorité responsable n'existait au plan national pour recueillir des données statistiques de chaque secteur de services et diriger des recherches d'ensemble sur le développement de cette industrie.²²⁰

²²⁰Bing Wang, *ibid.*, pp. 518 à 519.

La Chine étant un pays unitaire, il lui paraît indispensable d'uniformiser le système de réglementation desdites activités au niveau national, compte tenu cependant des éléments inconciliables.²²¹ Justement, la « Loi sur le commerce extérieur » établit un tel système. Elle a unifié toutes les réglementations existantes au plan national, départemental et régional et nous pouvons y trouver les dispositions et règles commerciales mondialement reconnues. Son article IV prévoit que l'État applique un système unifié de réglementation des activités du commerce avec l'extérieur et maintient légalement l'ordre équitable et libre de ces activités. L'équité et la liberté des activités commerciales constituent en effet l'essence des règles du marché. Ces principes sont maintenus et protégés par la loi en Chine, puisque la Chine applique actuellement les politiques du marché *socialiste* dans les domaines économiques et commerciaux selon l'article 15 de la « Loi de la Constitution ». Le terme « légalement » quant à lui comporte deux significations. Il exige que tous agissent dans un cadre juridique, tant (1) les agents qui exercent ces activités que (2) les autorités qui administrent et supervisent ces activités. Ce terme a un sens particulièrement important au cours de la période actuelle de transition en Chine, d'une économie planifiée à une économie de marché. Les interventions étatiques, notamment administratives, contrôlent encore et de façon considérable les activités économiques et commerciales, puisque la Chine n'a pas l'habitude des politiques de marché libre, qui ont cours dans les pays occidentaux. Ce genre d'interventions pourrait nuire aux principes d'équité et de liberté. Cependant, l'État utilise la loi pour encadrer les pouvoirs de la réglementation et prévoir les sanctions des abus de ces pouvoirs ainsi que les recours au requérant lésé par ces abus. Par conséquent, l'ordre équitable et libre des activités économiques et commerciales peut être maintenu et garanti grâce à la transparence de la réglementation en vertu des

²²¹Ibid., p. 495; Kui Hua Wang, op.cit., note 217, p. 359.

textes législatifs.

L'article XXVI de la « Loi sur le commerce extérieur » prévoit quelle autorité est chargée, au sein du Conseil des affaires d'État, de réglementer les activités du commerce de services. Il s'agit du *Ministère de l'économie et du commerce en coopération avec l'étranger* (Website <http://www.moftec.gov.cn>) ; c'est la seule autorité centrale compétente pour administrer l'ensemble des activités du commerce extérieur. En accordant ainsi pleine compétence à une seule autorité centrale, cet article favorise et facilite la transition actuelle d'une économie planifiée à une économie de marché avec les moyens de macro-contrôle.²²²

Par l'expression « d'autres départements gouvernementaux concernés » on entend d'autres ministères ou comités au sein du Conseil qui sont chargés de réglementer, dans un domaine spécifié, les activités de ce commerce, comme la Banque populaire de Chine. Ils peuvent aussi être les ministères des Finances, du Transport, des Poste et télécommunication, etc. Ils administrent, sous les directives du *Ministère de l'économie et du commerce en coopération avec l'étranger*, divers types d'activités du commerce selon leur mandat et leurs fonctions.

Bref, c'est la première fois en Chine que le commerce de services est régi par une loi nationale, la « Loi sur le commerce extérieur ». Cette dernière est cruciale pour le développement de ce commerce en Chine. Elle unifie les réglementations sur les activités de services, fournit une base légale à respecter, des critères et des procédures plus transparents à suivre et des conditions explicites à

²²²Bing Wang, *ibid.*, p. 501.

remplir pour l'exercice des activités dudit commerce. Elle diminue aussi le rôle des barrières non-tarifaires qui causent souvent des obstacles à la libéralisation. Elle peut faire franchir une autre étape à la Chine et l'amener à se rapprocher des pratiques commerciales internationales. L'adhésion à l'OMC est essentielle pour la réintégration de la Chine dans le monde des échanges internationaux.²²³

C. Le développement du commerce international des services.

La Chine s'est beaucoup intéressée à toutes les phases de négociations depuis le début du Cycle de l'Uruguay en 1986 à *Punta del Este* et y a participé. Elle a signé, à la fin de ce cycle en 1994, le texte intégral final, intégrant l'AGCS.²²⁴ Comme membre du dernier, la Chine n'a pas hésité à adopter une politique nationale de développement et à ouvrir son marché.

Pourtant, tenant compte des conditions prévalant chez elle, la Chine ouvre ses marchés avec précaution en sélectionnant des secteurs de services et en maîtrisant la procédure d'ouverture du marché de ces secteurs. En d'autres termes, l'ouverture de ce marché ne peut pas être immédiate ni générale. Elle doit en effet se faire sous certaines conditions et d'une façon progressive. Nous estimons que cette attitude est acceptable selon les dispositions sur la libéralisation progressive de l'AGCS. Selon les conditions réelles de l'industrie de services en Chine et leur ordre d'importance, la Chine a décidé d'ouvrir dans une première étape son marché financier, ceux des assurances et des

²²³Ibid., pp. 495, 521 à 525; Kui Hua Wang, op.cit., note 217, p. 359.

²²⁴Bing Wang, ibid., p. 520.

consultations juridiques.²²⁵ Nous pouvons citer trois principales raisons sur les plans idéologique, économique et politique pour lesquelles la Chine ne peut pas ouvrir d'un coup son marché.

D'abord, influencée par le marxisme, la Chine a longtemps traité l'industrie des services comme une industrie « non-productive » dont on n'avait pas à tenir compte dans l'économie chinoise. Prenant une place moins visible, moins concrète dans l'économie, de nombreux chinois en négligent les retombées et refusent l'ouverture de ce marché. Cette idéologie constitue encore un obstacle pour ouvrir ledit marché d'une façon générale et immédiate. Ensuite, la Chine se trouve actuellement dans une période de transition économique allant d'un système planifié à celui de marché. L'ancien système économique a déjà été abandonné, mais le nouveau système n'est pas encore complètement implanté et est loin d'être aussi élaboré que dans les pays industrialisés. Beaucoup de secteurs importants des services sont encore sous le contrôle du gouvernement, comme le transport, le tourisme, la poste et les télécommunications. Il faudra du temps pour que cette transition soit menée à terme.²²⁶ Enfin, parce que nous sommes encore au début de cette période de transition économique, le niveau général de développement de l'industrie des services est encore peu important en Chine. Beaucoup de secteurs de cette industrie commencent à peine à s'établir. Naissantes, ces industries sont trop faibles pour concurrencer les entreprises transnationales. La Chine juge nécessaire de les protéger et de garantir leur développement.

²²⁵Ibid., pp. 518 à 519.

²²⁶Ibid., pp. 518, 527 à 528, 537; Kui Hua Wang, op.cit., note 217, p. 366.

Le faible niveau de développement peut aussi être perçu comme le résultat du faible revenu généré par l'industrie des services dans le PNB, du volume insignifiant des activités de même que de l'hétérogénéité du développement des secteurs de services en Chine. D'abord, la proportion du PNB qu'occupent les revenus des industries de services est non seulement très inférieure à celle des pays industrialisés, mais même inférieure à la proportion moyenne dans les pays en développement. A la fin des années 80, elle était supérieure à 60% dans les pays à haut revenu, autour de 50% chez les pays à revenu moyen et 31% dans les pays à bas revenu. Mais elle n'était que d'environ 27% en Chine. Ensuite, le volume des activités dudit commerce n'est pas important en Chine, par exemple, ses exportations de services constituaient moins de 1% de celles mondiales en 1987.²²⁷ D'après les « *Statistiques de balance internationale des paiements 1984* », publiées par le Fonds monétaire international, le montant total dudit commerce de la Chine n'était que de 7 493 milliards \$US en 1984, dont 4 819 milliards \$US en exportations et 2 674 milliards \$US en importations. Bien qu'en 1989, il ait été augmenté à 12.1 milliards \$US, dont 6.8 milliards \$US en exportations et 5.3 milliards \$US en importations, toujours selon la même source d'information, nous observons tout de suite une diminution importante de la proportion des exportations, qui est passée de 13.8% en 1984 à 12.5% en 1989. La proportion moyenne des services dans le PNB a aussi baissé de 3% en 1984 à 2.8% en 1989. Pourtant, celle de marchandises est passée, elle, de 8.3% en 1984 à 12.5% en 1989. Cette analyse des statistiques nous montre que l'importance de ce commerce dans l'économie chinoise a diminué pendant cette période-là.

²²⁷Bing Wang, *ibid.*, p. 518.

Enfin, tous les secteurs de services en Chine ne sont pas au même niveau de développement. Certes, ceux du tourisme, du transport maritime et de la construction progressent plutôt bien par rapport aux autres. Mais certains en sont à peine à leurs débuts, comme les études d'avocats, la comptabilité, la location, la consultation, l'immobilier, sans parler de ceux qui restent encore intégralement monopolisés par le gouvernement, tels que le transport aérien, la radiodiffusion, la poste et les télécommunications dont les marchés demeurent complètement fermés à la concurrence étrangères.

De toute façon, si le développement de ce commerce et l'ouverture du marché constituent le principe de base, certaines conditions d'ouverture en font une mesure d'exception. Cette politique nationale a été exprimée d'une manière explicite dans la « Loi sur le commerce extérieur ». Son article XXII prévoit que l'État a pour objectif de promouvoir le développement progressif du commerce international des services.²²⁸ Cette disposition a une double signification. D'une part, elle préconise le développement de ce commerce et de l'ouverture du marché. Nous estimons que cette attitude est sérieuse et définitive, tenant compte que l'intégration au système mondial du commerce des services est conforme aux intérêts tant de la Chine que du reste du monde. D'autre part, elle établit certaines conditions au commerce. Compte tenu du faible niveau de développement en Chine, il y a énormément de difficultés à donner un accès sans restrictions aux marchés chinois. L'ouverture sera donc graduelle.²²⁹

²²⁸ Art. XXII de la « Loi sur le commerce extérieur ».

²²⁹ Bing Wang, *op.cit.*, note 216, p. 526.

Un développement « progressif » se fait évidemment en fonction d'un plan sur la marche à suivre et d'un ordre dans l'importance des secteurs. C'est avec réticence que l'on impose des restrictions, même des interdictions afin de contrôler l'évolution de cette ouverture. Celle-ci se fait étape par étape, pas à pas.²³⁰ Elle peut à la fois affecter (1) les régions où les activités dudit commerce sont permises, (2) les secteurs dont le marché est ouvert et (3) les contenus de ces activités dont l'exercice est accordé ou autorisé par le gouvernement.

Du point de vue géographique, l'ouverture commence dans des régions dont l'économie est relativement développée, telles que celles côtières du sud-est. Par exemple, selon les « Solutions provisoires de l'exploitation des terrains en grosses parcelles par les commerçants étrangers avec l'investissement étranger », promulguées par le Conseil des affaires d'État, les étrangers peuvent exercer cette exploitation et l'investissement dans les secteurs de services. Mais cette ouverture est actuellement confinée aux régions économiques spéciales qui se trouvent en général dans les régions côtières du sud-est. Nous examinons un autre exemple des limites régionales. Selon les « Règlements relatifs à l'administration des entreprises de publicité étrangères », promulgués aussi par ledit Conseil en 1991, la Chine permet aux entreprises jouissant d'une solide réputation internationale de créer des entreprises en joint-ventures, avec des entreprises chinoises, mais sous certaines conditions. Le siège de ces entreprises ne peut se situer évidemment que dans les grandes villes où l'économie est bien développée.

²³⁰ Art. XXII de la « Loi sur le commerce extérieur »; Bing Wang, *ibid.*, p. 519.

Du point de vue sectoriel, l'ouverture du marché débute par les secteurs qui sont relativement compétitifs au plan international, comme le secteur financier. Dans le cadre du développement du quartier financier de *Putong*, un nouveau quartier spécial à *Shanghai*, la Chine a accordé au moins deux traitements de faveur à des fournisseurs de services étrangers. Elle a d'abord permis à des commerçants étrangers d'y exploiter des magasins et des supermarchés, puis, aux banquiers étrangers d'y s'établir, comme des banques ou des compagnies d'assurance.

Quant au contenu desdites activités, il s'agit aussi d'une nécessité d'ouverture progressive du marché. Selon les «Règlements relatifs à l'administration des institutions financières étrangères», promulgués le 25 février 1994 par le Conseil des affaires d'État, les échanges des banques étrangères en Chine ne doivent se faire qu'en devises étrangères et que dans les treize grandes villes côtières, y compris *Beijing*, capitale de la Chine et *Shengyang*, chef-lieu de la province de *Liaoning* au Nord-est de la Chine. Ces règlements leur interdisent les échanges financiers en monnaie chinoise. Néanmoins, les dispositions à cet égard semblent s'assouplir, au fur et à mesure du gain de compétitivité des banques chinoises dans le marché et le gouvernement chinois commencerait à autoriser à certaines banques étrangères à transiger en monnaie chinoise.²³¹ Il les évalue selon trois catégories : « A », « B » et « C ». Dans cette gamme, la catégorie « A » est celle de départ, la catégorie « C », la plus haute. Leur accord au traitement national en Chine dépend de leur niveau. Plus la catégorie est haute, plus les banques étrangères ont des permissions. Alors, non seulement les banques étrangères ne se trouveraient pas toujours sur le même pied que les banques chinoises, mais

²³¹Bing Wang, *ibid.*, pp. 519 à 520.

ne le sont pas entre elles non plus face à ces règlements.²³² Celles de la catégorie « A » ne peuvent, en principe, transiger en monnaie chinoise que pour des opérations transfrontalières, par exemple, pour des questions de liquidités internationales et l'échange de devises. Celles de « B » possèdent une permission limitée à transiger en monnaie chinoise. En plus des permissions accordées à celles de « A », les « B » peuvent, avec l'approbation de la Banque populaire de Chine, vendre de la monnaie chinoise. Mais elles ne peuvent le faire qu'aux entreprises à « trois capitaux »²³³ et aux entreprises chinoises d'importations et d'exportations de taille importante. De plus, le volume de ces ventes est limité afin d'assurer un bon développement des banques chinoises. Seules, les « C » jouissent pleinement du traitement national. Possédant une concession générale, elles sont les égales des banques chinoises. Elles peuvent exercer toutes les affaires financières prévues par la « Loi sur les banques commerciales », comme les banques chinoises. Le passage de l'une à l'autre de ces trois catégories constitue une promotion. Les banques étrangères de la catégorie « A », après qualification, peuvent être promues à la catégorie « B ». Celles de la catégorie « B » peuvent se hisser à la catégorie « C » lorsqu'elles ont répondu aux exigences. Seule la Banque populaire de Chine est compétente pour les qualifier et les promouvoir.²³⁴

Bref, les circonstances de développement actuel de l'industrie de services obligent la Chine à ouvrir son marché des services d'une façon progressive et à imposer des restrictions et des prohibitions aux activités de ce commerce.

²³² *Journal du Zaobao* à Singapour du 21 mai 1996.

²³³ Le terme « trois capitaux » s'entend des capitaux (1) étrangers, (2) conjoints sino-étrangers ou (3) de Taiwan, de Hong Kong ou de Macao.

²³⁴ *Journal du Zaobao* à Singapour du 21 mai 1996.

D. Les restrictions et les prohibitions des activités du commerce des services.

En tant que pays en développement, la Chine ne peut promouvoir le développement dudit commerce sans imposer certaines conditions fondamentales. Celles-ci ne relèvent pas seulement de considérations économiques, mais sont spécifiquement établies pour éviter de perturber le système politique et social en Chine, puisque l'industrie des services comprend de nombreux secteurs sensibles pour les intérêts fondamentaux de la nation, tels que les secteurs bancaires, de l'assurance, du transport et des télécommunications.²³⁵ Mais l'article III de l'AGCS impose à un pays membre l'obligation d'assurer la transparence de sa réglementation intérieure dans la mesure où elle affecte ledit commerce. Conformément à cette règle de transparence, la « Loi sur le commerce extérieur » énonce d'une façon claire les restrictions et interdits imposés aux activités dudit commerce en Chine, ceci (1) pour sauvegarder la sécurité nationale et l'intérêt public, (2) pour établir des industries de services chinoises ainsi que (3) pour contrer les atteintes aux obligations internationales assumées par la Chine.

1. La sauvegarde de la sécurité nationale et de l'intérêt public.

Comme l'industrie de services concerne des secteurs sensibles, tels que ci-haut mentionnés, la Chine juge que le contrôle par l'étranger de ces secteurs menacerait la souveraineté et la sécurité nationales.²³⁶ Les activités y intervenant sont restreintes et certaines prohibées par la « Loi sur le

²³⁵Bing Wang, *op.cit.*, note 216, p. 519.

²³⁶*Ibid.*

commerce extérieur ». Cette règle vise tous ceux qui exercent ces activités, qu'ils soient étrangers ou chinois. Tous les agents, étrangers comme chinois, sont égaux devant cette loi, et reçoivent donc un traitement national.

La sécurité nationale et l'intérêt public constituent la première cause de restriction²³⁷ et le premier cas de prohibition²³⁸ des activités du commerce de services dans la «Loi sur le commerce extérieur». La sécurité nationale s'entend en Chine de l'intégrité du territoire, de sa souveraineté, de l'unité du pays, de la défense nationale ainsi que des intérêts économiques primordiaux du système social. Elle est protégée en particulier par le « Code pénal » qui a été modifié de façon à se rapprocher des dispositions reconnues et utilisées au plan international. Les modifications portent essentiellement sur la suppression de l'expression « crimes contre-révolutionnaires » par « crimes mettant en danger la sécurité nationale ».²³⁹ Toute activité portant atteinte à la sécurité nationale sera punie de sanction pénale, s'il s'agit de crimes prévus dans ledit code, ou de sanctions administratives, si sa gravité n'a pas encore atteint un niveau criminel. Le Gouvernement chinois a le droit de prendre des mesures préventives pour sauvegarder cette sécurité. Celles-ci peuvent intervenir dans les activités tant sociales que commerciales. Dans le cas où les activités du commerce de services affectent des secrets de l'État, des installations et fournitures militaires, le Gouvernement chinois a le droit de les restreindre et d'en prohiber certaines.

²³⁷ Art. XXIV(1) de la « Loi sur le commerce extérieur ».

²³⁸ Ibid., art. XXV (1).

²³⁹ *Journal de Zaobao* à Singapour du 31 mai 1996, <<http://www.asia1.com.sg/zaobao/pages/zg0085.html>>.

L'intérêt public, quant à lui, est protégé par les lois, que ce soit le code pénal, civil ou administratif. Ces lois portent généralement sur le bon fonctionnement de la société, la vie quotidienne des résidents, le travail productif du peuple, les relations économiques, etc. L'intérêt public peut être d'ordre physique ou moral. Sur le plan physique, il s'agit de questions telles que l'emploi, le travail, le bien-être du peuple, l'économie, etc. Pour le côté moral, on considère les aspects bénéfiques des mœurs, de la moralité publique, des traditions sociales, etc. Afin de garantir la paix du peuple, de protéger les droits et les biens légitimes du peuple tout entier, l'État s'estime obligé de restreindre et prohiber certaines activités du commerce pour protéger ces intérêts. Il faut souligner que l'AGCS ne s'oppose pas à la nécessité qu'éprouvent les pays membres de prendre ces mesures.²⁴⁰

2. L'établissement des industries de services chinoises.

Même si elle vise à promouvoir et à encourager le développement progressif des industries de services spécifiquement chinoises, la « Loi sur le commerce extérieur » contient certaines restrictions et prohibitions en la matière. Les industries de services chinoises comprennent les domaines de services encore en plein développement. Cela les rend impuissantes à concurrencer les entreprises de services étrangères. Elles ont besoin d'une politique économique nationale pour protéger leur développement. Par exemple, la « Loi sur le commerce extérieur » accorde en principe aux fournisseurs de services étrangers le même accès aux marchés qu'aux entreprises chinoises. Nous estimons qu'un certain degré de concurrence, contrôlée, est nécessaire au développement d'une

²⁴⁰ Art. XIV de l'AGCS.

industrie de services intérieure.²⁴¹ Les activités de transport maritime en Chine pourrait nous fournir un autre exemple. Afin de défendre ses propres intérêts économiques et de développer ses propres moyens de transport maritime, océaniques et fluviaux, la Chine ne permet pas aux compagnies maritimes étrangères de faire du transport dans ses eaux territoriales. Cela veut dire que ce marché reste encore fermé aux entreprises transnationales. La Chine n'est cependant pas le seul pays au monde à adopter et appliquer des dispositions restrictives à cet égard. En réalité, à peu près tous les États membres de l'AGCS adoptent la même attitude que la Chine, sauf les pays de l'Union européenne, où les frontières nationales deviennent symboliques. Cette pratique semble d'ailleurs conforme aux coutumes internationales reconnues. Prévues dans la «Loi sur le commerce extérieur», la protection de l'environnement et la garantie de la balance des paiements en devises de l'État constituent un exemple de plus des restrictions et prohibitions des activités dudit commerce.

3. La violation des obligations internationales assumées par la Chine.

La « Loi sur le commerce extérieur » prohibe certaines activités parce qu'elles violent certaines obligations internationales assumées par la Chine. Ici, ces « obligations » sont celles prévues dans les accords internationaux ratifiés par la Chine et celles découlant du droit coutumier international. Dans le domaine du commerce de services, elles s'entendent des obligations prévues dans l'AGCS et assumées par la Chine. Celui-ci a des effets juridiques comme les lois chinoises et il a de surcroît préséance sur les lois chinoises en cas de divergence. Mais les dispositions expressément exclues par la Chine sont exceptées. Par exemple, les clauses sur l'accès aux marchés et sur le traitement

²⁴¹ Art. XXIII de la « Loi sur le commerce extérieur »; Bing Wang, op.cit., note 216, p.519.

national des fournisseurs de services étrangers relèvent des engagements spécifiques assumés par la Chine. Cette dernière n'est tenue de respecter que les engagements contractés; au-delà de ces engagements, les activités du commerce ne sont pas permises en Chine, puisqu'elles n'entrent pas dans les obligations assumées par la Chine et qu'elles débordent le cadre des accords. Nous mentionnons un autre exemple. Dans le cadre juridique de la « Loi sur le commerce extérieur », la Chine n'accorde l'accès à son marché, de même que le traitement national pour les fournisseurs de services étrangers, qu'aux pays qui ont signé une entente ou un accord avec la Chine.²⁴² Les fournisseurs des pays qui n'ont pas signé d'entente avec elle ne peuvent y avoir d'activités et ils n'entrent pas dans le cadre des obligations assumées par la Chine.

Nous estimons que les restrictions et les prohibitions de certaines activités du commerce de services en Chine ne sont pas contraires aux dispositions de l'AGCS. C'est parce que le deuxième paragraphe de son article XIX prévoit que « le processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents pays membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs ».²⁴³ Son article VI permet également aux pays membres d'appliquer leurs règlements intérieurs sur les activités du commerce de services. Il suffit que «chaque pays membre fasse en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale».²⁴⁴ En plus, les pays en développement jouissent d'une certaine souplesse quant à l'accès aux marchés.

²⁴²Ibid. art.; Bing Wang, *ibid.*, p. 518.

²⁴³Art. XIX (2) de l'AGCS.

²⁴⁴Ibid., art. VI (1).

Ils peuvent, en raison de leur développement dans le domaine du commerce de services, ouvrir moins de secteurs, libérer moins de types de transactions et ouvrir progressivement leur accès aux marchés.²⁴⁵

IV. Principales lois régissant le marché financier chinois.

L'obligation d'assurer la transparence de la réglementation intérieure selon l'AGCS exige la publication de toutes les lois et de tous les règlements dans la mesure où ils affectent ledit commerce. En Chine, le marché financier est théoriquement régi par tout le cadre juridique chinois. Même si un grand nombre de textes affectent plus ou moins ce marché, nous n'analyserons que ceux qui sont essentiels. Ce marché a été restructuré depuis 1995 et est désormais réglementé par (1) la « Loi sur la Banque populaire de Chine », (2) la « Loi sur les banques commerciales », (3) la « Loi sur l'assurance » et (4) la « Loi sur les valeurs mobilières ». Affectant directement ce marché, ce sont les lois essentielles qui régissent les activités financières en Chine. Nous présenterons brièvement leurs caractéristiques générales.

A. La « Loi sur la Banque populaire de Chine ».

Une des fonctions importantes d'une banque centrale consiste à superviser les institutions financières et leurs activités d'affaires. Dans le système bancaire contemporain, cette supervision doit être faite conformément à la loi. La Chine ne devait pas faire exception et une loi sur la banque centrale était

²⁴⁵Ibid., art. XIX (2).

donc nécessaire. À défaut de règles détaillées et compte tenu du vaste territoire, la Banque populaire de Chine ne pouvait pas exercer ses fonctions de supervision d'une manière efficace et systématique. C'est pour cette raison que la « Loi sur la Banque populaire de Chine » a été adoptée en 1995. Cette adoption marque une nouvelle étape, la plus importante, de la réforme du système monétaire²⁴⁶ et vise, par ordre d'importance, les quatre objectifs suivants :

- a. L'affirmation de la position et des fonctions de la Banque populaire de Chine ;
- b. La garantie de l'élaboration et de l'exécution correcte des politiques monétaires d'État ;
- c. L'établissement et le développement du système de macro-ajustement par la Banque populaire de Chine ; et
- d. Le renforcement de la supervision et de l'administration de l'industrie financière.²⁴⁷

B. La « Loi sur les banques commerciales ».

Cette loi établit un cadre juridique pour le marché. Son article 88 énonce que les dispositions sont aussi applicables aux banques mixtes sino-étrangères, aux banques étrangères et à leurs succursales. Dans ce sens, les fournisseurs étrangers de services bancaires jouissent du traitement national dans le marché.

²⁴⁶Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, p. 24; Wang Shengming, *op.cit.*, note 170, pp. 71 à 73; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 148, p. 203.

²⁴⁷Art. 1 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; D. K. Srivastava, *ibid.*; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 34;

En Chine, une banque commerciale doit être constituée conformément à cette loi. Elle peut recevoir des dépôts du public, accorder des crédits et fournir tous les services bancaires, notamment la gestion de comptes. Elle peut également effectuer des opérations telles que l'émission d'obligations financières, la garantie de placement des obligations d'État, leur remboursement et leur vente, la fourniture de crédits documentaires, des services de garantie et de coffre. Elle est définie comme une personne morale et civilement responsable de tous ses actifs.²⁴⁸

²⁴⁸Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 31; D. K. Srivastava, *ibid.*, pp. 209 à 210; Matthew Cosans Freshfieldes, *op.cit.*, note 214, p. 10.

L'adoption de cette loi a en même temps pour objectif de garantir l'indépendance de ces banques et d'en faciliter les opérations. En assurant la stabilité du secteur financier et des opérations bancaires, cette loi accorde à une banque commerciale le statut de personne morale indépendante. Elle sécurise ses droits et intérêts légaux, ceux de ses déposants et clients. Elle peut régir ses activités et en surveiller l'administration. Elle accorde aussi des pouvoirs de supervision sur les banques commerciales à la Banque populaire de Chine. Enfin, à l'échelle nationale, cette loi joue un rôle de promotion du développement de l'économie en Chine. Pour ces raisons, son adoption a constitué un avènement d'une importance considérable dans le secteur financier.²⁴⁹ À l'échelle nationale, elle essaie de hisser ce secteur à un niveau international. À cet égard, il faut noter que :

« Several provisions in the Commercial Banking Law are designed to restore depositor's confidence. Similar provisions exist in other countries, but their presence in the statute book of the PRC marks a definite shift in the government's attitude. It shows the government's resolve to raise its banking services to international levels ».²⁵⁰

C. La « Loi sur l'assurance ».

L'élaboration de cette loi a été longue en raison de bien sauvegarder les intérêts des assurés et de garantir la pratique et le développement sains de cette industrie. Elle contribue aussi à intégrer à terme le marché financier chinois dans le concert international, puisque cette loi vise les standards internationaux dans le domaine de l'assurance. Elle vient compléter le cadre juridique financier et

²⁴⁹Art. 1 de la « Loi sur les banques commerciales »; Kai Lei, *ibid.*; D. K. Srivastava, *ibid.*; Wang Shengming et Wang Feng, *op.cit.*, note 172, p. 15; Finance, *op.cit.*, note 150, p. 7.

²⁵⁰D. K. Srivastava, *ibid.*, p. 213.

elle marque une étape majeure dans la réglementation des activités d'assurance. Elle régularise tant les contrats que les activités d'assurance, assure à la fois la protection des droits et des intérêts tant des assurés que des assureurs et définit également le rôle de régulateur. Ses buts sont la normalisation des activités d'assurance, la protection des droits et intérêts des intéressés, le renforcement du contrôle desdites activités et un développement sain des opérations d'assurance.²⁵¹ Son article 148 énonce que les dispositions sont aussi applicables à l'établissement d'une compagnie mixte sino-étrangère d'assurance et de ses succursales. Dans ce sens, les fournisseurs étrangers de services d'assurance jouissent du traitement national dans le marché.

D. La « Loi sur les valeurs mobilières ».

Les services financiers comprennent non seulement les services bancaires et d'assurance, mais également d'autres connexes comme les activités sur les valeurs mobilières. En Chine, celles-ci se développent aussi rapidement que les services bancaires et d'assurance. La Chine a ouvert deux centres de bourses pour les valeurs mobilières en 1992, l'un à *Shanghai*, l'autre à *Shenzhen* à côté de Hong Kong. Cependant, l'adoption d'une loi pour les régir a été retardée pendant longtemps pour des raisons idéologiques et politiques jusqu'à la fin de l'année 1998.²⁵² En effet, la Chine préconise actuellement un système qui allie économie de marché et régime socialiste dans sa « Loi de la constitution ». En d'autres termes, le régime socialiste constitue encore la base de l'État. Bien que

²⁵¹ Art. 1 de la « Loi sur l'assurance »; Ian Lancaster, *op.cit.*, note 10, pp. 1 et 4; Clement Sum, *Insurance Companies in China*, (1996) 8 *Insurance Law Journal*, pp. 39 à 40 et 50; Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 32.

²⁵² Para. 5.1 de l'« Annexe relative aux services financiers » de l'AGCS; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, pp. 43 à 44.

la Chine ne poursuive plus le socialisme traditionnel et rigide, elle n'a pas décidé de copier à cent pour cent le modèle occidental de l'économie capitaliste. Elle essaie de trouver le juste milieu entre les deux modèles, pour l'adapter le mieux possible aux circonstances chinoises. Or, les valeurs mobilières comportent une dimension capitaliste qu'il est difficile pour les Chinois d'accepter d'emblée. C'est donc cette lutte idéologique sur les valeurs mobilières qui a énormément retardé l'adoption de la « Loi sur les valeurs mobilières », qui vise le maintien de l'ordre économique et la sauvegarde de l'intérêt public dans la société chinoise. Elle régleme et contrôle la distribution et l'échange des valeurs mobilières. Elle protège aussi les droits et les intérêts des investisseurs. Enfin, elle contribue au développement de l'économie du marché.²⁵³

Compte tenu des activités nouvelles pour la Chine dans le domaine des valeurs mobilières, et de leur complexité, cette loi constitue le texte le plus élaboré parmi les quatre lois financières en Chine. Le nombre de ses dispositions est quatre fois plus important que celui de la « Loi sur la Banque populaire de Chine » et deux fois plus important que les articles de la « Loi sur les banques commerciales ». Son champ d'application couvre les activités des institutions chinoises transigeant dans ce domaine, comme la distribution et l'échange de valeurs mobilières sur le territoire chinois.²⁵⁴ Cependant, il n'inclut pas les étrangers, son accès leur reste donc fermé actuellement. En d'autres termes, les étrangers ne peuvent pas à ce jour jouir du traitement national dans le domaine des valeurs mobilières en Chine.

²⁵³ Art. 1 de la « Loi sur les valeurs mobilières »; *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 29 décembre 1998.

²⁵⁴ Ibid., art. 2.

V. L'accès au marché financier chinois.

L'article XVI de l'AGCS exige que chaque gouvernement membre accorde un accès adéquat aux marchés pour les services et leurs fournisseurs de tout autre pays membre. En effet, la libéralisation du commerce de services dépend de cet accès. Cependant, celui-ci ne constitue pas une obligation au sein de l'accord mais plutôt un engagement spécifique consenti par le gouvernement d'un pays membre. C'est parce que les mesures réglementant ledit accès relèvent essentiellement de la politique administrative. Un gouvernement a le droit de limiter les conditions d'entrée pour disposer d'une marge de manoeuvre dans ses politiques macro-économiques et de développement. En Chine, la réglementation sur l'accès au marché financier est déjà prévue dans les textes législatifs et appliquée par la Banque populaire de Chine. À ces fins, les lois chinoises identifient clairement les documents exigés, les conditions nécessaires et la procédure à suivre, conformément à l'article III de l'accord relatif à la transparence des mesures qui affectent le commerce des services. Nous analyserons seulement les dispositions des lois sur les banques commerciales et sur l'assurance, puisque le secteur des valeurs mobilières demeure encore expérimental, donc fermé aux étrangers.

A. Le stade préliminaire.

Le stade préliminaire consiste essentiellement dans la fourniture de dossiers généraux. Désireuse de s'établir en Chine, une entreprise financière doit remplir les conditions fondamentales stipulées dans les dossiers généraux. Par exemple, la « Loi sur les banques commerciales » énumère la liste des documents nécessaires pour établir une banque commerciale en Chine. Il faut inscrire le nom, le lieu

du siège social, le capital social et les activités dans un formulaire de demande. Un rapport d'étude de faisabilité est aussi exigé. Ces documents doivent être soumis à la Banque populaire de Chine pour examen préliminaire.²⁵⁵ En ce qui concerne l'établissement d'une succursale, les documents exigés par la même loi sont un peu différents. Les documents exigés sont plus nombreux que ceux nécessaires pour établir une banque commerciale. Elle précise que :

- a. Une demande écrite, mentionnant le nom, le lieu, le capital de fonctionnement, l'étendue des affaires des succursales à établir, leur siège social et celui de la branche-mère
- b. Un rapport comptable des deux dernières années
- c. Les qualifications des cadres supérieurs proposés
- d. Les politiques et les plans d'administration et
- e. Les documents sur le lieu des services, les mesures préventives de sécurité et d'autres installations appropriées.²⁵⁶

À la Banque populaire de Chine, la présentation de dossiers généraux d'une entreprise financière est préalable à tout examen. Cependant, elle n'est pas suffisante à elle seule pour accéder au marché financier chinois. Il faut aussi fournir la documentation sur le projet de l'entreprise financière requérante.

B. L'étape officielle

L'étape officielle consiste essentiellement dans la fourniture de documents sur le projet. Les conditions initiales une fois remplies, le requérant peut procéder à la demande officielle et fournir les autres documents nécessaires sur le projet. Ceux-ci concernent précisément la charte, la liste des

²⁵⁵ Art. 14 de la « Loi sur les banques commerciales »; Kai Lei, op.cit., note 149, p. 31.

²⁵⁶ Ibid. art. 20.

actionnaires et l'importance de leur participation au capital, la politique et le plan d'administration, le siège et les mesures de sécurité, les certificats qui peuvent attester des qualifications du personnel de direction, vérifier le capital délivré par l'organisme agréé et la solvabilité des actionnaires qui détiennent plus de 10% du capital.²⁵⁷ Par exemple, la « Loi sur les banques commerciales » prévoit cinq conditions à remplir pour l'établissement :

- a. Une charte conforme aux dispositions de la «Loi sur les banques commerciales» et de la « Loi sur les sociétés » ;
- b. Un capital minimum d'inscription prévu par la « Loi sur les banques commerciales » ; la constitution d'une banque commerciale nécessite un capital minimum d'un milliard de *Renminbi*. Cent millions suffisent pour une société urbaine coopérative et cinquante millions pour une société coopérative rurale ;
- c. Un président général ou un directeur général ainsi que le personnel de la direction qui ont les connaissances et l'expérience professionnelle adéquates ;
- d. Une structure et un régime d'administration perfectionnés ;
- e. Un établissement de services, des mesures de protection et d'autres mesures appropriées.²⁵⁸

Pour la création d'une compagnie d'assurance, les conditions sont similaires sauf pour le capital minimum d'inscription qui est de deux cent millions de *Renminbi*.²⁵⁹

Une banque commerciale peut établir des succursales selon la «Loi sur les banques commerciales». La « Loi sur l'assurance » stipule les mêmes dispositions pour cette création d'une succursale. Pourtant, du point de vue juridique, une telle succursale tant chinoise qu'étrangère ne possède pas

²⁵⁷Kai Lei, op.cit., note 149, p. 31.

²⁵⁸Art. 12 et 13 de la « Loi sur les banques commerciales »; Kai Lei, ibid.;

²⁵⁹Art. 71 et 72 de la « Loi sur l'assurance »; Clement Sum, op.cit., note 245, pp. 43 à 44.

le statut de personne morale selon les deux lois mentionnées. En conséquence, toutes ses responsabilités juridiques relèvent de sa banque commerciale générale ou de sa compagnie mère d'assurance.²⁶⁰

La « Loi sur les banques commerciales » prévoit des conditions du capital de fonctionnement pour l'établissement d'une succursale. La banque commerciale mère de celle-ci doit lui allouer une somme du capital fonctionnel selon son importance, cependant, cette somme ne peut pas dépasser 60% du capital total d'elle-même. La Banque populaire de Chine a le pouvoir d'augmenter le capital minimum approuvé d'une banque commerciale en fonction du développement économique.²⁶¹ La fourniture de dossiers généraux et de documents de projet ne suffit pas à une entreprise financière pour s'établir en Chine. Ces deux étapes étant franchies, il faut encore suivre la procédure d'établissement.

C. La procédure d'établissement.

Cette procédure se fait en quatre étapes : le complément de formulaires de demande, l'approbation, l'inscription et la promulgation. Remplir et soumettre des formulaires de demande ont évidemment pour objet l'approbation de la demande. Selon la « Loi sur la Banque populaire de Chine » et la « Loi sur les banques commerciales », la Banque populaire de Chine est la seule autorité habilitée à délivrer cette approbation. Pour ce faire, elle doit examiner et évaluer les documents fournis et les

²⁶⁰Art. 19 et 22 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 79 de la « Loi sur l'assurance »; Clement Sum, *ibid.*, p. 46.

²⁶¹Art. 19 de la « Loi sur les banques commerciales ».

formulaire remplis. Si tout est conforme aux critères, elle donne son approbation à cette entreprise requérante et lui délivre aussi un permis d'administration des affaires financières en Chine. Celui-ci sert essentiellement à confirmer la qualification professionnelle d'une entreprise ou de ses branches. Il n'est cependant pas suffisant à lui seul. Il faut obligatoirement en plus une licence commerciale. C'est-à-dire, une entreprise requérante doit aussi s'inscrire commercialement en Chine.

Après l'approbation par la Banque populaire de Chine, c'est l'étape de l'inscription. L'objectif de celle-ci est d'obtenir une licence commerciale. En d'autres termes, l'inscription permet d'accorder un certificat d'affaires à une entreprise ou à ses succursales approuvées. Les autorités compétentes pour ce faire sont les bureaux d'administration industrielle et commerciale. Le cas est le même pour la création d'une compagnie d'assurance.²⁶² En conséquence, une entreprise financière doit d'abord avoir obtenu le permis octroyé par la Banque populaire de Chine. Après approbation, elle doit s'inscrire auprès d'un bureau local de l'administration industrielle et commerciale où se trouve son siège social pour une licence commerciale.²⁶³

Enfin, l'établissement d'une entreprise financière ou de ses succursales tant étrangères que chinoises s'accomplit finalement par une publication de la Banque populaire de Chine. Celle-ci publie non seulement les avis d'établissement, mais également, par exemple, les avis d'annulation de permis

²⁶²Ibid. art. 21; voir aussi art. 76 de la « Loi sur l'assurance »; Chubb China Operations, op.cit., note 174; Clement Sum, op.cit., note 245, p. 45; Guiguo Wang et Stephen Foo, op.cit., note 6, p. 20; D. K. Srivastava, op.cit., note 148, pp. 201 à 207.

²⁶³Art. 16 et 21 de la « Loi sur les banques commerciales ».

d'administration d'entreprises commerciales.²⁶⁴ Par exemple, selon la « Loi sur les banques commerciales », lorsqu'une banque ou sa succursale n'a pas fonctionné sans raison valable depuis plus de six mois à compter de la date d'obtention de son permis, la Banque populaire de Chine peut le suspendre, même l'annuler et promulguer cette décision. Dans le cas où une compagnie d'assurance approuvée n'a pas commencé à fonctionner plus de six mois après la date de son obtention du permis, ce dernier est automatiquement périmé et le cas sera promulgué.²⁶⁵

Bref, selon les lois et les règlements, l'accès au marché financier doit suivre deux stades et observer deux procédures. Un requérant doit d'abord fournir à la Banque populaire de Chine ses dossiers généraux. Après le résultat satisfaisant d'un examen préliminaire, il doit ensuite fournir ses documents de projet pour l'établissement. À la suite de l'obtention du permis d'administration, il doit aussi s'inscrire auprès d'un bureau d'administration industrielle et commerciale pour une licence commerciale. Enfin, la promulgation de son établissement approuve et débute son droit de fonctionnement en Chine.

VI. Les entreprises financières étrangères.

Grâce à cette transparence des mesures chinoises qui affectent le commerce des services, plusieurs entreprises financières étrangères ont pu sans beaucoup de difficulté s'établir en Chine. Ce sont essentiellement les entreprises financières étrangères ou à capital mixte sino-étranger et leurs filiales

²⁶⁴Ibid. art. 23.

²⁶⁵Ibid.; voir aussi art. 77 de la « Loi sur l'assurance »; Chubb China Operations, op.cit., note 174; Clement Sum, op.cit., note 245, p. 45.

disséminées dans toute la Chine. Leur implantation en Chine revêt quatre formes : un bureau de représentation, une agence, une filiale ou une co-entreprise. Le développement de leur implantation a suivi l'évolution du pays vers une économie de marché et la réforme progressive du système bancaire.²⁶⁶

A. L'implantation des entreprises financières étrangères.

Au fur et à mesure que la Chine s'ouvre davantage vers l'extérieur, les entreprises financières étrangères deviennent de plus en plus nombreuses en Chine. Leur introduction a commencé au début des années 80. Parmi elles, certaines banques étrangères étaient les premières implantées en Chine. Au début, elles ne pouvaient s'établir que sous forme d'un bureau de représentation. Mais à partir de 1985, elles ont été autorisées à fonctionner en tant que branches de banques étrangères dans les zones économiques spéciales. On en comptait 7 qui ont commencé à fonctionner en 1985, puis 26 en 1988, 31 en 1989 et 33 en 1990. En 1995, la Chine avait déjà accueilli plus de 109 entreprises financières étrangères. Parmi elles, 5 étaient des banques, 99 des branches ou succursales et 5 des banques mixtes sino-étrangères, alors que le nombre de leurs bureaux était de plus de 250. En 1996, il y avait 135 entreprises financières étrangères qui faisaient affaires en Chine dans les régions économiques spéciales de *Shanghai, Nanjing, Tianjin, Guangzhou, Dalian, Qingdao, Ningbo* et *Fuzhou, etc.*²⁶⁷

²⁶⁶Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, Figure 3, p. 31; Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 32.

²⁶⁷Finance, *op.cit.*, note 150, p. 7; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 148, p. 201; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 18 et la note 38, p. 20; Mo Yibin, *New Regulations on the Supervision of Foreign-funded Banks in China*, (September 1996) *China's Foreign Trade*, p. 52.

Les premières à s'installer furent des entreprises financières originaires du Japon, de Hong Kong et des États-Unis. Peu de temps après, l'Europe s'est mise de la partie. Par exemple, les banques *Abn Amro Bank, Banca commerciale Italiana, Banca di Roma, Banque nationale de Paris, Banca nazionale del lavoro, Banque Indosuez, Banque Paribas, Barclays, Commerzbank, Crédit lyonnais, Crédit suisse, Dresdner Bank, Ing Bank, Kredietbank, National Westminster Bank, Société générale et Swiss Bank corp.* font maintenant affaires en Chine.²⁶⁸ En ce qui concerne le Canada, la *Banque de Montréal* est la première banque canadienne dont l'installation en Chine a été approuvée. À la fin de l'année 1996, elle a obtenu un permis d'administration des affaires financières auprès de la Banque populaire de Chine. Au printemps de l'année 1997, elle a établi trois succursales au territoire chinois. Celles-ci siègent à *Beijing*, la capitale de Chine, à *Guangzhou* dans le sud de Chine à côté de Hong Kong et à Hong Kong, nouvelle région administrative spéciale de Chine à partir du 1^{er} juillet 1997.²⁶⁹

Néanmoins, comme les secteurs d'assurance et surtout des valeurs mobilières en sont encore au stade expérimental, les entreprises étrangères n'y sont représentées que très faiblement. En général, elles n'y ont que des projets pilote et elles ne peuvent y participer que sous forme de compagnies à capital mixte. Par exemple, dans le secteur de l'assurance, *Shanghai* est la première ville ayant accueilli six assureurs étrangers en 1992. Bien que cette ouverture se soit étendue récemment à la ville de *Guangzhou* dans le sud de la Chine, les compagnies étrangères ne peuvent s'installer dans les grandes villes côtières qu'après l'an 2000. De même, comme le secteur des valeurs mobilières ne fonctionne

²⁶⁸Kai Lei, op.cit., note 149, p. 32.

²⁶⁹*Journal de Mingpao* à Hong Kong du 10 décembre 1996, <<http://www.mingpao.com/newspaper/961210/eb201.htm>>.

encore qu'à titre expérimental, une participation trop poussée des investisseurs étrangers pourrait le déséquilibrer, et d'ailleurs, il est très difficile de réglementer cette participation. Afin de défendre les intérêts des investisseurs chinois, il faudrait restreindre cette participation pendant une certaine période. Par exemple, les entreprises étrangères peuvent convertir la monnaie étrangère dans le secteur des valeurs mobilières, mais elles n'auraient pas de droit de convertir celle chinoise actuellement. Pourtant, la participation des investisseurs étrangers pourrait contribuer au développement de ce secteur dans le futur.²⁷⁰ Aujourd'hui, les entreprises financières étrangères peuvent mener leurs affaires dans 24 villes²⁷¹ au lieu de 13 villes seulement²⁷².

Liste des 24 villes ouvertes aux entreprises financières étrangères.

| <i>Villes relevant directement de l'autorité centrale</i> | <i>Chefs-lieu de provinces</i> | <i>Régions économiques spéciales</i> |
|---|--|---|
| Beijing; Tianjin; Shanghai; Chongqiang; | Nanjing(Jiangsu); Fuzhou(Fujian); Guangzhou (Guangdong); Haikou(Hainan); Chengdou(Sichuan); Wuhan(Hubei); Kunming(Guangxi); Hangzhou(Zeijing); Shengyang(Liaoning); Shijiazhuang(Hebei); Hefei(Anhui); Xi'an(Shanxi); | Xiamen(Fujian); Zhouhai(Guangdong); Shenzhen(Guangdong); Talian(Liaoning); Suzhou(Jiangsu); Ningbo(Zeijing); Qingdao(Shandong); Shantou (Guangdong); |
| 4 | 12 | 8 |

²⁷⁰Pitman B. Potter, op.cit., note 156, pp. 7 et 8; William D. Holmes, op.cit., note 212, pp. 768 à 769.

²⁷¹Mo Yibin, op.cit., note 267, p. 52; ce sont les noms des provinces entre parenthèse.

²⁷²Bing Wang, op.cit., note 216, p. 519.

B. Le statut des entreprises financières étrangères.

La Chine non seulement autorise l'établissement sur son territoire des entreprises financières étrangères, mais encore protège leurs droits et leurs intérêts à condition qu'elles remplissent toutes les obligations qui y sont prévues. La « Loi de la Constitution » autorise la présence des entreprises étrangères en Chine et stipule leur statut. Conformément à cette loi fondamentale, la Chine autorise les entreprises, les autres organisations économiques et les citoyens de pays étrangers à y faire des investissements et elle leur permet aussi de pratiquer diverses formes de coopération économique avec les entreprises ou les autres organisations économiques chinoises.²⁷³ Par exemple, une fois établie en Chine, une banque étrangère peut effectuer des dépôts, des prêts, des investissements et le dépôt de garanties en devises. Elle peut aussi acheter et vendre des devises pour son propre compte ou pour celui de ses clients. Elle peut également réaliser des enquêtes et des audits sur la solvabilité des entreprises. Elle peut de même pratiquer des opérations de crédit import-export et de change, de paiement par carte bancaire et des services de coffre.²⁷⁴

Comme le marché financier chinois vient de s'ouvrir à l'extérieur, il faut toutefois noter que les investissements étrangers en Chine demeurent fortement réglementés par le gouvernement. En général, ils sont plus fortement et strictement réglementés que dans la plupart des pays industrialisés et donc leur statut diffère peu de celui des entreprises chinoises.²⁷⁵ Mais, d'une réforme économique

²⁷³ Art. 18 de la « Loi de la Constitution ».

²⁷⁴ Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 32.

²⁷⁵ David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1244.

et juridique à l'autre, ce statut devient de plus en plus précis et protégé par la loi, conformément à l'obligation imposée par l'AGCS d'assurer la transparence de la réglementation intérieure et d'accorder aux fournisseurs de services étrangers le traitement national ou de NPF prévu.

Les lois financières imposent des conditions qui les affectent spécifiquement, mais elles restent très sommaires à cet égard. Par exemple, la « Loi sur les banques commerciales » accorde un sursis d'application à l'ensemble de cette loi pour un établissement bancaire étranger :

« where other Chinese laws and administrative regulations provide differently, the provisions of such laws and regulations will apply ». ²⁷⁶

De même, la « Loi sur l'assurance » stipule aussi une exception à l'application de cette loi pour une compagnie d'assurance étrangère ou mixte :

« The establishment of a joint-venture insurance company with foreign equity or the establishment of branches within the territory of the PRC by foreign insurance companies shall be governed by this Law, or other laws and administrative regulations if they provide otherwise ». ²⁷⁷

En effet, cette loi n'a pas énoncé de conditions pour l'établissement de compagnies d'assurance étrangères en Chine. Les mesures détaillées n'ont été complétées qu'en 1996 par la Banque populaire de Chine qui approuvait, en pratique, cet établissement. ²⁷⁸

²⁷⁶ Art. 88 de la « Loi sur les banques commerciales »; Wang Shengming et Wang Feng, op.cit., note 172, p. 16.

²⁷⁷ Art. 148 de la « Loi sur l'assurance »; Chubb China Operations, op.cit., note 174; Clement Sum, op.cit., note 245, p. 42; Ian Lancaster, op.cit., note 10, p. 8.

²⁷⁸ Clement Sum, ibid.; Ian Lancaster, ibid., p. 1.

Les lois à caractère financier mis à part, il existe aussi des règlements qui visent spécifiquement les entreprises étrangères. À leur égard, le Conseil des affaires d'État a adopté les « Règlements relatifs à l'administration des banques étrangères et de celles mixtes sino-étrangères dans les zones économiques spéciales » en 1985 et les « Règlements relatifs à l'administration des entreprises investies par les commerçants étrangers » en 1994. Dans la même année de 1994, la Banque populaire de Chine a adopté les « Règlements relatifs à l'administration des entreprises financières étrangères ». Actuellement, les entreprises financières étrangères en Chine sont soumises aux lois financières et à ces règlements qui les concernent.²⁷⁹ Ceux-ci énoncent des dispositions différentes relatives au capital minimum exigé pour l'enregistrement et à la portée des activités d'affaires. Par exemple, pour constituer une banque à capital mixte ou entièrement étranger, un requérant étranger doit, d'abord, être une entreprise financière, puis avoir établi un bureau de représentation en Chine depuis plus de deux ans. Il doit disposer d'un actif égal ou supérieur à 10 millions US\$ à la fin de l'année précédente de demande. Pour l'ouverture d'une filiale, il doit disposer d'un actif égal ou supérieur à 20 millions. Enfin, un capital minimal de 300 millions de *Renminbi* lui est exigé pour constituer une banque à capital mixte sino-étranger. De même, son siège social doit s'installer dans la région où il y a une autorité de supervision des entreprises financières.²⁸⁰

²⁷⁹Les « Règlements relatifs à l'administration des entreprises investies par les commerçants étrangers » ont été adoptés et promulgués en février 1994 par le Conseil des affaires d'État; les « Règlements relatifs à l'administration des entreprises financières étrangères » ont été adoptés et promulgués le 9 août 1994 par la Banque populaire de Chine, (1995) 1 *China Law and Practice*, p. 24; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, p. 20.

²⁸⁰Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 32; Mo Yibin, *op.cit.*, note 267, p. 52; Matthew Cosans Freshfieldes, *op.cit.*, note 214, p. 11; Wang Shengming et Wang Feng, *op.cit.*, note 172, p. 16; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 18.

Bref, les réformes financières entraînent l'implantation d'entreprises étrangères de plus en plus nombreuses dans le marché financier chinois. Celles-ci entrent en compétition avec leurs collègues chinois selon presque les mêmes conditions et les mêmes critères. Ainsi, leurs droits et intérêts sont autant protégés que ceux de leurs collègues chinois par les lois et règlements. Évidemment, ces entreprises étrangères doivent remplir autant d'obligations que leurs collègues chinois et peuvent tout autant se faire sanctionner par la Banque populaire de Chine en cas de violation des lois.

En résumé, l'AGCS demande à un pays membre d'assurer la transparence de la réglementation intérieure qui affecte le commerce des services. En Chine, la réglementation du marché financier a beaucoup évolué depuis la fondation de la Chine populaire en 1949. Maintenant, elle s'applique d'une manière transparente conformément à la loi. L'étude du mécanisme législatif nous montre la façon dont une législation respectant cette réglementation est adoptée et nous permet de constater qu'il y a prépondérance des traités internationaux sur les lois domestiques en cas de conflit, comme c'est le cas par exemple pour l'AGCS, signé par la Chine. En ce qui concerne le commerce des services, la loi chinoise sur le commerce extérieur promeut non seulement le développement de ce commerce, mais elle énonce aussi d'une façon claire les restrictions et interdits imposés aux activités de ce type de commerce, ceci pour sauvegarder la sécurité nationale et les intérêts publics, pour établir des industries de services chinoises ainsi que pour contrer les atteintes aux obligations internationales assumées par la Chine. Quant aux lois, elles prévoient de façon claire les pouvoirs et les devoirs des autorités de supervision de même que les droits et les obligations des entreprises financières. En outre, elles énumèrent les dispositions spécifiques concernant les étapes gouvernant l'accès au marché financier de même que le statut des entreprises financières étrangères dans ce marché. Elles accordent également à celles-ci le traitement national ou de la NPF prévu par l'AGCS.

Chapitre IV. La banque centrale chinoise

Selon l'article III de l'AGCS, l'obligation d'assurer la transparence de la réglementation intérieure s'entend essentiellement de la publication des mesures qui affectent le commerce des services. Mais nous estimons que cette obligation devrait inclure également l'organisation et les fonctions des autorités de supervision de qui émanent lesdites mesures. En Chine, la Banque populaire de Chine constitue l'autorité centrale de supervision du marché financier chinois. Récemment, son statut de banque centrale a été juridiquement reconnu par la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». D'autres lois financières prévoient également ses pouvoirs de supervision. Nous analyserons dans ce chapitre son organisation, ses pouvoirs, ses fonctions et son autonomie dans la supervision dudit marché.

I. L'organisation.

La « Loi sur la Banque populaire de Chine » définit l'organisation de ladite banque. Essentiellement, cette dernière est composée du siège social et de ses succursales. Elle comporte aussi un Comité des politiques monétaires.

A. Le siège social et l'administration.

Le siège social de la Banque populaire de Chine se trouve à *Beijing*, la capitale de la Chine. Selon la « Loi sur la Banque populaire de Chine », cette banque centrale n'a qu'un seul président général,

dont la nomination relève du Premier ministre. Cette nomination doit en plus être approuvée par l'Assemblée populaire nationale ou son Comité permanent lorsque cette assemblée ne siège pas. Enfin, c'est le Président de la Chine lui-même qui fait la promulgation de cette nomination. La Banque populaire de Chine compte aussi un certain nombre de vice-présidents. Ces derniers assistent le président général dans l'exercice des pouvoirs. Ils doivent être nommés ou révoqués par le Premier ministre. Au sein de la Banque populaire de Chine, le président général, à cause de la nature de son poste, assume la responsabilité pleine et entière des décisions qu'il prend. Et il est interdit au président général, aux vice-présidents de même qu'à tout le personnel d'accumuler ou d'exercer d'autres fonctions que celles de la banque centrale.²⁸¹

La Banque populaire de Chine compte dans son organigramme les départements suivants, tels qu'énumérés en anglais par l'Institut des finances internationales de *Beijing* :

« The main departments of the Head Office of PBC include : General Office, Comprehensive Planning Department, Research and Statistics Department, Fund Management Department, Education Department, Personnel Department, Auditing Department, Currency Issuance Department, Accounting Department, Treasury Department, Financial Administration Department, Legal Department, International Department, Veteran Department, Consultative Office, Construction Department, Administrative Department, Financial Research Institute, Finance Publishing House, Graduate School and Financial Institute for Administrative Cadres ».²⁸²

²⁸¹ Art. 9, 10 et 13 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; Wang Shengming, *ibid.*, p. 71; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 36.

²⁸² Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 37; Beijing Institute of International Finance, *op.cit.*, note 149, p. 13.

À l'issue d'un réaménagement organique au sein de cette banque centrale, le nombre de départements a diminué de 20 à 13. À l'heure actuelle, ceux-ci figurent comme suit : le bureau général, le département des affaires légales, le département des politiques monétaires, le département I de supervision des banques (supervision des banques spécialisées d'États), le département II de supervision des banques (supervision des banques commerciales), le département de supervision des entreprises financières non bancaires, le département de supervision des entreprises financières de collaboration avec les entreprises étrangères, le département de statistiques, le département de comptabilité et de finance, le département de paiement et de technique, le département d'affaires internationales, le département d'examen inter ainsi que le département du personnel et d'éducation. D'autres services existent également ont pour mission d'élaborer et d'appliquer les politiques monétaires de manière adéquate ainsi que d'exercer une supervision efficace. Il s'agit des services d'investigations, de finance monétaire, du Trésor d'État, de sécurité ainsi que d'un centre d'instruction.²⁸³

B. Les succursales.

Ces départements à part, la Banque populaire de Chine a aussi un certain nombre de succursales pour superviser le marché financier. Celles-ci exercent le contrôle unifié dudit marché et remplissent les fonctions de la banque centrale dans leurs localités respectives. Selon les statistiques de 1990, cette banque centrale disposait de 2 519 divisions et succursales. Son personnel se composait de 157

²⁸³Voir l'introduction générale à la page d'accueil en Website de la Banque populaire de Chine, <<http://www.pbc.gov.cn/intro.html>>.

961 personnes.²⁸⁴ À l'heure actuelle, cette banque centrale possède 2 divisions administratives, 9 succursales, 326 correspondants et 1 827 services envoyés au niveau du district. Le personnel a grandement été réduit au cours des dernières années et correspond à peine à près de la moitié de ce qu'il était il y a dix ans.²⁸⁵

C. Le Comité des politiques monétaires.

La « Loi sur la Banque populaire de Chine » prévoit l'établissement de ce comité, parce que l'élaboration et l'exécution de celles-ci sont, de nos jours, l'essentiel des fonctions d'une banque centrale. Pourtant, bien que le Comité des politiques monétaires soit formé dans la Banque populaire de Chine et en relève, ses fonctions n'ont pas été spécifiées par ladite loi. C'est le Conseil des affaires d'État qui définit sa composition, ses pouvoirs et sa procédure de travail, ce qui, une fois déterminé par le Conseil des affaires d'État, sera enregistré au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale.²⁸⁶ Normalement, le Comité des politiques monétaires est composé de membres qui proviennent tant de l'intérieur que de l'extérieur de la Banque populaire de Chine. Le président général, les vice-présidents, divers experts ainsi que des conseillers font partie du Comité des politiques monétaires. De l'extérieur, sont nommés d'office un vice-directeur du Comité du plan d'État, un vice-ministre du Ministère des finances, les présidents des banques spécialisées et des

²⁸⁴ Art. 12 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; Beijing Institute of International Finance, *ibid.*, pp. 13 à 14.

²⁸⁵ Voir l'introduction générale à la page d'accueil en Website de la Banque populaire de Chine, *op.cit.*, note 283.

²⁸⁶ D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 142, p. 205; Beijing Institute of International Finance, *ibid.*

Comités de contrôle sur les activités d'assurance et des valeurs mobilières. Le président du Comité des politiques monétaires est le président général de la Banque populaire de Chine. Les vice-présidents sont élus parmi les autres membres du Comité des politiques monétaires. Compte tenu de sa composition, celui-ci constitue l'organe décisif le plus élevé dans le secteur financier. Il peut évaluer toutes les conditions du marché financier.²⁸⁷

Les fonctions du Comité des politiques monétaires sont réparties en quatre catégories : l'élaboration des politiques, la détermination des programmes, la structuration des mesures et les études sur d'autres sujets concernant la situation financière en général. Plus précisément, le Comité des politiques monétaires peut élaborer les politiques et les mesures importantes. Il peut non seulement décider des programmes monétaires et de leur taux de croissance, en faire l'examen, mais aussi le programme de crédit consolidé pour l'État et celui de crédit d'échanges étrangers. Il peut en outre examiner et discuter d'importantes politiques relatives à l'administration financière.²⁸⁸

II. L'indépendance.

L'article VI de l'AGCS exige que les autorités de supervision des activités de services soient exemptes d'influences. Ceci est également nécessaire pour la Banque centrale chinoise qui doit être indépendante afin de superviser sans contrainte le marché financier. Pourtant, cela n'a pas toujours

²⁸⁷Chinaexpo, Services, Financial Services, *People's Bank of China*, <<http://www.chinaexpo.com/service/svc03/pbc/pbc.htm>>; Beijing Institute of International Finance, *ibid*.

²⁸⁸Beijing Institute of International Finance, *ibid.*; Chinaexpo, Services, Financial Services, *ibid*.

été le cas. La Banque populaire de Chine a été officiellement établie le 1^{er} décembre 1948 avant la fondation de la Chine populaire 1^{er} octobre 1949. Elle a hiérarchiquement relevé du Ministère des finances avant l'adoption de la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». Durant les 30 années qui ont suivi ladite fondation, elle a été pratiquement l'unique banque du pays. Elle s'occupait de toutes les activités bancaires et imprimait en plus la monnaie en quantité suffisante pour soutenir les programmes d'État. Comme elle jouait le rôle à la fois d'une banque centrale et d'une division dudit ministère, elle ne jouissait pas de beaucoup d'indépendance ou de latitude dans l'exercice de ses fonctions.²⁸⁹

Mais depuis peu, au fur et à mesure que les réformes économiques se poursuivent, elle joue un rôle de plus en plus important dans le marché financier. Elle a davantage besoin d'indépendance pour le superviser de façon opportune et efficace. Le 17 septembre 1983, le Conseil des affaires d'État a décidé de donner à cette banque les attributs d'une banque centrale. À partir de 1984, elle commence à fonctionner strictement en tant que Banque centrale.²⁹⁰

Juridiquement, elle n'a obtenu son indépendance que depuis 1995 par la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». C'est la première fois dans l'histoire chinoise que le statut de la Banque centrale est déterminé par une loi. Pour cette raison, la « Loi sur la Banque populaire de Chine » a

²⁸⁹Beijing Institute of International Finance, *ibid.*, p. 11; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 142, p. 201.

²⁹⁰*Ibid.*; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, dans la note 17, p. 15; Wang Shengming, *op.cit.*, note 170, p. 71.

rempli un vide dans le système juridique chinois.²⁹¹ Selon son article 7, aucun organisme gouvernemental de quelque échelon que ce soit, aucune collectivité, aucune autorité locale ou aucun individu ne peut s'immiscer dans ses fonctions et ses activités. Ainsi, la « Loi sur la Banque populaire de Chine » en fait une véritable banque centrale et elle a obtenu beaucoup plus d'indépendance et d'autonomie dans l'élaboration des politiques et l'administration des entreprises qu'auparavant. Exercés par le Conseil des affaires d'État avec elle dans le passé, les pouvoirs sur le marché financier sont maintenant de son ressort exclusif. Tout en suivant les directives du Conseil des affaires d'État, elle exerce ses pouvoirs de façon indépendante. Bien qu'elle constitue un ministère fonctionnel du Conseil des affaires d'État, elle possède une autonomie considérable dans ses opérations par rapport aux autres ministères.²⁹²

Cependant, la Banque populaire de Chine reste encore responsable tant devant le Conseil des affaires d'État qu'au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale selon la loi. Auprès du premier, elle doit mener les activités selon ses directives. Elle doit aussi lui faire un rapport sur ses décisions relatives aux notes annuelles des banques, aux taux d'intérêts et d'échanges ainsi que sur d'autres sujets importants. Également, elle doit lui soumettre les rapports. Audit Comité, elle doit faire un rapport annuel de travail sur les politiques monétaires, la supervision et l'administration des entreprises ainsi que des activités financières.²⁹³ Bien qu'elle soit responsable devant eux, les

²⁹¹ Art. 7 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 142, p. 203; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, pp. 34 à 35; Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 30.

²⁹² Art. 2 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; D. K. Srivastava, *ibid.*, p. 203; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 35.

²⁹³ Art. 5 et 6 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; D. K. Srivastava, *ibid.*, pp. 208 à 209.

interventions de ceux-ci ne demeurent qu'à un niveau de contrôle et de directives. Comme la Chine a décidé de s'intégrer à l'économie de marché, il faut que sa banque centrale soit non seulement puissante, mais aussi indépendante. Heureusement, la Banque populaire de Chine peut formuler et appliquer des politiques monétaires sans être entravée par l'influence politique.²⁹⁴

Bref, la « Loi sur la Banque populaire de Chine » affirme juridiquement le statut de la banque centrale à la Banque populaire de Chine. Dirigée directement par le Conseil des affaires d'État et responsable devant ce dernier, la Banque populaire de Chine supervise de façon indépendante le marché financier.

III. Les fonctions.

Dans ce marché, la Banque populaire de Chine exerce toutes les fonctions et tous les pouvoirs de la banque centrale octroyés par les lois. Ceux-ci sont essentiellement énoncés dans plusieurs articles de la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». Également, d'autres lois, la « Loi sur les banques commerciales » par exemple, prévoient des dispositions relatives à la supervision dudit marché par cette banque centrale. Ainsi, celle-ci peut élaborer et appliquer les politiques monétaires et prendre les mesures nécessaires. Elle peut également exercer sur tout le territoire chinois le contrôle des activités et des entreprises financières.²⁹⁵

²⁹⁴D. K. Srivastava, *ibid.*, pp. 203 et 209.

²⁹⁵Art. 2 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; voir aussi art. 59 à 62 de la « Loi sur les banques commerciales »; Wang Shengming, *op.cit.*, note 170, pp. 71 à 73; D. K. Srivastava, *ibid.*, pp. 208 et 209.

D'abord, elle a pour fonction d'élaborer et d'appliquer les politiques monétaires et financières du gouvernement central. À cet égard, elle est chargée de promulguer les décrets et les règlements relatifs à l'administration des activités et des entreprises financières tant chinoises qu'étrangères. Ensuite, elle a des fonctions économiques. En tant que banque émettrice, elle est la seule responsable de l'impression et de l'émission de la monnaie chinoise et du contrôle de sa circulation. Elle peut également conserver et gérer les réserves en devises et en or de l'État. En outre, c'est elle qui administre le Trésor d'État. Pour appliquer les politiques monétaires du gouvernement, elle peut utiliser les outils de politiques monétaires prévus par le chapitre IV « Affaires » de la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». En qualité de banque centrale, elle peut participer aux activités financières à l'échelle internationale. Enfin, elle a des fonctions d'investigation et de recherche pour l'élaboration des politiques monétaires. À cette fin, elle fait des études et des recherches approfondies dans le domaine financier. Par exemple, elle est chargée de collectionner toutes les statistiques financières, d'effectuer les enquêtes, les analyses et les mesures dans le marché.²⁹⁶

IV. Les pouvoirs.

Comme banque centrale, elle a le devoir de réglementer ledit marché. Mais avant la « Loi sur la Banque populaire de Chine », elle contrôlait les entreprises financières essentiellement par la fixation des plafonds d'encours de crédit en fonction du volume des dépôts. À la demande des banques, elle accordait le montant total du crédit annuel. Certes, cette méthode pouvait faciliter l'action du

²⁹⁶Art. 2 et 4 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; Beijing Institute of International Finance, *op.cit.*, note 149, pp. 15 à 16; Kai Lei, *op.cit.*, note 149, pp. 30 à 31; D. K. Srivastava, *ibid.*, p. 204.

gouvernement sur la fluidité de l'économie et sur la lutte contre la surabondance monétaire. Pourtant, elle entraine en contradiction avec les mesures de réglementation du marché. En conséquence, tout en garantissant la stabilité financière, les réformes financières devraient avoir pour objet de moderniser les méthodes d'intervention publique. Elles devraient également créer un environnement propice à l'instauration d'une concurrence entre les entreprises financières.²⁹⁷

Aujourd'hui, les méthodes d'intervention de la Banque populaire de Chine sont prévues par la loi. Selon cette dernière et les règlements, elle constitue l'autorité de supervision des entreprises financières dans le marché financier. Et elle est aussi un ministère du gouvernement central. Pour cette raison, elle a tous les pouvoirs de supervision dans le marché. En général, elle a les pouvoirs d'examiner et d'approuver la création des établissements financiers, de vérifier leurs opérations, de s'assurer de la conformité aux règlements des taux d'intérêt sur les dépôts et les prêts, de veiller à la remise des rapports et des graphiques prévus par les règlements et d'organiser le système de compensation entre établissements. Ces pouvoirs garantissent son efficacité de la supervision dans le marché.²⁹⁸

Plus précisément, elle examine l'établissement d'une entreprise financière, approuve ses changements qui s'y produisent ou sa fermeture. Elle prend des mesures exceptionnelles pour contrôler toute entreprise financière qui est en crise, de même sanctionne toute entreprise financière qui viole les lois et règlements. Et, en ce cas, ou dans des situations pouvant causer des préjudices

²⁹⁷Kai Lei, *ibid.*, p. 31.

²⁹⁸Art. 30 à 33 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, p. 15; Kai Lei, *ibid.*, p. 30; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 142, p. 208.

aux biens, elle a les pouvoirs de poursuivre l'entreprise financière incriminée pour responsabilité civile ou criminelle.²⁹⁹

A. L'approbation.

Inspirée par l'AGCS, la libéralisation du commerce de services compte évidemment sur un accès plus libre aux marchés internes d'un pays membre. Et cet accès ne se fait pas sans une approbation par les autorités compétentes. En conséquence, les mesures d'approbation constituent une condition incontournable pour la libéralisation dudit commerce. Pour le marché financier chinois, c'est la Banque populaire de Chine qui approuve en exclusivité l'établissement des entreprises financières et déterminent l'envergure de leurs activités d'affaires.

Les mesures d'approbation sont définies et régies par les lois. Elles consistent généralement à approuver l'établissement, la modification et la fermeture d'une entreprise financière tant chinoise qu'étrangère. Le champ des activités sur le plan des affaires doit aussi être examinée et approuvée par la Banque populaire de Chine, en conformité avec les lois. Plus précisément, la création d'une entreprise financière et de ses filiales, la modification des statuts, les changements de marque de commerce, la modification du capital déposé et du siège social demandent à être approuvés par la

²⁹⁹ Art. 2 des « Solutions d'administration des institutions financières »; ces solutions ont été adoptées le 9 août 1994 par la Banque populaire de Chine et elles ont été promulguées le même jour par la même banque, (1995) 1 China Law and Practice, p. 24; D. K. Srivastava, *ibid.*, pp. 201 à 207; Matthew Cosans Freshfieldes, *op.cit.*, note 214, p.10; Clement Sum, *op.cit.*, note 245, pp. 39 à 40; Ian Lancaster, *op.cit.*, note 10, p. 4; Guiguo Wang et Stephen Foo, *ibid.*, p. 23; Kai Lei, *ibid.*

Banque populaire de Chine.³⁰⁰

1. L'approbation d'établissement.

Une entreprise financière qui désire s'établir en Chine doit nécessairement faire une demande auprès de la Banque populaire de Chine, qui l'examine en rapport aux lois et règlements.³⁰¹ L'objectif de la demande est l'acquisition d'un permis d'exercer des activités financières. Sans l'approbation, il est interdit à toute entreprise et à tout individu d'exercer de telles activités. Pour les activités bancaires à titre d'exemple, personne ne peut utiliser le mot « banque » sans l'approbation de la Banque populaire de Chine.³⁰²

L'approbation de la Banque populaire de Chine doit être rendue dans le délai prévu par la loi. Par exemple, la « Loi sur l'assurance » exige l'approbation ou le refus d'une demande d'établissement dans les six mois.³⁰³ Lorsque les conditions exigées sont correctement remplies et que les documents nécessaires sont approuvés, une entreprise financière tant étrangère que chinoise reçoit un permis d'administration après l'approbation par la Banque populaire de Chine. Ce permis atteste sa qualification à exercer ses activités en Chine. Cependant, d'autres considérations peuvent s'ajouter

³⁰⁰ Art. 4(3) et 31 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; voir aussi art. 2, 11, 24, 25 et 31 de la « Loi sur les banques commerciales »; D. K. Srivastava, *ibid.*, pp. 207 à 208; Kai Lei, *ibid.*, p. 31; Matthew Cosans Freshfieldes, *ibid.*

³⁰¹ Art. 17 de la « Loi sur les banques commerciales »; Beijing Institute of International Finance, *op.cit.*, note 149, pp. 17 à 18.

³⁰² *Ibid.*, art. 11 et 16.

³⁰³ Art. 75 de la « Loi sur l'assurance »; Clement Sum, *op.cit.*, note 245, p. 45.

aux conditions formelles d'approbation. Bien qu'une entreprise financière remplisse parfaitement les conditions formelles exigées à son égard, cela ne se traduit pas nécessairement par une approbation de la Banque populaire de Chine. Considérons par exemple les conditions d'approbation pour la création d'une compagnie d'assurance en citant ce qui suit :

« In considering whether or not to approve the establishment of an insurance company, the People's bank of China will consider, among other things, the following principles: the needs for the development of national economy, the policies and direction of development of the insurance industry, the needs for the fair competition of the insurance industry and principles of rational distribution of, and fair competition among, financial institutions ». ³⁰⁴

En somme, la Banque populaire de Chine est tenue d'envisager sérieusement, à tout moment, les circonstances proprement chinoises dans lesquelles elle donne son approbation. Les besoins de développement économique et les situations de concurrence entre les entreprises financières constituent également des éléments importants. Donc, il faut aussi en tenir compte. Pour cette raison, le décret d'approbation est discrétionnaire. ³⁰⁵

Après s'être établie en Chine et pour développer ses activités d'affaires, une entreprise financière, tant étrangère que chinoise, peut établir une succursale sur le territoire chinois. Néanmoins, celle-ci doit également être approuvée par la Banque populaire de Chine. Par ailleurs, elle n'a pas la qualité de personne morale selon les lois. Elle doit mener ses activités d'affaires dans le cadre autorisé par

³⁰⁴Ibid., art. 71; voir aussi art. 7 des « Solutions d'administration des institutions financières », op.cit., note 291, p. 24; Clement Sum, ibid., p. 42.

³⁰⁵Art. 12 de la « Loi sur les banques commerciales »; David L. Weller, op.cit., note 3, p.1248.

son administration générale. Dans ces circonstances, ses responsabilités civiles relèvent de son entreprise générale.³⁰⁶

2. L'approbation des changements.

Une modification peut éventuellement être nécessaire pour l'entreprise après son établissement. Ce peut être un changement de titre, l'ajout d'une division ou une association avec une autre entreprise ou l'une de ses succursales. En vertu de la loi, toute modification doit aussi être approuvée par la Banque populaire de Chine.³⁰⁷ Celle-ci approuve d'abord les modifications formelles. Il faut son approbation chaque fois que l'appellation ou le lieu d'établissement soit d'une entreprise financière ou de l'une de ses ramifications change. Elle approuve ensuite des changements plus substantiels, non seulement de son capital d'inscription, mais aussi du volume de ses activités d'affaires. Les actionnaires détenteurs de plus de 10 % du total du capital ou des actions ne peuvent agir qu'avec son accord. De même, l'amendement de la charte requiert son approbation. Celle-ci est aussi nécessaire pour le changement du personnel de la direction d'une entreprise financière ou de ses branches, par exemple, le changement du président ou du directeur général entraîne une vérification de la compétence de son successeur par la Banque populaire de Chine.³⁰⁸ Celle-ci a le droit de ne pas entériner ce changement si elle l'estime insuffisante. Autrement dit, l'approbation par la Banque

³⁰⁶Ibid., art. 19 et 22; voir aussi art. 79 et 80 de la « Loi sur l'assurance »; Clement Sum, op.cit., note 245, p. 46; Ian Lancaster, op.cit., note 10, p. 8.

³⁰⁷Art. 31 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; David L. Weller, op.cit., note 3, p. 1248.

³⁰⁸Art. 24 de la « Loi sur les banques commerciales ».

populaire de Chine est consécutive à cette vérification de qualification. Enfin, elle est requise aussi par le changement de structure d'une entreprise financière ou d'une succursale. Par exemple, selon la « Loi sur les banques commerciales », toute division et toute association de banques commerciales doit d'abord être approuvée par la Banque populaire de Chine.³⁰⁹ En résumé, cette approbation est requise en ce qui concerne tout changement :

- a. au nom
- b. au capital d'inscription
- c. au siège d'une branche ou de sa maison mère
- d. à la teneur des activités d'affaires
- e. aux actionnaires qui détiennent plus de 10% du capital total ou 10 % du total des actions
- f. à la charte et
- g. aux divers autres sujets prévus par la Banque populaire de Chine.³¹⁰

Le dernier aliéna de cet article accorde à la Banque centrale chinoise la latitude d'ajouter d'autres sujets selon de nouvelles circonstances du marché financier. Il lui permet en effet d'appliquer cette loi avec une certaine discrétion pour composer avec les réformes économiques en Chine. Au fur et à mesure que de nouvelles mesures adoptées par la Banque sont mises en pratique et font leurs preuves, la loi peut les intégrer au moyen de modifications.

³⁰⁹Ibid., art. 25.

³¹⁰Ibid., art. 24; voir aussi art. 81 de la « Loi sur l'assurance »; D. K. Srivastava, op.cit., note 142, p. 215; Clement Sum, op.cit., note 245, p. 47.

3. L'approbation de la fermeture.

En Chine, l'accès au marché financier n'est pas totalement libre et la sortie de ce marché ne l'est pas non plus. La fermeture d'une entreprise financière tant étrangère que chinoise doit être approuvée par la Banque populaire de Chine selon les lois. Mais les exigences et le processus sont beaucoup moins rigoureux pour sortir du marché que pour y avoir accès. En général, la Banque populaire de Chine permet la fermeture d'une entreprise financière pour l'une de ces trois raisons : la division, l'association ou la fermeture prévue par sa propre charte.³¹¹

B. Les sanctions.

Les sanctions sont les mesures disciplinaires exercées par la Banque populaire de Chine à l'égard d'une entreprise financière tant chinoise qu'étrangère lorsqu'elle viole la loi ou les règlements dans le marché financier. La « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales », la « Loi sur l'assurance » et la « Loi sur les valeurs mobilières » prévoient une série de telles sanctions. Dans les secteurs bancaire et d'assurance à titre d'exemple, les lois placent les activités et les entreprises financières sous le contrôle de la Banque populaire de Chine. Celle-ci peut leur imposer un impératif. Elle stipule encore des dispositions particulières pour une entreprise étrangère. Par exemple, 30 % du fonds de roulement des filiales de banques étrangères doivent prendre la forme de dépôts auxquels l'entreprise étrangère doit appliquer le taux d'intérêt établi par la banque centrale. Au moins un ressortissant chinois doit être engagé au sein de la direction.

³¹¹ Art. 69 de la « Loi sur les banques commerciales ».

Jusqu'à tout récemment seuls des experts-comptables de nationalité chinoise pouvaient être embauchés par l'entreprise étrangère. Cette dernière règle vient toutefois d'être assouplie donnant ainsi la possibilité à des experts-comptables étrangers d'oeuvre au sein de l'entreprise étrangère. Toute violation aux dites dispositions appelle au moins une sanction par la Banque populaire de Chine.³¹²

Les sanctions peuvent se diviser en quatre paliers selon la gravité de la violation : (1) le devoir de corriger la violation, (2) la confiscation des revenus illégalement générés, (3) l'amende et (4) l'annulation de permis d'administration. Leur application reste délicate. Parfois, elles sont isolément appliquées. Mais d'autres fois, elles le sont en même temps. En principe, plus la violation des lois et des règlements est grave, plus la combinaison des paliers de sanctions est considérable.

1. Le devoir de corriger la violation.

À l'égard d'une violation des lois, le devoir de la corriger constitue une sanction fondamentale. C'est une mesure disciplinaire mineure par rapport aux autres sanctions et en conséquence, elle est appliquée partout où il y a violation de lois, et elle est combinée à d'autres sanctions, par exemple, une amende. Nous citons trois cas auxquels ce devoir est applicable comme sanction. D'abord, les lois requièrent de toute banque commerciale et de compagnie d'assurance, tant étrangère que chinoise, de fournir régulièrement à la Banque populaire de Chine les bilans, les tableaux de profits

³¹²Art. 41 à 50 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; voir aussi art. 32 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir également le chapitre VII de la « Loi sur l'assurance »; D. K. Srivastava, op.cit., note 142, pp. 208 et 210; Kai Lei, op.cit., note 149, p. 32.

et pertes ainsi que d'autres tableaux et documents comptables. Ne les ayant pas fournis au complet ou les ayant fournis en retard, une telle entreprise peut être astreinte à corriger cette violation dans un délai prévu par la Banque populaire de Chine.³¹³ Ensuite, elles énoncent une série de changements qui doivent être approuvés par elle. Sans son approbation, une entreprise peut être astreinte, à titre de sanction, à corriger la violation dans un délai prévu lorsqu'elle a modifié son nom, sa charte et son siège social principal ou le siège social de sa succursale. L'entreprise peut connaître le même sort si elle a modifié son capital d'inscription ou la teneur de ses activités sans approbation préalable par la Banque populaire de Chine. De même, sans l'approbation de cette dernière, toute évolution de son actionnariat qui détient plus de 10% du capital total ou des actions totales peut conduire également audit devoir.³¹⁴ Enfin, ce devoir est applicable à tout changement, non-approuvé, du président général d'une entreprise financière.³¹⁵

2. La confiscation des revenus illégalement générés.

Une activité illégale, exercée intentionnellement ou accidentellement par son auteur dans le marché financier chinois, peut générer des gains, ce qui nuit aux règles de l'équité dans la concurrence et peut ainsi créer des désordres. Dans ce sens, il est légitime de les confisquer afin de maintenir la stabilité du marché. D'ailleurs, leur confiscation n'est pas simplement une sanction; elle a aussi un

³¹³ Art. 61 et 78 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 139 de la « Loi sur l'assurance ».

³¹⁴ Art. 24 et 78 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 137 de la « Loi sur l'assurance ».

³¹⁵ Art. 24 et 78 de la « Loi sur les banques commerciales ».

rôle éducatif et préventif. C'est pour ces raisons que les lois imposent cette confiscation comme sanction.³¹⁶

3. L'amende.

Une entreprise financière peut se voir imposer une amende lorsqu'elle n'a pas corrigé son infraction à l'expiration du délai prévu. Les amendes sont classées non seulement par catégories mais aussi en fonction du montant.³¹⁷ En ce qui concerne les catégories d'amende, il en existe deux : la première impose une pénalité à l'entreprise en question correspondant à la valeur des revenus obtenus illégalement; la deuxième, appelée « amende isolée », est un montant imposé dans le cas où il n'y a pas de dits revenus. Pour la première catégorie, soit la pénalisation en fonction des revenus illégalement générés, on distingue trois niveaux de sévérité, selon la gravité. En fonction des circonstances de la faute, l'amende imposée peut être (1) de une à trois fois les revenus illégaux,³¹⁸ (2) puis de une à cinq fois³¹⁹ et (3) jusqu'à de cinq à dix fois³²⁰ ces revenus. La «Loi sur l'assurance» prévoit la peine la plus lourdement imposée en cette matière dont l'article 142 stipule que :

« Anyone who violates the provisions of this Law, and illegally transacts insurance agent business or insurance brokerage business without an insurance agent license or insurance broker license, shall be subject to action by the

³¹⁶Ibid., art. 74, 75 et 77; voir aussi art. 136 et 142 de la « Loi sur l'assurance ».

³¹⁷Jingzhou Tao, op.cit., note 159, pp. 73 à 74.

³¹⁸Art. 75 et 77 de la « Loi sur les banques commerciales ».

³¹⁹Ibid., art. 74; voir aussi art. 136 de la « Loi sur l'assurance ».

³²⁰Art. 142 de la « Loi sur l'assurance ».

financial supervision and regulation department, and forfeiture of illegal gains, and a fine of not less than five, nor more than ten times as much as the illegal gains ». ³²¹

L'amende la plus faible est prévue par l'article 77 de la « Loi sur les banques commerciales » qui établit que :

« The People's Bank of China shall order rectification and, where illegal income has been derived, shall confiscate the illegal income and may impose a fine of between one and three times the amount of such illegal income ». ³²²

Par ailleurs, on ne voit pas la certitude de cette pénalité imposée à l'entreprise en question dans des circonstances relativement moins graves. D'une part, elle n'est pas imposée si l'entreprise a corrigé sa faute à temps. D'autre part, même si l'entreprise ne la corrigeait pas après l'expiration du délai prévu, elle ne se verrait pas forcément infliger cette pénalité. La «Loi sur les banques commerciales» ne prévoit pas l'obligation d'imposer cette pénalité, mais sa simple possibilité. De fait, cette loi laisse à la Banque populaire de Chine une certaine latitude quant à son imposition, en tenant compte des circonstances. Voici les dispositions concernées :

« ... The People's Bank of China shall order rectification, and where rectification is not carried out within the time limit, *may* impose a fine ... ». ³²³

³²¹ Ibid.

³²² Art. 77 de la « Loi sur les banques commerciales ».

³²³ Ibid., art. 78.

Cependant, la même loi prévoit une amende incontestable dans des circonstances graves. Par exemple, selon les dispositions de ses articles 74 et 75 :

«... The People's Bank of China shall order rectification and, where illegal income has been derived, confiscate the illegal income and impose a fine...».³²⁴

Toutefois, l'amende est toujours sûre selon la « Loi sur l'assurance » lorsqu'une compagnie viole la loi.³²⁵

Nous constatons cinq gammes applicables pour l'amende lorsqu'il n'y a pas de revenus illégalement générés, soit l'amende indépendante, dont le montant peut varier (1) de 5 000 à 30 000 RMB,³²⁶ (2) de 10 000 à 50 000 RMB,³²⁷ (3) de 10 000 à 100 000 RMB,³²⁸ (4) de 50 000 à 300 000 RMB³²⁹ et enfin (5) de 100 000 à 500 000 RMB selon la gravité de la violation.³³⁰ La « Loi sur l'assurance » prévoit l'amende indépendante qui couvre toutes les éventualités. Par exemple, pour l'infraction la moins importante, l'amende s'applique plutôt aux agents d'une compagnie qu'à la compagnie elle-même. À cet égard, son article 143 stipule comme ce qui suit :

³²⁴Ibid., art. 74 et 75.

³²⁵Chap. VII de la « Loi sur l'assurance ».

³²⁶Ibid., art. 143.

³²⁷Ibid., art. 132 et 133.

³²⁸Ibid., art. 137 et 139; voir aussi art. 78 de la « Loi sur les banques commerciales ».

³²⁹Art. 75 et 77 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 138 et 141 de la « Loi sur l'assurance ».

³³⁰Art. 74 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 136 et 140 de la « Loi sur l'assurance ».

« The financial supervision and regulation department may, in accordance with relevant circumstances, issue warnings to, direct a replacement of or impose a fine of not less than *Renminbi* five thousand (RMB 5,000) yuan, nor more than *Renminbi* fifty thousand (RMB 50,000) yuan on the senior management of an insurance company who are directly responsible for, as well as the personnel directly involved in the offense that is not in compliance with the provisions of this Law, but which does not constitute a crime ». ³³¹

Pour les fautes les plus importantes, l'amende prévue par la même loi affecte autant ledit personnel que ladite compagnie. À cet égard, son article 140 stipule que :

« Anyone who violates the provisions of this Law, and commits either of the following acts, shall be subject to the direction of the financial supervision and regulation department for correction, and a fine of not less than *Renminbi* one hundred thousand yuan (RMB 100,000) nor more than *Renminbi* five hundred thousand yuan (RMB 500,000) ». ³³²

4. L'annulation du permis d'administration.

Dans le cas d'une infraction particulièrement grave ou d'une faute de remplir ses obligations légales, la Banque populaire de Chine peut retirer à l'entreprise financière concernée son permis d'administration. Il y a plusieurs articles qui concernent cette sanction dans les lois sur l'assurance et les banques commerciales. ³³³ Nous estimons que celle-ci constitue la sanction la plus sérieuse dans le marché financier, puisqu'elle affecte directement les droits à l'autonomie dans l'administration d'une entreprise financière tant chinoise qu'étrangère et supprime sans aucun doute sa présence dans

³³¹ Art. 143 de la « Loi sur l'assurance ».

³³² Ibid., art. 140.

³³³ Art. 74 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 133, 136 et 138 de la « Loi sur l'assurance »; Kai Lei, op.cit., note 149, p. 32.

ce marché. Ses effets sont donc énormes.

Bref, les sanctions de la Banque populaire de Chine constituent des mesures disciplinaires sévères à l'encoutre d'une entreprise financière tant chinoise qu'étrangère lorsqu'elle viole la loi. Parfois, le devoir de corriger la violation, la confiscation des revenus illégaux et l'amende ne sont pas toujours suffisants pour certaines d'autres violations très graves de lois. Dans le cas où aucune correction de violation n'a été complétée par l'entreprise en question après l'expiration du délai prévu, la Banque populaire de Chine peut annuler le permis d'administration selon les lois et ceci constitue la sanction la plus sérieuse. Si l'infraction dépasse le cadre couvert par les mesures disciplinaires expliquées plus haut, il faut alors se tourner vers les poursuites en regard des responsabilités civile et criminelle.

Exemples d'institutions financières sanctionnées par la BPC³³⁴

| <i>Location</i> | <i>Organization</i> | <i>Particulars</i> | <i>Penalty</i> |
|--------------------|---|---|---|
| Henan | The financial centre of a branch of the People's Bank of China. | Raised RMB 103 million in call loans where RMB 70 million of the loans was approved by the general manager. | The general manager of the financial centre was demoted and moved to other duties. |
| Dongwan, Guangdong | A branch of the Industrial and commercial Bank of China. | Persuaded a senior bank official to authorize loans of RMB 57.05 million which exceeded its entitlement. | The officials in charge were demoted and moved to other duties: a Communist Party Secretary was sacked. |

³³⁴Source: Guiguo Wang et Stephen Foo, op.cit., note 6, figure 2, p. 27.

| | | | |
|-------------------------------|--|--|---|
| Guangxi | A trust and investment corporation under the Regional Branch of the Industrial and commercial Bank of China. | Raised loans of RMB 16.8 million which exceeded the credit limit. | The vice-manager was demoted and moved to other duties. |
| Fucheng, Sichuan | A branch of the Bank of China. | Approved a loan of RMB 18.17 million to its subsidiary, a labour services company, and kept all transactions outside the bank's records. | The president was dismissed. |
| Yuxi, Yunnan | A branch of the Agricultural Bank of China. | The president required a trust and investment house to make loans of RMB16 million. | The president was demoted and moved to other duties. |
| Shanxi | A branch of the Construction Bank of China. | Approved use of floating funds to invest RMB 130 million in fixed assets without credit analyses. | The president was demoted and moved to other duties. |
| Nanchang, Jiangxi | A branch of the Bank of Communications. | Raised loans of RMB5 million improperly. | The president was demoted and moved to other duties. |
| Shenzhen, Guangdong | A branch of the CITIC. | Unauthorized increase in interest rates to attract deposits. | The general manager was demoted and moved to other duties. |
| Hainan Shenzhen, Guangdong | The Huanan Finance Company. Shenzhen Development Bank. | Shenzhen Development Bank granted RMB 40 million in loans to the Huanan Finance Company. | The Bank's general manager was fired; the deputy director of the Company was demoted and moved to other duties. |
| Hainan | The Shenyang Office of the Weitong International Trust and Investment Company. | Raised loans of RMB 10 million without authorization. | The business licence of the office was revoked and the officer-in-charge was fired. |
| | | | |

C. Les poursuites en responsabilité civile ou criminelle.

Dans le marché financier chinois, certaines infractions sont tellement graves qu'elles commandent des pénalités supérieures aux sanctions expliquées plus haut. À cet égard, les lois sur les banques commerciales, l'assurance et les valeurs mobilières prévoient une série de poursuites civiles ou criminelles. Par exemple, l'article 33 de la « Loi sur les banques commerciales » exige d'une banque commerciale tant chinoise qu'étrangère qu'elle respecte la libre volonté de ses déposants de déposer ou de retirer leurs fonds et qu'elle garantisse le paiement tant des dépôts que de leurs intérêts. Il est interdit de retarder ou de refuser ce paiement.³³⁵ En cas de violation de ces dispositions, l'article 73 prévoit que :

«A commercial bank shall assume liability for payment of default interest and other civil liability where property of depositors or other customers is damaged».³³⁶

La « Loi sur l'assurance » prévoit aussi des poursuites en responsabilité civile en cas de violation. À cet égard, son article 144 stipule que :

« Anyone who violates this Law and causes damage or loss to others, shall be subject to civil proceedings in accordance with laws ».³³⁷

³³⁵Art. 33 de la « Loi sur les banques commerciales »; Kai Lei, *op.cit.*, note 149, p. 32; D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 142, p. 211.

³³⁶*Ibid.*, art. 73.

³³⁷Art. 144 de la « Loi sur l'assurance ».

Dans le cas où une entreprise financière commettrait un crime, les poursuites criminelles sont applicables en conformité avec les lois. Par exemple, les violations aux dispositions relatives à la supervision par la Banque populaire de Chine, notamment sur les prêts et sur les investissements par une banque commerciale, font l'objet de poursuites criminelles.³³⁸ D'ailleurs :

« Moreover criminal liability can be imposed for various acts such as soliciting or receiving bribes, misappropriating funds or breaching state secrets ».³³⁹

Nous pouvons également trouver des dispositions semblables dans la « Loi sur l'assurance » à l'égard d'une compagnie qui viole la loi.³⁴⁰

« Part seven of the Insurance Law sets out the criminal penalties for violations of the provisions of the Insurance Law by insurance companies, insurance agents, insurance brokers and their employees ».³⁴¹

Ainsi, il y a trois catégories de responsabilités légales punissables en ce qui concerne les violations des lois dans le marché financier chinois : (1) les sanctions administratives, (2) les poursuites en responsabilité civile et (3) celles en responsabilité criminelle. Les violations relativement moins graves commises par une entreprise financière amènent des sanctions administratives exercées par la Banque populaire de Chine. Tandis que celles graves provoquent des poursuites en responsabilité civile ou criminelle, selon le cas, en plus des sanctions administratives.

³³⁸ Art. 74 et 76 de la « Loi sur les banques commerciales ».

³³⁹ D. K. Srivastava, *op.cit.*, note 142, p. 213.

³⁴⁰ Art. 131 à 146 de la « Loi sur l'assurance ».

³⁴¹ Clement Sum, *op.cit.*, note 245, p. 50.

D. La mise sous tutelle.

En Chine, les textes chinois octroient à la Banque populaire de Chine non seulement les pouvoirs de contrôler de façon normale le marché financier, mais aussi les mandats pour prendre des mesures exceptionnelles le cas échéant. En effet, afin de maintenir ce marché stable et ordonné, la Banque populaire de Chine a les pouvoirs de mettre sous sa tutelle une entreprise financière en crise grave qu'elle soit chinoise ou étrangère.

Selon les lois, la mise sous tutelle d'une entreprise financière implique son contrôle total par la Banque populaire de Chine pour une certaine période. Lorsqu'une entreprise a eu une grave crise de crédibilité, ou risque d'en avoir une, ce qui menace d'affecter de façon importante les droits et les intérêts de ses clients, la Banque populaire de Chine peut intervenir et placer cette entreprise sous tutelle. Elle exerce alors les pouvoirs de gestion à sa place et prend toute mesure nécessaire à la protection des droits et des intérêts des clients de l'entreprise et au rétablissement de la situation normale.³⁴²

Les objectifs de cette mise sous tutelle sont d'abord la protection des droits et des intérêts des clients et ensuite, le rétablissement du fonctionnement normal de cette entreprise. Tant sur le plan de la décision que de l'exécution, la mise sous tutelle d'une entreprise est du ressort de la Banque populaire de Chine. Dans ce sens, la mise sous tutelle constitue une mesure unilatérale et forcée. Évidemment coercitive, cette mesure exceptionnelle peut affecter considérablement les droits et les

³⁴² Art. 64 de la « Loi sur les banques commerciales »; voir aussi art. 113 à 116 de la « Loi sur l'assurance »; Kai Lei, op.cit., note 149, p. 32; Clement Sum, ibid., p. 40.

intérêts de l'entreprise concernée.³⁴³

Pour prévenir les abus de pouvoir dans l'exercice de mise sous tutelle, les lois imposent à la Banque populaire de Chine certaines conditions et procédures qui permettent un contrôle ultérieur de ses pouvoirs discrétionnaires. Par exemple, selon la « Loi sur les banques commerciales », la Banque populaire de Chine doit rendre publique sa décision qui mentionne nettement les raisons et la durée. L'organisme exerçant la tutelle doit également être désigné. Plus précisément, ladite décision doit nécessairement comprendre les éléments suivants selon son article 65 :

- a. Le nom de la banque commerciale à mettre sous tutelle
- b. Les raisons de la mise sous tutelle
- c. L'organisme qui exerce la tutelle, et
- d. La durée de la mise sous tutelle.³⁴⁴

En ce qui concerne la durée, elle est d'au plus deux ans et commence à la date d'exécution de la décision, quoique la Banque populaire de Chine ait les pouvoirs de prolonger ce délai.³⁴⁵ Et à partir de cette date, l'organisme de tutelle exerce tous les pouvoirs d'administration de la banque visée. Une fois que la mise sous tutelle est en vigueur, elle ne se termine que dans trois circonstances, qui sont les suivantes selon le même article :

- a. à l'expiration de la durée de mise sous tutelle prévue ou l'expiration de la prolongation décidée par la Banque populaire de Chine
- b. au rétablissement du fonctionnement normal avant l'expiration de la durée de mise sous tutelle,

³⁴³ Art. 64 et 65 de la « Loi sur les banques commerciales ».

³⁴⁴ Ibid., art. 65.

³⁴⁵ Ibid., art. 66 et 67; Kai Lei, op.cit., note 149, p. 32.

c. ou lorsqu'avant l'expiration de la durée de mise sous tutelle, cette banque commerciale a été fusionnée ou légalement été mise en faillite.³⁴⁶

Suite à l'adoption de la « Loi sur les banques commerciales » en 1995, la Banque populaire de Chine a, pour la première fois en novembre 1997, exercé ses pouvoirs de mise sous tutelle à l'encontre d'une société coopérative de crédit locale. Il s'agit de l'affaire de la *Société coopérative de crédit urbaine de l'Érable rouge*.³⁴⁷

La ville de *Guiyang* est le chef-lieu de la province du *Guizhou* dans le sud-est de la Chine. La *Société coopérative de crédit urbaine de Guiyang* y a son siège social. Elle est une société générale composée de diverses sociétés locales dont ladite société en affaire. Après enquête, la Banque populaire de Chine a constaté que les dettes de ladite société dépassaient la totalité de ses actifs et que cette situation était due à une mauvaise administration qui causait des préjudices considérables aux droits et aux intérêts de ses déposants et autres clients.

Les liens familiaux du personnel étaient l'une des causes principales de cette crise. Un haut fonctionnaire de la Banque populaire de Chine avait qualifié la société de « celle de parents proches ». En effet, ses membres avaient des liens de parenté proche entre eux ou avec des clients, et des prêts avaient été accordés en fonction de cette parenté contrairement aux dispositions de l'article 83 de la « Loi sur les banques commerciales ». Ce qui amène que ses comptes en souffrance se sont accumulés rapidement, jusqu'à ce que sa dette dépasse son capital disponible et que la crise grave

³⁴⁶Ibid., art. 68.

³⁴⁷*Journal de Zaobao* à Singapour du 11 novembre 1997, <<http://www.asial.com.sg/zaobao/pages/cj0165.html>> et *Journal de Mingpao* à Hong Kong du 5 novembre 1997, <<http://www.mingpao.com/newspaper/971105/ca306.htm>>.

surviene. Ladite société a donc été mise sous tutelle par la Banque populaire de Chine. Son personnel de direction a été changé et l'on espérait en rétablir le fonctionnement normal en six mois. Une fois la situation redevenue normale, ladite société a alors pu réintégrer sa société générale.

En résumé, l'article III de l'AGCS demande que les pays membres assurent la transparence de la réglementation intérieure non seulement en publiant les mesures qui affectent le commerce des services, mais aussi en faisant, à notre avis, connaître les autorités de supervision. Pour faire connaître lesdites autorités, la Banque populaire de Chine, en tant que banque centrale, applique les dispositions législatives dans le marché financier et ainsi réglemente ce dernier selon la loi.

Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, l'article VI de l'AGCS exige l'indépendance des autorités de supervision ou de juridiction. À cet égard, l'adoption d'une loi nationale en 1995 accorde à la banque centrale une autonomie accrue dans le libre exercice de ses pouvoirs de réglementation. Ses fonctions et pouvoirs sont clairement prévus par cette loi. La banque centrale a l'obligation d'appliquer les dispositions législatives dans le marché financier lorsqu'elle approuve l'établissement, les modifications ou la fermeture d'une entreprise financière tant chinoise qu'étrangère. Elle ne peut par ailleurs sanctionner celle-ci qu'en suivant la procédure légale, qui impose le devoir de corriger la violation, la confiscation des revenus illégalement générés, l'amende, l'annulation du permis d'administration et la mise sous tutelle. La connaissance de l'organisation de la Banque populaire de Chine, de ses fonctions, de ses pouvoirs et du mécanisme de sanctions, accessible grâce à la règle de transparence, est donc d'une grande utilité, tant pour faciliter le règlement de vrais litiges que pour éviter des litiges inutiles.

Bref, nous estimons que les pouvoirs de la Banque populaire de Chine constituent des outils essentiels et nécessaires de réglementation du marché financier. Cependant, nous venons de voir que ses pouvoirs d'approbation, de sanction et de contrôle exceptionnel peuvent affecter d'une façon directe et considérable les droits et intérêts de ses administrés. Pour cette raison, ils doivent être légalement contrôlés et révisés quant à leur légalité et leur opportunité par les organismes de révision.

Chapitre V. La révision des mesures administratives

L'article VI de l'AGCS exige d'un pays membre l'établissement et le maintien de tribunaux judiciaires, administratifs et d'arbitrage, afin d'assurer au requérant (1) un système de révision efficace compte tenu des délais inévitables, (2) la légalité des mesures, (3) la vérification de l'opportunité de toute mesure qui affecte le commerce de services dans ce pays, (4) le pouvoir des autorités chargées de la révision de modifier une mesure illégale ou inopportune et (5) l'indépendance des autorités qui exercent cette révision des mesures. En Chine, la révision consiste essentiellement en une révision judiciaire, exercée par les cours populaires qui font office d'autorités judiciaires, et en une révision administrative, exercée par les autorités gouvernementales. Dans ce chapitre, nous analyserons ces deux systèmes en étudiant successivement les points qui correspondent aux cinq conditions fondamentales de l'article. Nous indiquerons aussi les limites de leur action sur le marché financier chinois, limites auxquelles nous proposerons des améliorations. Enfin, nous examinerons pourquoi le système d'arbitrage ou de médiation n'est pas en principe applicable pour résoudre un litige administratif en Chine.

I. La révision judiciaire.

En Chine, le système juridique a créé un mécanisme de révision judiciaire contre l'abus possible des pouvoirs gouvernementaux. Avec la « Loi sur le contentieux administratif », la révision par les autorités judiciaires sert à protéger les droits et les intérêts des individus ou personnes morales, tant

chinois qu'étrangers.³⁴⁸ Nous analyserons dans cette section les autorités judiciaires chinoises et leur indépendance ainsi que la « Loi sur le contentieux administratif », la recevabilité, les caractères et les règles du contentieux administratif. Nous étudierons aussi ce qui est selon nous une spécificité chinoise, les pouvoirs de modifier les sanctions inévitables, quoique légales, par les autorités judiciaires.

A. Les cours populaires.

En Chine, les autorités judiciaires chinoises s'appellent les « cours populaires ». Nous remarquons tout de suite l'adjectif, « populaire », qui qualifie les autorités judiciaires chinoises. Cet adjectif a un sens plus politique que juridique. Selon les désirs des fondateurs de la Chine populaire en 1949, c'est le peuple qui devait désormais être le vrai maître dans le pays. Nous constatons que le Parquet populaire et la Banque populaire de Chine se prévalent du même qualificatif. Évidemment, à l'époque de leur fondation, la chose allait de soi. Ainsi, comme pour d'autres organismes étatiques en Chine, cet adjectif « populaire » a été donné aux autorités judiciaires chinoises au moment de la fondation du régime socialiste en 1949.

L'adjectif « populaire » avait à cette époque-là une double fonction. D'une part, il visait essentiellement à attribuer la propriété de ces cours au peuple chinois sous le nouveau régime. D'autre part, il visait aussi à se différencier des cours de l'ancien régime du *Guomindang* (le Parti nationaliste) qui s'était exilé à l'île de Taiwan. Cependant, au plan juridique, cet adjectif n'a jamais

³⁴⁸David L. Weller, *op.cit.*, note 3, pp. 1238 et 1239.

signifié que les cours populaires étaient composées uniquement de délégués du peuple. De fait, elles sont composées de juges professionnels provenant de toutes les disciplines. De même, le Parquet populaire et la Banque populaire de Chine n'ont jamais été composés de délégués provenant de la masse. Ce sont toujours des spécialistes du droit ou des finances qui y préparent les affaires selon les principes et les règles appropriées et prévus par les textes. Strictement, les cours populaires n'ont rien de vraiment « populaire ». Elles constituent cependant la seule autorité judiciaire, puisqu'il n'existe aucune cour ou aucun tribunal exclusivement administratifs en Chine. Nous nous permettons ci-après d'éliminer cet adjectif « populaire » pour les cours, afin d'éclaircir le terme.

Au plan national, les cours sont réparties en quatre paliers. Du haut vers le bas, ce sont d'abord la Cour suprême, suivie des cours supérieures, intermédiaires, et finalement les cours de base, c'est-à-dire de première instance.³⁴⁹ Comme son nom l'indique, la Cour suprême constitue l'autorité judiciaire suprême et unique en Chine. Elle siège à *Beijing*, capitale de la Chine. Une cour supérieure a été installée dans chaque province, région autonome et ville relevant directement de l'autorité centrale. À l'exception de Hong Kong, de Macau et de l'île de Taiwan, la Chine possède 23 provinces, 5 régions autonomes et 4 villes relevant directement de l'autorité centrale. En conséquence, nous comptons 32 cours supérieures en Chine. Elles sont naturellement installées dans le chef-lieu des provinces et régions et, bien sûr, dans les quatre villes. Ensuite, nous pouvons dénombrer un certain nombre de cours intermédiaires installées dans chaque ville et district. Pour ce qui est des cours de première instance, elles sont très nombreuses, et réparties sur tout le territoire

³⁴⁹Raymond Blet, Marie-France Gérard, Monique Buémann et al., *La justice en Chine, Des Cent fleurs aux cent codes*, Paris, François Maspero, 1979, pp. 92 et 225; Pitman B. Potter, *Administrative Litigation Law May Offer Some Protection Against Abuse of Power*, (November 1990) East Asian Executive Reports, p. 10.

chinois ; il serait difficile d'en déterminer le nombre exact.

B. L'indépendance des cours.

L'article VI de l'AGCS insiste beaucoup sur l'indépendance des autorités de révision par rapport à celles de qui émane une mesure contestable. Les cours sont indépendantes selon la loi. Cette indépendance est garantie tant par la loi fondamentale et d'autres lois chinoises que par le contrôle du Parquet populaire. D'ailleurs, les juges chinois sont nommés par les assemblées populaires, organes législatifs chinois, et ils ne sont responsables qu'aux divers échelons des dites assemblées.³⁵⁰

D'abord, la « Loi de la Constitution » garantit l'indépendance des cours. Selon son article 126 :

« Les tribunaux populaires procèdent de façon indépendante, conformément aux dispositions de la loi. Ils ne souffrent aucune ingérence des organes administratifs, des groupements sociaux ou des individus ».³⁵¹

Ensuite, d'autres lois chinoises garantissent aussi l'indépendance des cours. Parmi ces lois, la « Loi organique des cours populaires »³⁵² énonce clairement l'indépendance des cours : « The people's

³⁵⁰Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, p. 43; Song Bing, *Assessing China's System of Judicial Review of Administrative Actions*, (Win-Spr.1994) 8 China law reporter=Chung-kuo fa lu chi kan 1-2, p. 17.

³⁵¹Art. 126 de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, op.cit., note 158, p. 129.

³⁵²La « Loi organique des cours populaires de la République populaire de Chine » a été adoptée le 1^{er} juillet 1979 par la 2^e session de la 5^e Assemblée populaire nationale; elle a été amendée le 2 septembre 1983 par la 2^e session de la 6^e Assemblée populaire nationale ; voir *People's Courts Organic Law of the People's Republic of China*, dans Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 174.

Courts administer justice independently, subject only to the law ». ³⁵³ La « Loi sur le contentieux administratif » accorde la même autonomie aux cours en matière de litiges. Elle indique nettement qu'appuyées par la loi, fortes de leur indépendance, les cours possèdent le pouvoir de trancher les litiges administratifs. ³⁵⁴ À cet égard, son article 3 stipule ce qui suit :

« In reviewing administrative proceedings, a court administers justice independently, according to the law, and without interference from any executive agency, social organization, or individual ». ³⁵⁵

C. La « Loi sur le contentieux administratif ».

Adoptée en 1989, la « Loi sur le contentieux administratif » a marqué une étape importante dans le développement du système juridique chinois vers l'État de droit, puisqu'elle octroie aux cours, pour la première fois dans l'histoire chinoise, le pouvoir de réviser les mesures administratives. Avant l'adoption de cette loi, cette révision était possible de diverses autres façons, par des articles comme l'article 41 de la « Loi de la Constitution », l'article 121 des « Principes généraux du droit civil » et l'article 3(2) de la « Loi sur la procédure civile ». Mais suite à l'adoption de cette loi, ce genre de révision est explicitement énoncé et systématiquement normalisé. Désormais, la Chine dispose de sa propre procédure légale dans l'exercice du contentieux administratif. ³⁵⁶

³⁵³Ibid., art. 4; Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, p. 48.

³⁵⁴Albert Hung-yee Chen, op.cit., note 8, p. 182.

³⁵⁵Art. 3 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, op.cit., note 184, p. 93.

³⁵⁶Song Bing, op.cit., note 350, pp. 2 et 18; David L. Weller, op.cit., note 3, pp. 1243, 1254 et 1257; Tan Hongkai, *Rule of Law Has Key Role in Society*, « China Daily » du 30 avril, 1996, p. 41.

L'élaboration de la « Loi sur le contentieux administratif » a été mise en marche en 1986 par la Commission des affaires législatives de l'Assemblée populaire nationale. Ce projet de loi a été d'abord publié au mois de novembre 1988 pour être étudié et commenté publiquement. Le projet définitif a été par la suite déposé en mars 1989 devant l'Assemblée populaire nationale et adopté au mois d'avril 1989. La date prévue d'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 1990, a été reportée au 1^{er} octobre de la même année pour mieux en préparer les dispositions et leur application.

L'article 70 de la loi énonce que les dispositions sont aussi applicables aux individus ou organismes étrangers, de sorte que les fournisseurs de services étrangers jouissent du traitement national dans le régime du contentieux administratif en Chine et peuvent contester une mesure particulière. L'adoption de cette loi marque une étape importante du système juridique chinois et a aussi une portée considérable sur la protection des droits et des intérêts des entreprises financières étrangères en Chine.³⁵⁷

La « Loi sur le contentieux administratif » contient 11 chapitres et 75 articles au total. Elle traite des dispositions générales et définit le champ d'application ainsi que le recours que tranche le juge à la demande d'un requérant. Elle prévoit les compétences des cours pour le litige et stipule les dispositions sur la définition des parties au litige. Elle énumère les types de preuves admissibles et précise comment elles sont admises. Elle s'intéresse aussi au jugement, à la décision judiciaire, à l'exécution des décisions juridictionnelles ainsi qu'aux responsabilités quant au préjudice causé. L'article 71 traite spécifiquement de l'application de la loi aux étrangers. Ceux-ci jouissent les

³⁵⁷ Art. 70 et 71 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, pp. 89 et 110; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 349, pp. 9 à 12.

mêmes droits et obligations que les Chinois lorsqu'ils soulèvent un contentieux contre une ou des autorités chinoises, donc un traitement national.³⁵⁸

Dans le marché financier chinois, la « Loi sur le contentieux administratif » peut être utilisée pour contester une mesure particulière de la Banque populaire de Chine. En principe, elle permet aux cours de réviser la légalité de la sanction.³⁵⁹ Dans certaines circonstances, la cour peut même modifier une sanction qui ne serait pas en apparence équitable (*apparently unfair*).³⁶⁰ Nous développerons ce sujet plus loin.

D. La recevabilité du contentieux administratif.

Titre « Recevabilité » et comportant deux articles, le deuxième chapitre de la « Loi sur le contentieux administratif » énonce explicitement la recevabilité du litige. Il énumère les huit raisons qui permettent à un requérant de soulever un litige devant une cour compétente.³⁶¹ Celles-ci à part, les cours acceptent et reçoivent aussi les autres causes de contentieux prévues par les lois et les

³⁵⁸Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*, p. 90; Song Bing, *op.cit.*, note 350, p. 3.

³⁵⁹Art. 5 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*, p. 94; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 349, pp. 9 et 11; Song Bing, *ibid.*, pp. 1 et 13; David L. Weller, *op.cit.*, note 3, pp. 1257 et 1262.

³⁶⁰Edward L. Rubin, *Administrative Law and the Complexity to Culture*, dans Ann Seidman, Robert B. Seidman et Janice Payne, *Legislative Drafting for Market Reform, Some Lessons from China*, Macmillan Press Ltd, 1997, p. 93.

³⁶¹Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 179.

règlements.³⁶² Ces huit causes sont :

- « a. administrative punishments such as detention, fines, cancellation of a permit or license, orders to terminate business or production, and expropriation**
- b. mandatory administrative actions such as personal detention or attachment of property**
- c. violations of the managerial freedom that is authorized by law**
- d. refusals to issue a permit or license or refusals to respond to a request to issue a permit or license where applicant has met the conditions for issuance**
- e. refusals to protect individual or property rights or refusals to respond to a request to protect individual or property rights where there is a legal obligation or responsibility to provide such protection**
- f. refusals to grant pensions to the disabled or to survivors**
- g. unlawful compulsion to carry out an obligation, or**
- h. other violations of individual or property rights ».**³⁶³

Cependant, tous les litiges ne sont pas assujettis au régime de ce contentieux. Par exemple, ce dernier ne peut pas être exercé contre une mesure d'application générale. À cet égard, l'article 12 de la « Loi sur le contentieux administratif » exclut du champ de recevabilité quatre catégories de litiges, soit, (1) les actions de l'État, (2) les mesures internes des autorités, (3) les mesures d'application générale et (4) les mesures d'application particulière, mais sur lesquelles les autorités ont compétence pour rendre une décision finale³⁶⁴ :

- « a. state acts such as national defence and foreign affairs**
- b. universally enforceable orders or decisions**
- c. personnel decisions such as award/punishment, bonus/penalty, and**

³⁶² Art. 11 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 96; David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1258.

³⁶³ *Ibid.*; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, pp. 88 à 89.

³⁶⁴ Jingzhou Tao, *ibid.*, p. 87; Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 179; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 349, p. 10.

appointment/removal, or
d. final judgments that executive agencies are legally authorized to make ». ³⁶⁵

Les lois chinoises n'ont pas défini de façon précise les « actes de l'État ». En général, ceux-ci s'entendent de décisions qui concernent les relations internationales et la sécurité nationale. Essentiellement, il s'agit de prises de décision des autorités étatiques dans les domaines tant de la diplomatie que de la défense nationale.³⁶⁶ Ces actes sont l'expression de la volonté de l'État et sont exercés par les autorités étatiques en vertu de pouvoirs exceptionnellement octroyés par la loi ; la Chine les soustrait à la révision judiciaire.

Selon les lois chinoises, le pouvoir de contrôle sur les mesures internes appartient aux autorités supérieures, aux organisations de supervision ou au bureau du personnel concerné. Ainsi, en général, les mesures disciplinaires, les récompenses, les promotions, la nomination et la révocation, les mesures internes au sein des autorités échappent à la révision judiciaire selon la « Loi sur le contentieux administratif ». ³⁶⁷ Par conséquent, les cours ne sont pas saisies des litiges contre ces mesures internes au sein des autorités.

Les mesures générales et particulières sont en Chine des concepts opposés. Les premières s'appliquent en principe à tout individu ou tout organisme. Essentiellement, elles comprennent des règlements, des décrets, des décisions et des ordres. Bien que leur nomenclature diffère, ces mesures

³⁶⁵ Art. 12 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 97.

³⁶⁶ Song Bing, *op.cit.*, note 350, p. 7; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 87.

³⁶⁷ Song Bing, *ibid.*; Jingzhou Tao, *ibid.*, p. 88.

ont un caractère abstrait et se réfèrent aux promulgations de documents normatifs, d'application générale à une catégorie de situations. Et comme elles sont d'application générale, toute révision judiciaire sur leur légalité est exclue.³⁶⁸

Le juge a toutefois le pouvoir de vérifier toutes les mesures particulières, sauf quelques exceptions que nous expliquerons dans les paragraphes suivants. Les mesures particulières se définissent comme suit :

« (as) unilateral actions made by state administrative organs and those organs which are legally authorized to exercise administrative powers on specific issues affecting the rights and duties of citizens, legal persons or other organizations ».³⁶⁹

En d'autres mots, une mesure particulière en Chine est :

« A specific administrative action or administrative measure (*xingzheng cuoshi*)[**which**] is performed in relation to more specific circumstances, events or persons, and may take the forms of an order to do something (eg. : pay taxes, remove a source of pollution, remove illegal building structures), a grant, a deprivation, a permit, an exemption, a refusal, a certification, etc ».³⁷⁰

En Chine, ces mesures particulières font l'objet de litiges qui sont jugés par une autorité qui constitue la dernière instance selon la loi. La mesure étant créée par une loi, elle est inattaquable.³⁷¹

Puisque l'autorité responsable a compétence pour traiter un litige, la mesure fait l'objet d'une dérogation explicite à la révision judiciaire; c'est le cas de certaines lois chinoises. Par exemple, la

³⁶⁸ Albert Hung-yee Chen, op.cit., note 8, p. 204; Song Bing, ibid., p. 5; Jingzhou Tao, ibid., p. 87; David L. Weller, op.cit., note 3, p. 1259.

³⁶⁹ Song Bing, ibid., p. 4; David L. Weller, ibid., p. 1260.

³⁷⁰ Albert Hung-yee Chen, op.cit., note 8, p. 204.

³⁷¹ Jingzhou Tao, op.cit., note 159, p. 88.

« Loi sur les transferts frontaliers des citoyens » et la « Loi sur les transferts frontaliers des étrangers »³⁷² prévoient un seul recours pour les intéressés. Dans une contestation de décision sur un transfert frontalier, un requérant peut soit demander une révision à l'autorité au-dessus de celle qui a pris la décision, soit soulever un litige directement devant une cour compétente.³⁷³ Néanmoins, s'il choisit la démarche de révision auprès de l'échelon supérieur de l'autorité, celle-ci devient l'instance finale; finale aussi, sa décision. Le requérant s'est privé de tout autre recours.

Les articles 21, 22 et 35 de la « Loi sur les marques de commerce »³⁷⁴ peuvent nous fournir d'autres exemples quant à l'irrecevabilité de certains griefs contre des mesures particulières sur lesquelles les autorités ont compétence pour rendre une décision finale. Par exemple, voici ce que l'article 22 prévoit :

« Where the application for registration of a trademark is refused and no publication of the trademark is made, the Trademark Office shall notify the applicant of the same in writing. Where the applicant is dissatisfied, he may,

³⁷²La «Loi sur les transferts frontaliers des étrangers de la République populaire de Chine» et la « Loi sur les transferts frontaliers des citoyens de la République populaire de Chine » ont été adoptées le 22 novembre 1985 par la 13^e session du Comité permanent de la 6^e Assemblée populaire nationale ; elles ont été promulguées le même jour par les décrets no. 31 et 32 du président de la République populaire de Chine; leur date d'entrée en vigueur était le 1^{er} février 1986 ; Li & Partners Attorneys at Law, *The First Databank of Chinese Law on Internet*, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/6-22.html>> et <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/6-23.html>>.

³⁷³Art. 15 de la « Loi sur les transferts frontaliers des citoyens »; voir aussi art. 29 de la « Loi sur les transferts frontaliers des étrangers ».

³⁷⁴La « Loi sur les marques de commerce de la République populaire de Chine » a été adoptée le 23 août 1982 par la 24^e session du Comité permanent de la 5^e Assemblée populaire nationale ; elle a été amendée le 22 février 1993 par la 30^e session dudit Comité de la 7^e Assemblée populaire nationale et promulguée par le décret du président de la République populaire de Chine ; University of Maryland School of Law, Chinalaw Web - PRC, *Trademark Law of the People's Republic of China*, <<http://www.qis.net/chinalaw/ctmlaw.htm>>.

within fifteen days from receipt of the notification, apply for a review. The Trademark Review and Adjudication Board shall make a final decision and notify the applicant in writing ».³⁷⁵

Également, la « Loi sur les brevets »³⁷⁶ fait état des mêmes dispositions et confie au Comité de réexamen des brevets le jugement en dernière instance des litiges sur les brevets nouveaux ainsi que sur des procédés de fabrication. À cet égard, l'article 43 de cette loi stipule que :

« The decision of the Patent Reexamination Board in respect of any request, made by the applicant, the patentee or the person who made the request for revocation of the patent right, for reexamination concerning a utility model or design is final ».³⁷⁷

Ces exceptions, à notre avis, restent sans conséquence sur les garanties de révision prévues dans l'AGCS, puisqu'il ne s'agit que de l'irrecevabilité de la révision judiciaire ; le requérant peut tout de même demander une révision en s'adressant aux organes de révision administrative.

E. Les caractéristiques du contentieux administratif.

Afin de faciliter la tâche à la partie plaignante, la « Loi sur le contentieux administratif » instaure une façon simple de soulever un litige. Par exemple, dans le marché financier, il suffit à une entreprise

³⁷⁵Ibid., art. 22.

³⁷⁶La « Loi sur les brevets de la République populaire de Chine » a été adoptée le 12 mars 1984 par la 4^e session du Comité permanent de la 6^e Assemblée populaire nationale; elle a été amendée le 4 septembre 1992 par la 27^e session dudit Comité de la 7^e Assemblée populaire nationale; voir Charles D. Pagle, *Patent Law of the People's Republic of China*, University of Maryland School of Law, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw107.htm>>.

³⁷⁷Ibid., art. 43.

financière chinoise ou étrangère d'estimer ou d'affirmer que la Banque populaire de Chine a porté atteinte à ses droits et intérêts. La partie plaignante n'a pas, selon la loi, à assumer le fardeau de la preuve. Les cours tranchent ce type de litiges selon les textes appropriés. Elles procèdent d'ailleurs d'après une juridiction spéciale. Tous ces éléments sont caractéristiques du contentieux administratif en Chine.

1. L'évaluation de la recevabilité d'une plainte

Selon l'article 2 de la « Loi sur le contentieux administratif », tout citoyen, toute personne morale ou organisation peut soulever un litige lorsqu'il estime qu'une atteinte a été portée à ses droits et ses intérêts par une mesure particulière d'autorités ou de leurs agents.³⁷⁸ D'après le législateur chinois, le dépôt d'une telle plainte constitue un recours de droit positif. Comme rien n'est confirmé avant la décision d'une cour, tels que des faits contestables, des preuves attestées et des accusations, il devient illogique d'imposer au plaignant l'obligation de fournir des preuves, qui restent à démontrer, au moment de déposer sa plainte. Tout individu et toute personne morale peuvent naturellement exercer ce droit sans nécessairement avoir de preuves. Ainsi, on pourrait même dire qu'un tel litige peut être soulevé au gré d'un requérant. En d'autres termes, même une demande arbitraire, frivole ou vexatoire peut être soulevée par un requérant, mais celui-ci devra subir toutes les conséquences d'avoir perdu sa cause, telles qu'au moins la prise en charge des frais de processus judiciaire de l'accusé et la réparation des dommages commerciaux et honoraires pour l'accusé, s'il traite le processus de façon irresponsable. C'est le même cas dans le marché financier chinois pour soulever

³⁷⁸ Art. 2 de la « Loi sur le contentieux administratif »; David L. Weller, op.cit., note 3, p. 1258.

un litige contre la Banque populaire de Chine. Grâce à des modalités simples, les cours peuvent facilement recevoir les demandes et ainsi réviser et contrôler le plus amplement possible les mesures particulières de la Banque populaire de Chine. De cette manière, elles garantissent au mieux les droits et les intérêts de tout particulier ou de toute entreprise qui mène des activités financières.

2. Le fardeau de la preuve.

Dans le régime de contentieux administratif en Chine, le fardeau de la preuve incombe à la partie défenderesse, c'est-à-dire, à l'auteur de la mesure contestable.³⁷⁹ À cet égard, l'article 32 de la « Loi sur le contentieux administratif » stipule ce qui suit :

« Defendants have the burden of proving the lawfulness of the specific administrative action they carry out and should provide the relevant evidence and statutory documents on which their specific administrative action is based ».³⁸⁰

Ici, la partie défenderesse désigne toujours une autorité gouvernementale. Celle-ci doit expliquer les raisons de la mesure et produire les textes normatifs qui la justifient.³⁸¹ Les règles générales de droit dans le système juridictionnel chinois cherchent toujours à équilibrer les droits et obligations entre les intéressés. Il est par conséquent logique d'appliquer la règle suivant laquelle que plus une partie possède de droits et pouvoirs, plus elle doit assumer d'obligations et de devoirs.

³⁷⁹Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 349, p. 10; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 89.

³⁸⁰Art. 32 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

³⁸¹*Ibid.*, art. 25; Song Bing, *op.cit.*, note 350, p. 9.

À titre d'exemple, le fardeau de la preuve opère différemment selon qu'il s'agisse du contentieux administratif ou de la procédure civile en Chine. Dans cette dernière, la preuve incombe de façon égale aux deux parties, tant plaignante que défenderesse. Elles doivent l'une et l'autre présenter une preuve, parce qu'en droit privé, elles sont sur le même pied.³⁸² Par contre, en droit administratif, les deux parties n'ont pas force égale : les autorités gouvernementales jouissent d'une position dominante. En cas de litiges, elles ont suffisamment de moyens pour imposer leur volonté. Par conséquent les administrés se retrouvent souvent dans une situation défavorable, et peuvent même être les victimes d'abus de ces pouvoirs ; leur seul recours est de s'adresser à d'autres pouvoirs, tels que le contrôle judiciaire exercé par les cours. Les relations administratives sont naturellement inégales entre les autorités et leurs administrés. C'est la raison pour laquelle la « Loi sur le contentieux administratif » introduit pour les litiges une règle différente, quant au fardeau de la preuve, de celle qui a cours dans la procédure civile.

Nous estimons que le fait que le fardeau de la preuve incombe à la partie défenderesse dans le litige respecte les règles générales du droit et tient compte des positions respectives des parties en Chine. Cette règle permet de tempérer la puissance publique et d'amoindrir ses effets. Elle impose aux autorités des contraintes d'ordre juridique. Selon les règles générales du droit, toute mesure exercée par les autorités doit être fondée sur la légalité.

Par ailleurs, cette règle tient compte de la réalité chinoise. La relation entre administrateur et administré est à sens unique, où le second subit les décisions du premier, alors qu'en droit privé, les

³⁸² Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 183; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 76; Dominique T.C. Wang, *op.cit.*, note 159, p. 99.

parties exercent une influence réciproque. Un acte civil comporte souvent, comme un contrat, un caractère bilatéral ou multilatéral, puisqu'il exprime la volonté des parties en cause. Cependant, puisque une mesure administrative est rendue unilatéralement, les autorités n'ont pas besoin d'avoir le consentement de leurs administrés. Les gens sont régulièrement affectés par les décisions sans préavis, et peuvent être lésés sans qu'aucune des parties n'en prenne conscience. Par ailleurs, tous les documents qui accompagnent une mesure particulière ne sont pas toujours accessibles au public. Un particulier ou une entreprise, même partie plaignante, ne peut pas facilement vérifier les documents permettant d'établir la preuve d'une faute de la part des autorités.³⁸³

Dans ces circonstances, si la « Loi sur le contentieux administratif » obligeait la partie plaignante à prouver qu'une mesure unilatéralement prise par les autorités est illégale, elle serait généralement incapable à le faire. Non seulement les conséquences de cette obligation mettraient la partie plaignante dans une situation de vulnérabilité, mais elles permettraient aussi à la mesure fautive d'échapper à toute révision nécessaire. C'est la raison pour laquelle la « Loi sur le contentieux administratif » impose le fardeau de la preuve à la partie défenderesse.

Enfin, les autorités sont expressément défavorisées par rapport à la partie plaignante pour ce qui est de recueillir la preuve. Pour compenser le déséquilibre entre les deux parties, il est interdit aux autorités, en tant que partie défenderesse, de recueillir des preuves directement auprès de la partie plaignante ou des témoins au cours du processus selon l'article 33 de la « Loi sur le contentieux

³⁸³Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 101.

administratif ».³⁸⁴

Dans le marché financier chinois, toute entreprise financière peut soulever un litige devant une cour compétente simplement en donnant une estimation de l'importance de l'atteinte à ses droits et intérêts. Il n'existe dans un tel litige qu'une partie défenderesse, la Banque populaire de Chine, et c'est toujours elle qui doit fournir toutes les preuves et tous les textes normatifs relatifs à une mesure contestée.

Le fait que le fardeau de la preuve incombe à la partie défenderesse prend un sens particulièrement important pour une entreprise financière étrangère requérante. Toutes les entreprises financières étrangères ne sont pas en mesure de s'adapter rapidement au régime financier chinois et à la réglementation de la Banque populaire de Chine. Il serait donc plutôt difficile, pour une entreprise financière étrangère, de fournir des preuves de l'injustice d'une mesure à son égard. Heureusement, la loi lui permet un accès facile à ce contentieux et ainsi lui garantit ses droits et la protection de ses intérêts en Chine.

3. La juridiction spécialisée.

Les fonctions et les affaires administratives sont non seulement très variées, mais aussi très complexes. Leurs caractères hétérogènes et techniques exigent en conséquence des juges spécialisés. La spécialisation des juridictions du contentieux administratif s'adapte à celle des activités

³⁸⁴ Art. 33 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Albert Hung-yea Chen, *op.cit.*, note 8, p. 183.

administratives. Un généraliste peut difficilement mener à bien une révision de façon toujours objective et impartiale et en pleine connaissance de cause.³⁸⁵

Pour cette raison, une chambre administrative a été spécialement établie dans toutes les cours en Chine. Composée de juges spécialisés, elle est chargée de trancher les litiges administratifs. Pour assurer la spécialisation des juges de cette chambre, la Chine procède actuellement de deux façons. D'une part, elle la renforce avec de plus en plus de nouveaux diplômés en droit, essentiellement dans les cours de première instance. D'autre part, elle s'applique à instruire les juges en poste pour qu'ils se familiarisent rapidement avec les affaires administratives. À cette fin, la Chine a créé, en 1985, une université spécifiquement vouée à la formation des juges spécialisés. En 1988, la Cour suprême et le Ministère de l'éducation nationale (l'ancien Comité d'éducation nationale) ont établi en coopération un centre de formation des juges spécialisés.³⁸⁶ On y instruit aussi les juges spécialisés dans le contentieux administratif.

4. Les textes appropriés.

Bien que le système juridique chinois soit de droit coutumier et ait ses caractéristiques propres, il se réclamerait plus du modèle de droit civil que de la *common law*. Car le droit codifié y domine

³⁸⁵Song Bing, *op.cit.*, note 350, p. 16.

³⁸⁶Art. 3 de la « Loi sur le contentieux administratif »; son second paragraphe a été négligé dans les traductions de Stephen G. Wood et Liu Chong, mais il a heureusement été mentionné dans leurs commentaires ; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 94; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 176; Song Bing, *ibid.*, pp. 3 et 16; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 349, p. 10.

depuis longtemps et ce sont les textes de loi qui doivent être invoqués dans une procédure. Comme le régime du contentieux administratif n'est pas en soi procédurier, on ne tiendrait pas compte des causes jurisprudentielles dans la prise de décision. Les juges de cours doivent appliquer les textes légaux à la révision des mesures contestées.³⁸⁷

Le caractère de droit positif dans le régime juridictionnel, c'est-à-dire avec les textes appropriés, relève des anciennes traditions du système juridique chinois. Il n'existait au départ qu'un code criminel, qui était finalement un code mixte couvrant aussi les dispositions civiles et administratives dans l'ancienne société chinoise. Par exemple, le Code de la dynastie des *Tang* (618 - 907) comportait des lois non seulement constitutionnelles et criminelles, mais aussi relatives aux propriétés et aux biens. Ce code comportait également des réponses aux conflits entre les lois et entre les règlements gouvernementaux.³⁸⁸

Durant le dernier quart du XIX^e siècle, la Chine a commencé à réformer son système juridique sous la pression des crises politiques, économiques et sociales. Après avoir perdu la guerre contre les Japonais à la fin du même siècle, elle a invité quelques juristes japonais et européens à venir rénover son système juridique. Ceux-ci ont développé pour elle les premiers codes criminel et civil ainsi que certaines innovations de type constitutionnel qui portaient évidemment des caractéristiques d'un système de droit civil. Bien que ces travaux aient été finalement refusés et rejetés par l'impératrice *Cixi* qui était à la tête du gouvernement des *Qing* (1644 - 1911), cette tentative de rajeunissement

³⁸⁷David L. Weller, op.cit., note 3, p. 1258; Pitman B. Potter, ibid., p. 11; Stephen G. Wood et Liu Chong, ibid., p. 90.

³⁸⁸Stephen G. Wood et Liu Chong, ibid., dans la note 1, p. 91.

juridique a profondément marqué les Chinois et les a influencés jusqu'à nos jours.³⁸⁹

Donc, les premiers codes criminel et civil ainsi que nombre d'actes constitutionnels chinois possédaient des attributs du système du droit civil. Il est bon de rappeler par ailleurs que le système juridique japonais a été influencé par le code de droit civil allemand et y a fait des emprunts. Ainsi, influencé par le code allemand à travers du système japonais, le système juridique chinois partage les caractéristiques d'un régime de droit civil et qui nécessitent des textes qui lui soient propres. Par exemple, comme dans la tradition allemande, les pratiques législatives chinoises divisent généralement un texte en deux parties. La première traite des principes généraux, la seconde concerne les applications techniques de ces principes généraux. Entre les deux parties, les articles de transition sont importants, puisqu'ils dominent tout le texte et reprennent en même temps les principes généraux.³⁹⁰

Pour procéder à une révision d'une mesure contestable en Chine aujourd'hui, il faut des normes et des critères appropriés pour l'examen de sa légalité. Dans ce sens, les textes appropriés sont nécessaires pour la juridiction des affaires administratives. En général, les litiges administratifs sont tranchés par les juges selon la « Loi sur le contentieux administratif ». Les juges tiennent aussi compte d'autres lois comme celles établissant des normes et des critères pouvant servir à l'évaluation

³⁸⁹Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*; Percy R. Luney, *Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan*, (Spring 1989) 52 *Law and Contemporary Problems* 2, p. 131.

³⁹⁰Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*; Percy R. Luney, *ibid.*, pp. 131 et 147 à 150; Herbert Bernstein, *The PRC's General Principles from a German Perspective*, (Spring 1989) 52 *Law and Contemporary Problems* 2, p. 118.

de la légalité de mesures particulières. Essentiellement, les lois s'appliquent aux litiges financiers sont la « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales », la « Loi sur l'assurance » et la « Loi sur les valeurs mobilières ». Les juges chinois doivent également tenir compte du « Code pénal » et des « Principes généraux du droit civil » lorsqu'ils jugent soit des actes criminels soit des responsabilités civiles. De différents points de vue, ces lois chinoises permettent aux cours de réviser de façon opportune les mesures particulières de la Banque populaire de Chine. Toutes ces lois constituent des textes appropriés pour juger les litiges administratifs dans le marché financier.

F. Les règles du contentieux administratif.

Selon les lois chinoises, notamment la « Loi sur le contentieux administratif », le régime du contentieux administratif prévoit des règles concernant (1) l'accès à ce moyen de révision par le public, (2) la collégialité du processus décisionnel, (3) la récusation, (4) le droit à la défense, (5) le droit d'interjeter appel ainsi que (6) le contrôle de cette révision par le Parquet populaire.

1. Le caractère public.

Le caractère public signifie que l'examen et l'audition d'un litige sont en principe ouverts au public selon la « Loi de la Constitution », la « Loi organique des cours populaires » et la « Loi sur le contentieux administratif ». La « Loi de la Constitution » prévoit en principe l'audience publique de toutes les affaires devant les cours. Selon l'article 125, « Dans les tribunaux populaires, les causes

sont jugées en public, exception faite des cas particuliers prévus par la loi ». ³⁹¹ La loi organique et la « Loi sur le contentieux administratif » réaffirment aussi le même caractère public dans l'examen judiciaire des litiges. ³⁹²

Ce caractère a un double sens. La justice est rendue de manière ouverte pour tout particulier autant que pour tout organisme dans la société. Pour les particuliers, ce caractère permet à tout citoyen ou résident d'assister à toute la procédure de justice et au verdict, mais non au délibéré des juges. Pour les organismes, cette ouverture donne accès à l'audience à tout journaliste. Les médias, dont la presse écrite, sont libres d'interviewer les parties concernées, de rapporter le déroulement des procédures et de mettre le public au courant des circonstances de l'affaire. Cette règle permet d'informer le public sur cette forme de justice.

Exceptionnellement, l'audience peut se tenir à huis clos. La « Loi organique des cours populaires » prévoit trois circonstances dans lesquelles la justice doit être rendue à huis clos. À cet égard, l'article 7 indique que :

« All cases in the People's Courts are heard in public except those involving state secrets, personal shameful secrets and juvenile delinquencies ». ³⁹³

Autrement dit, les audiences se déroulent à huis clos lorsque les affaires portent atteinte aux secrets d'État, révèlent les détails de la vie intime ou portent sur des causes de délinquance juvénile.

³⁹¹ Art. 125 de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, op.cit., note 158, p. 129.

³⁹² Art. 7 de la « Loi organique des cours populaires »; voir aussi art. 6 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

³⁹³ Art. 7 de la « Loi organique des cours populaires ».

Évidemment, les juges saisis du litige ont le pouvoir d'évaluer si l'affaire touche l'un de ces trois cas et de décider de tenir la procédure à huis clos.³⁹⁴

Dans notre cas précis, la « Loi sur le contentieux administratif » impose explicitement le principe du jugement public pour les litiges. Selon elle, toutes les activités juridictionnelles de contentieux doivent généralement être accessibles à la connaissance du public, mais ce principe général souffre quand même quelques exceptions. À cet égard, l'article 45 stipule que :

« All judicial hearings involving administrative proceedings are heard in public except those judicial hearings involving state secrets, personal matters, or matters where the law provides for a closed hearing ».³⁹⁵

Comme dans la « Loi organique des cours populaires », il y a donc trois situations d'exception au principe de caractère public dans ce type de contentieux : les secrets d'État, les affaires intimes et les situations où les lois chinoises prévoient une audience à huis clos. Lorsqu'une de ces situations survient, les cours ne peuvent pas juger publiquement des litiges. Pour sauvegarder la sécurité des secrets d'État et préserver la paix sociale, certains litiges peuvent être débattus et résolus exceptionnellement à huis clos, si ces litiges impliquent des secrets d'État.

Certaines informations, comme les détails de la vie intime d'un individu et les données confidentielles ou stratégiques d'une entreprise constituent des renseignements dont la divulgation non consentie porterait atteinte à la réputation de la personne ou au bon fonctionnement de

³⁹⁴Dominique T.C. Wang, *op.cit.*, note 159, p. 48; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 182.

³⁹⁵Art. 6 et 45 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

l'entreprise. Ces informations à caractère privé sont aussi protégés par les lois chinoises. Si l'instruction d'un litige implique par exemple la divulgation d'éléments de nature intime, les droits et les intérêts des personnes en cause seraient brimés, leur dignité et leur réputation entachées, voire ruinées. Pour les protéger, la « Loi sur le contentieux administratif » prévoit donc une audience à huis clos. De même, un certain nombre d'autres décisions sont prises selon des règles ou des procédures spéciales. Pour certains litiges, les lois chinoises peuvent stipuler explicitement le huis clos. En tout cas, que l'audience soit tenue en public ou à huis clos, la sentence et la décision sont toujours publiques.

2. La collégialité.

La règle de la collégialité veut qu'une décision judiciaire soit en principe prise en collégialité dans les cours.³⁹⁶ En Chine, il existe deux systèmes de justice pour la connaissance des affaires judiciaires. L'un est un tribunal présidé par un juge seul, qui tranche des affaires et rend une décision. Dans l'autre, la justice est rendue en collégialité. Le tribunal présidé par un juge seul ne sert que pour les affaires civiles simples et les délits mineurs. Certaines lois prévoient spécifiquement un juge seul dans certaines affaires. À cet égard, l'article 10 de la « Loi organique des cours populaires » énonce que :

« In handling the first instance trials, the people's courts form a collegiate bench of judges and people's assessors except in simple civil cases, minor criminal cases and cases otherwise specified by law ».³⁹⁷

³⁹⁶Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, pp. 43 et 48.

³⁹⁷Art. 10 de la « Loi organique des cours populaires ».

Par nature, les litiges administratifs ne relèvent ni des affaires civiles ni criminelles. En conséquence, la justice dispensée par un juge seul ne s'applique pas aux litiges administratifs. Le même article 10 affirme encore : «... In administering justice, the people's courts adopt the collegiate system ».³⁹⁸

La « Loi sur le contentieux administratif » stipule donc explicitement la règle de la justice en collégialité.³⁹⁹ L'exercice de la justice en matière administrative exige des procès devant jury dans les cours. Cette loi prévoit un minimum de trois jurés, qui doivent être dans tous les cas en nombre impair.⁴⁰⁰ Quant aux formes de justice en collégialité, la loi en prévoit deux. Les jurys peuvent comprendre soit exclusivement des juges, soit des juges et des assesseurs [populaires]. La composition du jury dépend du caractère technique de l'affaire à juger. Il faut un jury composé de juges et d'assesseurs lorsque l'affaire concerne une technologie spécialisée ou une profession particulière, par exemple un litige sur les mesures d'impôt. La cour de première instance décide quelle forme doit prendre la procédure juridictionnelle.⁴⁰¹ Tout citoyen chinois qui a plus de 23 ans et qui a le droit de voter ou d'être élu est également admissible comme assesseur dans les cours. Il porte assistance au juge et intervient dans la procédure judiciaire dans un domaine donné et il jouit des mêmes droits que le juge selon les lois chinoises.⁴⁰² Dans la pratique courante, ce sont des spécialistes comme les sociologues ou les psychologues qui jouent le plus souvent le rôle

³⁹⁸Ibid.

³⁹⁹ Art. 6 et 46 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

⁴⁰⁰ Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 182.

⁴⁰¹ Huang, *op.cit.*, note 201, p. 100.

⁴⁰² Art. 38 de la « Loi organique des cours populaires »; voir aussi art. 46 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

d'assesseurs. Cependant, les lois chinoises n'ont pas explicitement précisé quelle doit être la proportion de juges et d'assesseurs dans ce type de jury. Elle reste à la discrétion de la cour en question. Par exemple, dans un jury minimal de trois membres, deux peuvent être des assesseurs en fonction des disponibilités. Les membres du jury délibèrent et prennent leur décision à la majorité des voix. Les délibérations du jury sont confidentielles. Aucune partie dans le litige n'a accès aux transcriptions.

Toutefois, le verdict du jury n'est pas toujours final. S'il s'agit de litiges importants ou complexes, la décision prise suite aux délibérations du jury doit être présentée, par le président de la cour en question, devant le comité de justice de la même cour pour discussion. Celui-ci peut soit maintenir le verdict, soit le modifier partiellement ou totalement. La décision du comité est définitive et exécutoire pour le jury en question. Ce dernier doit l'appliquer sans condition, malgré la modification partielle ou totale de sa décision originale.⁴⁰³ Il n'y a pas de définition officielle de ce qui constitue « un litige important ou complexe ». Néanmoins la pratique des cours en Chine fournit quelques paramètres. Un litige important ou complexe peut être une cause où (1) l'affaire a de graves répercussions pour le public et (2) elle a une incidence considérable sur l'intérêt public ou (3) elle met en cause une mesure particulière prise par un ministère du Conseil des affaires d'État.⁴⁰⁴ Une action contre une mesure particulière de la Banque populaire de Chine serait considérée comme relevant de cette catégorie, qu'elle soit intentée par une entreprise chinoise ou étrangère.

⁴⁰³Ibid., art. 11; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 349, p. 10.

⁴⁰⁴Huang, Jie, *op.cit.*, note 201, pp. 30 à 31.

Les comités de justice sont établis dans toutes les cours et à tous les paliers. La nomination de leurs membres relève du président de la cour et leur approbation ou révocation relève du Comité permanent de l'assemblée populaire du même niveau. Les membres de ce comité de la Cour suprême doivent être proposés par le président de la même cour ; ils sont approuvés ou révoqués par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. Ces comités ne sont pas permanents et ne s'occupent donc pas de la juridiction régulière. Ils ont pour fonction de discuter d'affaires importantes ou difficiles, de faire le bilan sur les expériences de justice et de traiter d'autres sujets relatifs à la justice pendant l'ouverture de la séance. Le président de la cour est chargé d'assurer la direction des discussions au sein du comité et le président du Parquet populaire du même niveau peut assister aux discussions.⁴⁰⁵

3. La récusation.

En Chine, la règle de la récusation est prévue tant dans la « Loi organique des cours populaires » que dans la « Loi sur le contentieux administratif ». Elle prévoit que dans certaines circonstances spéciales, un professionnel de la justice, qui a normalement la compétence pour entendre un litige, peut être empêché de participer à un procès. Ici, un « professionnel » peut être non seulement un des juges chargés de l'affaire, mais aussi les greffiers, les interprètes ou traducteurs, ainsi que les experts. Un juge, un procureur ou un autre auxiliaire de justice doit se récuser dans les cas prévus par la loi.

⁴⁰⁵ Art. 11 de la « Loi organique des cours populaires ».

Trois cas de récusation sont prévus à l'article 16 de la « Loi organique des cours populaires ». D'abord, tout juré doit se récuser lorsqu'il se trouve en conflit d'intérêt, si la cause le concerne directement ou si son résultat a des répercussions directes ou personnelles sur lui. Ensuite, toute personne doit se récuser lorsqu'elle a un lien de parenté avec une ou des personnes en cause. Enfin, toute personne doit également se récuser lorsqu'elle a des intérêts communs et des relations étroites, par exemple, des relations professionnelles, avec l'une des parties intéressées.⁴⁰⁶ Deux modes de récusation sont pratiqués dans les cours en Chine. La personne en question peut se récuser soit volontairement ou soit à la demande des intéressés. La demande de récusation peut être soulevée par écrit ou verbalement. Les cours peuvent également y répondre de la même façon. À la demande des intéressés, la partie plaignante ou son représentant a la possibilité de forcer la personne en question à se récuser si cette dernière s'y refuse.⁴⁰⁷

Lorsque quelqu'un demande à une ou plusieurs personnes de se récuser, il lui faut motiver sa demande. Ses raisons doivent alors être énoncées au moment de l'audience. Dans le cas où il aurait pris connaissance de certaines raisons pendant ou après l'audience, il lui faut alors les justifier et les soulever avant la fin du procès. Les personnes priées de se récuser doivent suspendre provisoirement leurs fonctions de justice sauf pour certaines mesures urgentes nécessaires au bon déroulement de l'affaire. En cas de rejet de la demande, la personne intéressée peut interjeter appel. Pourtant, l'application de la décision n'est pas suspendue au cours de l'audience en cours. Quand c'est le président d'une cour qui est sommé de se récuser, le comité de la justice en est saisi. Lorsqu'il s'agit

⁴⁰⁶Ibid., art. 16.

⁴⁰⁷Dominique T.C. Wang, *op.cit.*, note 159, p. 90.

d'un juge, la demande doit être présentée au président de la cour en question. Pour d'autres personnes, elle est reçue par le président du tribunal.⁴⁰⁸

La « Loi sur le contentieux administratif » précise également les règles de la récusation quant aux circonstances, au champ d'application, aux modes et à la décision. Elle stipule des dispositions semblables à celles prévues par la « Loi organique des cours populaires ». Voici ce qui est énoncé par l'article 47 :

« The parties have the right to request a judge to withdraw from a judicial hearing where the parties consider the judge has an interest in or a relation to the proceeding that may result in the judge being biased ».⁴⁰⁹

4. Le droit à la défense.

La règle du droit à la défense repose sur un fondement constitutionnel.⁴¹⁰ Plusieurs lois chinoises en font aussi état. Par exemple, l'article 9 de la « Loi sur le contentieux administratif » stipule que : «...in administrative proceedings, parties have the right to contest controversial issues ».⁴¹¹

Cette règle est applicable par les cours lorsqu'elles jugent les litiges administratifs. Dans ce cas, le droit à la défense peut s'exercer de façon écrite ou orale. En pratique, il s'exerce plus souvent par

⁴⁰⁸Jingzhou Tao, op.cit., note 159, pp. 75 à 76; Dominique T.C. Wang, ibid., p. 98.

⁴⁰⁹Art. 47 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

⁴¹⁰Art. 125 de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, op.cit., note 158, p. 129; Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, p. 43.

⁴¹¹Art. 9 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

écrit qu'oralement. Avant la première audience, il y a déjà eu échange de déclaration et de défense, des arguments et contre-arguments ainsi que divers autres dossiers. Ce n'est qu'après l'ouverture de la première audience que la défense procède à la plaidoirie orale. Que ce soit de façon écrite ou orale, ce droit permet à tout intéressé, tant pour la partie plaignante que pour la partie défenderesse, de défendre ses droits et ses intérêts à travers des témoignages, des débats et des justifications.⁴¹²

5. Le droit d'appel d'une décision de première instance.

Le droit d'appel signifie que la procédure dans toute affaire doit respecter deux paliers décisionnels, soit la première instance et l'appel. Une fois la procédure légalement épuisée en première instance, les lois chinoises octroient encore aux intéressés un droit d'appel. L'appel est reçu par une cour à un échelon supérieur.⁴¹³ L'article 12 de la « Loi organique des cours populaires » stipule que :

« In administering justice, the people's courts adopt the system of rendering final judgment after two trials ».⁴¹⁴

Dans le cas de litiges administratifs, la « Loi sur le contentieux administratif » réaffirme que la justice doit procéder également selon deux paliers décisionnels. Cette règle a une double signification : d'une part, elle marque le droit d'en appeler d'une décision de première instance; d'autre part, elle

⁴¹²Ibid., art. 43.

⁴¹³Albert Hung-yee Chen, op.cit., note 8, p. 182; Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, p. 43.

⁴¹⁴Art. 12 de la « Loi organique des cours populaires »; Dominique T.C. Wang, ibid., p.49.

implique que la décision de la seconde instance est finale.⁴¹⁵

6. Les délais applicables au processus décisionnel.

L'article VI de l'AGCS demande une révision efficace des mesures qui affectent le commerce de services. Les délais nécessairement impliqués dans toute vérification sont donc pris en compte dans cet article. À cet égard, la « Loi sur le contentieux administratif » prévoit que la cour de première instance doit rendre une décision trois mois au plus tard après le dépôt d'un litige.⁴¹⁶ Elle accorde aussi un délai aux cours pour permettre au requérant de faire appel, pour examiner la demande d'appel ainsi que rendre une décision. Pour le plaignant, le délai est de 15 jours à partir de la date de réception de la décision de première instance. Un jugement ou une décision judiciaire de première instance entre en vigueur si l'intéressé n'a pas fait appel à l'expiration du délai légal. Quant à la cour d'appel, elle doit rendre sa décision finale dans les deux mois à partir du dépôt de l'appel.⁴¹⁷

Ces délais sont de rigueur et ils doivent être observés strictement tant par les parties que par les cours. Cependant, celles-ci peuvent dans certaines circonstances spéciales les prolonger avec l'approbation de cours supérieures au niveau des provinces, ou avec l'approbation de la Cour

⁴¹⁵Art. 6 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Pitman B. Potter, op.cit., note 349, p. 11.

⁴¹⁶Ibid., art. 57.

⁴¹⁷Ibid., art. 58 et 60; Pitman B. Potter, op.cit., note 349, p. 10; Song Bing, op.cit., note 350, p. 4.

suprême lorsque celles-ci demande de les prolonger.⁴¹⁸ L'obligation d'obtenir cette approbation, réservée aux plus hautes autorités judiciaires, indique la volonté de régler les litiges dans les délais prévus. En somme, le délai légal est le principe dans un litige et sa prolongation constitue une exception. Les droits et les intérêts des intéressés sont donc protégés par les cours.

En général, trois raisons peuvent justifier la prolongation du délai : (1) des affaires administratives d'importance, (2) difficiles ou (3) dans les régions éloignées. Néanmoins, nous estimons que la troisième raison au moins est peu susceptible d'être invoquée lorsqu'une entreprise financière étrangère est partie plaignante dans un contentieux administratif. Car les réglementations financières chinoises ne permettent actuellement son établissement que dans les grandes villes ou les régions dans lesquelles l'économie, le transport et les communications sont développées, mais pas encore dans les régions éloignées. La difficulté des communications ne s'applique donc pas dans le cas des litiges mettant en cause les entreprises étrangères.⁴¹⁹

7. Le contrôle du Parquet populaire.

La « Loi sur le contentieux administratif » stipule que le Parquet populaire exerce un droit de contrôle sur les examens d'affaires administratives devant les cours.⁴²⁰ Le Parquet populaire exerce plusieurs missions en vertu de la « Loi de la Constitution ». Comme Ministère public, il remplit toutes les

⁴¹⁸Ibid., art. 57 et 60.

⁴¹⁹Pitman B. Potter, op.cit., note 349, p. 10.

⁴²⁰Art. 10 et 64 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Pitman B. Potter, ibid., p. 11.

attributions traditionnellement dévolues à ce ministère, comme la supervision du déroulement des enquêtes, la mise en accusation dans les procès pénaux ainsi que le contrôle de la légalité des jugements et de l'exécution des sentences. En particulier, c'est à lui qu'appartiennent le pouvoir de superviser la légalité des mesures de tous les organes d'État. Il exerce ses pouvoirs de contrôle de façon indépendante. Ainsi, il peut intervenir pour garantir les droits et les intérêts des individus et des entreprises en Chine.⁴²¹

G. La modification des sanctions administratives par les tribunaux

L'article VI de l'AGCS vise la modification des mesures qui, soit illégales, soit inadéquates, affectent le commerce de services. Dans le contentieux administratif en Chine, il arrive que les cours aient à réviser la légalité d'une mesure contestable.⁴²² Après examen, celles-ci peuvent rendre quatre catégories de décisions : (1) maintenir les effets de la mesure, (2) ordonner l'exécution de la mesure, (3) annuler totalement ou en partie ses effets ou (4) modifier la mesure contestée pour cause de manque d'équité fondamentale.⁴²³ L'article 54 de la « Loi sur le contentieux administratif » mentionne que :

« ... After a hearing, the trial court shall render one of the following judgments: ...
a judgment vacation apparently unfair administrative punishment. ... »⁴²⁴

⁴²¹ Art. 129 à 133 de la « Loi de la Constitution »; Raymond Blet, Marie-France Gérard, Monique Guémann et al., op.cit., note 349, p. 84; Dominique T.C. Wang, op.cit., note 159, p. 55.

⁴²² Art. 5 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

⁴²³ Ibid., art. 54.

⁴²⁴ Ibid., art. 54(4).

Cette dernière catégorie de décisions judiciaires est une particularité chinoise. Les décisions à l'effet de maintenir et d'exécuter une mesure originale se prennent lorsque les cours jugent que cette dernière n'est pas illégale. De la même façon, les décisions qui annulent de manière totale ou partielle une mesure se fondent sur son illégalité. Les trois premières catégories de décisions judiciaires visent évidemment la légalité de la mesure contestée. Or, une décision judiciaire de modification ne vise pas nécessairement la seule légalité d'une mesure contestable. Les cours ont aussi compétence pour modifier la sanction elle-même, bien qu'elle soit légale, si elle est apparemment inéquitable (*apparently unfair* en anglais).⁴²⁵ En somme, la « Loi sur le contentieux administratif » confie également au juge judiciaire le pouvoir de réviser « l'équité fondamentale » d'une mesure contestable et son opportunité. En cas de manquement à cet égard, un requérant pourra entreprendre un litige.⁴²⁶ Ainsi, dans le cadre du marché financier chinois, une entreprise financière tant chinoise qu'étrangère peut même contester l'opportunité d'une sanction « légale » de la Banque populaire de Chine devant les cours en se fondant sur son aspect inéquitable.

Essentiellement, il y a trois types de sanctions qui sont apparemment inéquitables : (1) les sanctions excessives, (2) les sanctions déficientes et (3) les sanctions différentes pour des circonstances similaires ou à l'inverse, semblables alors que les circonstances sont distinctes. Une sanction peut être légale tout en étant soit excessive soit insuffisante en regard des faits et de la situation de l'intéressé. La cour intervient alors pour ordonner sa modification. En 1996, les cours ont modifié 1 214 sanctions à cause de leur caractère excessif, ce qui représente environ 5% de la totalité des

⁴²⁵David L. Weller, op.cit., note 3, pp. 1263 et 1270.

⁴²⁶Pitman B. Potter, op.cit., note 350, p. 11; Song Bing, op.cit., note 350, p. 15.

décisions rendues.⁴²⁷

Imaginons un exemple concret de sanction excessive. En vertu de la « Loi sur les banques commerciales », une contravention d'un montant de 10 000 à 100 000 RMB peut être imposée à une banque commerciale en Chine si celle-ci n'a pas présenté, comme prévu par la loi, les dossiers et documents exigés après l'expiration du délai accordé.⁴²⁸ Imaginons que la Banque de Montréal en Chine ait négligé d'adjoindre un simple tableau exigé par la loi et qu'elle ait accidentellement laissé passer l'échéance, ce pourquoi on lui impose une contravention de 100 000 RMB. La sanction peut paraître excessive par rapport à l'infraction reprochée, même si elle reste dans la fourchette des amendes prévues par la loi.

De même, une sanction trop modérée par rapport aux faits et à la situation de l'intéressé constituerait l'excès contraire. Par exemple, en vertu de l'article 3 de la même loi, une banque ne peut distribuer des obligations financières qu'avec l'approbation de la Banque populaire de Chine.⁴²⁹ Sans être approuvée, toute distribution d'obligations financières par une banque constitue une violation grave de cette loi. Cette banque serait au minimum avisée de corriger sa faute. Si elle en a tiré des revenus illégaux, ils lui seraient confisqués, et elle devrait en plus payer une contravention d'un montant allant du double au quintuple du montant des revenus illégaux. Dans le cas où il n'y a pas de revenus illégaux, une contravention allant de 100 000 à 500 000 RMB serait alors applicable. De plus, dans

⁴²⁷Voir aussi un autre exemple dans David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1270.

⁴²⁸Art. 78 de la « Loi sur les banques commerciales ».

⁴²⁹*Ibid.*, art. 3(5).

des circonstances extraordinairement graves où la correction n'aurait pas été faite à l'expiration du délai prévu, la Banque populaire de Chine peut annuler le permis d'administration. Enfin, lorsqu'il s'agit d'actes proprement criminels, les poursuites criminelles sont applicables selon la loi.⁴³⁰

La distribution d'obligations financières sans approbation donne lieu à de très sérieuses conséquences juridiques selon les lois financières. Une série complète de sanctions doit alors être appliquée, allant de l'exigence d'une rectification jusqu'à l'annulation du permis d'administration dans le cadre de supervision administrative. Si, après avoir distribué sans autorisation des obligations financières et en avoir tiré des revenus illégaux, une banque commerciale n'était punie que d'une sanction de réparation auprès de la Banque populaire de Chine, cette sanction serait jugée trop modérée. Ainsi, lorsqu'il se sent lésé par une mesure inéquitable, tout individu ou toute entreprise peut intenter une action contre la Banque populaire de Chine fondée sur l'équité.

Lorsque l'application des sanctions se fait de façon variable, on parle de sanctions déficientes. Ces sanctions varient considérablement alors que les faits et les circonstances sont comparables. Par exemple, en vertu de l'article 33 de la « Loi sur les banques commerciales », une banque doit garantir le paiement des dépôts et des intérêts de ses clients. Tout retard de ce paiement ou son refus est interdit.⁴³¹ Une banque commerciale prise en défaut devra donc corriger la situation. Si elle en a tiré des revenus illégaux, ils seront confisqués et la banque recevra en plus une contravention d'un montant variant de double au triple des revenus illégaux. Là où il n'y a pas de revenus illégaux, une

⁴³⁰Ibid., art. 74.

⁴³¹Ibid., art. 33.

contravention d'un montant de 50 000 à 300 000 RMB reste applicable.⁴³²

Il peut y avoir variation dans le temps ou selon les lieux. Ainsi, pour une même infraction, le cas d'une banque commerciale qui tarde souvent et sans justification à remettre les dépôts et à payer les intérêts de ses clients, la Banque populaire de Chine pourrait imposer une contravention d'un montant tantôt de 50 000 RMB et tantôt de 300 000 RMB, ou elle pourrait imposer une contravention de 50 000 RMB à *Beijing* et de 300 000 RMB à *Shanghai*. Le juge chinois jouit d'une latitude considérable dans l'application des sanctions, parce que les barèmes de sanctions fixés par la Banque populaire de Chine sont trop étendus. Le précédent n'est pas une considération importante ici, parce que le régime du contentieux chinois n'est pas procédurier et qu'on ne tient pas compte de la jurisprudence dans la décision.

En vertu de l'article 32 de la « Loi sur les banques commerciales » :

« Commercial banks shall place a deposit reserve with the People's Bank of China and maintain sufficient provisions for payments in accordance with the regulations of the People's Bank of China ». ⁴³³

Pour un manquement à ce sujet, toute banque commerciale sera, correction et confiscation des revenus illégaux mises à part, sanctionnée d'une contravention additionnelle dont l'importance sera de deux à trois fois le montant des revenus illégaux. Dans le cas où il n'y aurait pas eu de revenus

⁴³²Ibid., art. 75.

⁴³³Ibid., art. 32.

illégaux, une contravention d'un montant de 50 000 à 300 000 RMB est applicable.⁴³⁴

À titre d'exemple, les succursales de la Banque de Montréal à *Beijing* et à *Guangzhou* auraient pu négliger accidentellement cette obligation pour des raisons techniques. Dans cette hypothèse-là, les circonstances de la faute seraient exactement les mêmes, mais la contravention imposée par la Banque populaire de Chine au siège social à *Beijing* différerait de celle imposée à la succursale de *Guangzhou*, celle de *Beijing* étant de 60 000 RMB, et celle de *Guangzhou* de 290 000 RMB. Une des raisons de cette différence tient probablement aux relations sociales. Le siège social se trouvant dans la même ville, des agents de la succursale à *Beijing* s'entendent bien avec le personnel de la Banque populaire de Chine. Ces bonnes relations lui permettraient d'«économiser» 230 000 RMB. L'exemple n'est pas impossible, et la citation anglaise suivante éclaire un peu ce phénomène :

« The Chinese approach has essentially allowed for the 'emperor' to have some flexibility in decision making which is why relationships are so important in China. The Chinese word '*guanxi*' is often mistaken as another word for graft and corruption but in reality can be very respectable and is like the Western old boy networks of the past or the lobbyist of today ».⁴³⁵

Cependant, il existe un problème fondamental d'équité dans notre exemple, même si les deux montants demeurent dans les paramètres du cadre légal. En toute impartialité, la Banque populaire de Chine devrait les sanctionner d'une même contravention. Si la succursale de *Guangzhou* conteste cette injustice apparente, elle peut intenter une action, bien que la contravention soit tout à fait légale. Elle peut demander à une cour compétente de modifier totalement ou partiellement cette

⁴³⁴Ibid., art. 75.

⁴³⁵Ian Lancaster, op.cit., note 10, p. 2.

contravention défavorable à son égard. Ou bien, selon les directives du siège social, la tactique pourrait être autre : la succursale de *Beijing* pourrait demander à une cour compétente d'augmenter son montant de contravention pour rectifier l'iniquité apparente, si elle y voit son intérêt.

Dans le cas contraire, des sanctions égales en réponse à des éléments circonstanciels distincts constituent aussi une iniquité apparente. Par exemple, il est interdit aux banques commerciales d'administrer les affaires d'investissement ou des valeurs mobilières en vertu de l'article 43 de la « Loi sur les banques commerciales ». ⁴³⁶ Toute violation de cette disposition sera sanctionnée par un remboursement des revenus illégaux et le paiement d'une contravention dont le montant sera de deux à cinq fois celui de ses revenus illégaux. Dans le cas où il n'y a pas de revenus illégaux, une contravention d'un montant de 100 000 à 500 000 RMB est applicable. En outre, dans des circonstances extraordinairement graves ou si la situation n'a pas été corrigée à l'expiration du délai, la Banque populaire de Chine peut annuler le permis d'administration de la banque commerciale. ⁴³⁷

Supposons qu'une banque commerciale, soit la banque A, a effectué sur le territoire chinois certains investissements fiduciaires avec une autre banque commerciale, soit la banque B. Ce geste constitue un délit qui a été sanctionné par la révocation du permis d'administration pour les deux banques en plus d'une contravention de 500 000 RMB. Ces peines sévères nuisent non seulement à leurs intérêts, mais mettent aussi en péril leur survie dans le marché financier chinois. Cependant, l'imposition d'une même sentence aux deux banques peut paraître injuste, la banque A n'étant que

⁴³⁶ Art. 43 de la « Loi sur les banques commerciales ».

⁴³⁷ Ibid., art. 74.

la complice de la banque B, instigatrice de l'affaire. En conséquence, la Banque populaire de Chine aurait dû nuancer son jugement. En imposant une même sanction pour l'instigateur et pour le simple complice, elle paraît créer une iniquité. Dans ces circonstances, la banque A peut invoquer cette iniquité apparente et porter plainte.

Mais de toute façon, seule la légalité des mesures administratives est objet de révision judiciaire en Chine. Bien que la modification judiciaire de sanctions apparemment inéquitables peut faire douter de l'équité d'une mesure particulière, le rôle de cette modification judiciaire reste très limité, malgré l'article 54 de la « Loi sur le contentieux administratif ». Car ledit article n'octroie au juge judiciaire les pouvoirs de modifier que les sanctions qui paraissent inéquitables.⁴³⁸ La révision administrative sert donc à pondérer la conjoncture d'une décision apparemment injuste.

H. Les limites de la révision judiciaire.

Toutefois, l'exercice de la révision judiciaire des mesures administratives rencontre des limites en Chine. Il existe un certain nombre de lois qui accordent aux autorités des pouvoirs précis, mais elles sont silencieuses quant aux moyens de contrôler ces pouvoirs et de sanctionner les abus possibles.⁴³⁹ Ce genre d'omission peut nuire à la révision judiciaire. Ces situations sont courantes dans le marché financier chinois, puisque les diverses lois sont plus ou moins muettes sur les pouvoirs de contrôle de la Banque populaire de Chine. Ces lois marquent en apparence les limites de cette révision. Par

⁴³⁸Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 350, p. 10.

⁴³⁹Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 203.

exemple, la « Loi sur l'assurance » reste muette sur la révision judiciaire et dans le secteur bancaire, les motifs qui justifieraient une révision sont limités. Nous jugeons qu'une pareille absence de dispositions ou leur effet limité dans ces secteurs constituent une incompatibilité avec l'article VI de l'AGCS.

1. L'absence de révision judiciaire dans l'assurance.

Selon toute vraisemblance, il n'y aurait pas de révision judiciaire des mesures dans le secteur de l'assurance à cause de l'absence de dispositions à cet égard dans la « Loi sur l'assurance ». Son chapitre sept, intitulé « responsabilités légales », a omis d'inclure des dispositions sur la révision judiciaire. Son article 146 stipule simplement ce qui suit :

« Anyone in the financial supervision and regulation department, in supervising and regulating power over the insurance industry, who abuses his/her administrative power, gets involved in economic corruption or is derelict in his/her duty, practices favoritism for personal interests or neglects his duty, shall be subject to criminal proceedings if the conduct is serious enough to constitute a crime; or shall be subject to administrative sanctions if the conduct does not constitute a crime ».⁴⁴⁰

On remarque, à la lecture de ce paragraphe, qu'il n'y a que deux possibilités de révision judiciaire dans le domaine de l'assurance. D'une part, seules les personnes sont imputables de leur conduite, et non les institutions ou leurs structures de supervision et donc, les activités de l'autorité de supervision des pratiques en assurance ne sont pas susceptibles d'être révisées par les autorités judiciaires. D'autre part, cette révision judiciaire ne peut aboutir qu'à des poursuites criminelles ou

⁴⁴⁰ Art. 146 de la « Loi sur l'assurance ».

des sanctions administratives. Nous estimons donc que cette loi a omis d'inclure des dispositions permettant de réviser la légalité d'une mesure sur les activités d'assurance, ce qui constituerait un accroc à l'article VI de l'AGCS, car les mesures de réglementation des activités d'assurance échappent de la révision judiciaire.

2. Les sujets limités de la révision judiciaire dans le secteur bancaire.

Toutefois, la « Loi sur la Banque populaire de Chine » et la « Loi sur les banques commerciales » prévoient spécifiquement la révision judiciaire contre l'abus des pouvoirs de la Banque populaire de Chine dans le secteur bancaire. L'article 46 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine » stipule en effet ce qui suit :

« Where a party is dissatisfied with the imposition of an administrative penalty, he may initiate an administrative proceeding in accordance with the *PRC, Administrative Procedure Law* ». ⁴⁴¹

Les dispositions de l'article 86 de la « Loi sur les banques commerciales » prévoient aussi une démarche permettant au requérant de demander une révision judiciaire devant une cour compétente.

« Where a commercial bank or its personnel are dissatisfied with a decision of the People's Bank of China on imposition of a fine, they may institute proceedings with a People's Court in accordance with the provisions of the *PRC, Administrative Procedure Law* ». ⁴⁴²

⁴⁴¹ Art. 46 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine ».

⁴⁴² Art. 86 de la « Loi sur les banques commerciales ».

Ici, l'expression « banque commerciale et ses agents » inclue évidemment les banques étrangères en Chine et leurs agents, par exemple la Banque de Montréal et son personnel sur le territoire chinois, parce que selon les dispositions de l'article 71 de la « Loi sur le contentieux administratif », les étrangers jouissent des mêmes droits et obligations que les Chinois, donc du traitement national.⁴⁴³ À cet égard, la « Loi sur les banques commerciales » prévoit aussi l'octroi du même traitement pour les banques étrangères et leurs agents en Chine.

« The provisions of this Law shall apply to foreign investment commercial banks, Sino-foreign equity joint venture commercial banks and branches of foreign commercial banks, except that where laws or administrative regulations provide otherwise, the provisions of such laws or regulations shall apply ».⁴⁴⁴

Selon ces deux lois bancaires, une banque commerciale tant chinoise qu'étrangère peut soulever un litige contre une sanction de la Banque populaire de Chine, bien que le terme chinois pour cette sanction soit tantôt traduit en anglais par l'expression « *a decision of the People's Bank of China on imposition of a fine* » dans la « Loi sur les banques commerciales », tantôt par l'expression « *an administrative penalty* » dans la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». Pourtant, il faut préciser que seules les sanctions de la Banque populaire de Chine peuvent faire l'objet d'un litige, alors que les mesures d'approbation et de mise sous tutelle échappent à cette révision judiciaire.⁴⁴⁵ Ainsi, nous croyons que les motifs donnant ouverture à la révision judiciaire sont limités dans le secteur bancaire et que ces limites restreignent l'application de l'article VI de l'AGCS en Chine.

⁴⁴³ Art. 71 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 110.

⁴⁴⁴ Art. 88 de la « Loi sur les banques commerciales ».

⁴⁴⁵ David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1248.

3. Conflit entre les lois

Nous estimons que l'absence de dispositions, et leur peu d'effet, lorsqu'elles existent, résultent d'un manque d'harmonie entre les lois. Selon les deux lois bancaires déjà mentionnées, la révision judiciaire des mesures de la Banque populaire de Chine se fait conformément à la « Loi sur le contentieux administratif »,⁴⁴⁶ puisque celle-ci constitue le cadre juridique généralement applicable à tous les litiges administratifs. Cependant, le champ d'application de la « Loi sur le contentieux administratif » est plus large que celui prévu par les deux lois bancaires, de sorte qu'il y a incompatibilité entre les lois.

D'abord, la « Loi sur le contentieux administratif » prévoit que toute mesure particulière peut être révisée par les cours, alors que les deux lois bancaires susmentionnées ne prévoient de révision judiciaire qu'à l'égard des sanctions de la Banque populaire de Chine. L'article 2 de la « Loi sur le contentieux administratif » énonce ce qui suit :

« Where a citizen, legal entity, or other organization considers that its legal rights and interests have been damaged by a specific administrative action of an executive agency or its personnel, the citizen, legal entity, or other organization has a right to file a complaint in a court against such specific administrative action in accordance with the APL ».⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Art. 46 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; voir aussi art. 86 de la « Loi sur les banques commerciales ».

⁴⁴⁷ Art. 2 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 92.

En vertu de ces dispositions, toute mesure particulière de toute autorité peut faire objet de contentieux devant une cour compétente. Certes, on sait qu'il existe un principe d'interprétation législative qui veut qu'une disposition spécifique l'emporte sur une disposition générale en cas de conflit, mais cela contrevient, dans notre cas, à la nature de l'article VI de l'AGCS qui exige une possibilité de révision pour toute mesure affectant généralement le commerce des services. Par conséquent, nous estimons que toutes les mesures particulières de la Banque populaire de Chine peuvent être soumises à la révision judiciaire selon l'article 2 de la « Loi sur le contentieux administratif » et que la révision doit viser non seulement ses sanctions, mais aussi ses mesures d'approbation et de mise sous tutelle, puisque ces dernières constituent également des mesures particulières au même titre que les sanctions. D'une part, elles peuvent l'être parce que les raisons d'approuver, de mettre sous tutelle autant que de sanctionner sont relatives à certains événements, circonstances ou personnes tant physiques que morales ; d'autre part, elles peuvent former un ordre, une subvention, une exemption, un octroi de permis ou de certificat ou leur refus qui sont de caractère particulier. Selon leurs applications, elles relèvent en conséquence des mesures particulières et peuvent être révisées par les cours.⁴⁴⁸

Ensuite, la recevabilité d'un litige administratif prévue par la « Loi sur le contentieux administratif » contient explicitement les mesures d'approbation et de mise sous tutelle de la Banque populaire de Chine. Parmi les neuf motifs donnant ouverture à ce moyen de révision, il y a les litiges concernant les entités qui sont susceptibles d'être approuvées ou mises sous tutelle par cette banque centrale. Par exemple, selon l'article 11, et en estimant s'être conformé aux conditions requises au moment

⁴⁴⁸Ibid., art. 11; Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*, p. 96; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 350, pp. 9 à 10.

de la demande d'un permis, un requérant peut soulever un litige devant une cour compétente, malgré la décision ou le silence de l'autorité mise en cause, lorsque celle-ci a refusé l'octroi du permis ou n'y a pas répondu.⁴⁴⁹ Cette situation concerne justement les mesures d'approbation de la Banque populaire de Chine lorsqu'un requérant lui demande la permission d'accéder au marché financier. Donc, une banque commerciale tant étrangère que chinoise peut soulever un litige contre la Banque populaire de Chine à l'égard de son refus d'approuver sa demande d'accès au marché financier selon la « Loi sur le contentieux administratif ».

De même, tant les actions mandataires, comme la détention des personnes ou la confiscation des propriétés, que les infractions à la liberté administrative garantie par la loi sont recevables.⁴⁵⁰ Incontestablement, les mesures de la mise sous tutelle d'une entreprise financière par la Banque populaire de Chine relèvent de cette catégorie. D'une part, parce que cette mise sous tutelle concerne précisément la mise sous scellés, la saisie et le gel des biens de l'entreprise financière en question. D'autre part, parce que ces mesures forcées pourraient porter une atteinte aux droits d'administration autonome de l'entreprise financière en question. Donc, la mise sous tutelle est aussi recevable, et quelqu'un peut soulever un litige s'il s'estime lésé.

Enfin, les litiges peuvent être l'objet du contentieux administratif. D'abord parce que les mesures d'approbation et de tutelle ne constituent pas des actes de l'État, non plus que des actes diplomatiques d'État, ni des mesures de la défense nationale qui échappent à la révision judiciaire

⁴⁴⁹Ibid., art. 11(4).

⁴⁵⁰Ibid., art. 11.

selon la loi. Puis, comme ces mesures s'appliquent à une personne physique ou morale, elles ne font pas non plus partie des actes d'application générale. De plus, elles ne sont pas des récompenses ou des punitions, des nominations ou des révocations, non plus que des mesures internes au sein d'autorités administratives. Finalement, dans les deux lois bancaires, aucune disposition ne prévoit explicitement que l'instance finale, qui ne peut être révisée par les cours, soit les mesures d'approbation et de la mise sous tutelle de la Banque populaire de Chine.⁴⁵¹

Ainsi, force nous est de constater un conflit entre les dispositions des deux lois bancaires et celles de la « Loi sur le contentieux administratif ». Loin d'être contraires par leur nature, elles décrivent seulement un champ d'application différent du contentieux qui entraîne une révision judiciaire limitée sur les mesures particulières de la Banque populaire de Chine.

Nous trouvons que cette discordance des lois aurait été facilement résolue si on avait tenu compte des dispositions de la « Loi sur les banques commerciales » et de la « Loi sur le contentieux administratif ». Cette dernière a été adoptée par l'Assemblée populaire nationale, tandis que la première a été adoptée par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. En conséquence, les effets juridiques des dispositions de la dernière l'emportent sur celles de la première conformément à la primauté hiérarchique des textes en Chine.⁴⁵² Cependant, cette discordance de lois existe aussi entre la « Loi sur le contentieux administratif » et la « Loi sur la Banque populaire de Chine », qui ont été toutes les deux adoptées par l'Assemblée populaire

⁴⁵¹Ibid., art. 12; Stephen G. Wood et Liu Chong, op.cit., note 184, p. 97.

⁴⁵²Voir supra « Niveau d'effets des textes » dans le chapitre III.

nationale et qui ont ainsi la même importance juridique. Il y a alors un conflit de lois. Les dispositions différentes limitent la révision judiciaire des mesures particulières de la Banque populaire de Chine et elles constituent un obstacle à l'application de l'article VI de l'AGCS en Chine. Pour résoudre ce conflit, il faut remonter aux sources juridiques, notamment à la « Loi de la Constitution » et aux traités internationaux dont l'AGCS que la Chine a signé, pour vérifier quelle loi y est la plus conforme et donc applicable en l'instance.

I. Les améliorations proposées.

Face à ce conflit entre les lois, nous aimerions suggérer quelques améliorations propres à mieux adapter le système juridique chinois aux exigences de l'article VI de l'AGCS en matière de révision judiciaire. Les améliorations proposées concernent essentiellement la validité des dispositions prévues par la « Loi sur le contentieux administratif » et l'invalidité de la restriction du champ d'application du contentieux par les lois financières chinoises.

1. La validité de la « Loi sur le contentieux administratif ».

Dans cette recherche d'une solution, il nous faudra nous appuyer sur les sources juridiques des lois, essentiellement les dispositions de la « Loi de la Constitution » chinoise et des traités internationaux signés par la Chine. L'étude de ces deux sources juridiques nous porte à constater la concordance essentielle entre les dispositions de la « Loi sur le contentieux administratif », celles de la « Loi de la Constitution » chinoise, la loi fondamentale du pays, et celles de l'article VI de l'AGCS signé par la Chine.

a. La concordance avec la Constitution.

En Chine, la « Loi de la Constitution » est la loi fondamentale et la loi mère de toutes les autres lois. En cas de discordance entre celles-ci, la « Loi de la Constitution » sert évidemment de référence. En vertu de son article 5, «... toute loi, tout règlement administratif, tout règlement local ne peut entrer en contradiction avec la Constitution ».⁴⁵³ Le constituant chinois veut donc que toute législation adoptée se conforme le plus possible avec la « Loi de la Constitution ». Il écarte donc les dispositions incompatibles pour adopter et appliquer celles qui se conforment le plus à cette loi fondamentale. Le principe d'interprétation législative, qui veut qu'une disposition spécifique l'emporte sur une disposition générale en cas de conflit, est inapplicable ici, puisqu'il s'agit d'un conflit entre la loi fondamentale et ses lois subordonnées. Pour l'application de ces dernières, la plus grande concordance possible est recherchée, et non pas seulement une absence de contradiction.

Nous estimons que les dispositions de la « Loi sur le contentieux administratif » sont plus en accord avec la « Loi de la Constitution » que celles des autres lois financières et qu'en cas de conflit, il faut appliquer les dispositions de la première. Car celle-ci occupe un champ d'application qui correspond bien aux dispositions de la « Loi de la Constitution » dont l'article 41 énonce que :

« Les citoyens de la République populaire de Chine ont droit de formuler des critiques et des suggestions à l'adresse de tous les organismes et agents d'État, de présenter des requêtes, de porter plainte ou de procéder à une dénonciation auprès des organismes d'État intéressés, contre tout organisme ou tout agent d'État, pour violation de la loi ou manquement à son devoir ».⁴⁵⁴

⁴⁵³Art. 5 de la « Loi de la Constitution »; TSIEN Tche-hao, op.cit., note 158, p. 110.

⁴⁵⁴Ibid., art. 41; TSIEN Tche-hao, ibid., p. 115.

Et l'article 2 de la « Loi sur le contentieux administratif » affirme que :

« Where a citizen, legal entity, or other organization considers that its legal rights and interests have been damaged by a specific administrative action of an executive agency or its personnel, the citizen, legal entity, or other organization has a right to file a complaint in a court against such specific administrative action in accordance with the APL ».⁴⁵⁵

Nous estimons que les mesures particulières doivent rester un ensemble intégré comprenant à la fois les mesures de sanctions, d'approbation et de mise sous tutelle de la Banque populaire de Chine. Cependant, les deux lois bancaires susmentionnées ne prévoient la révision judiciaire que pour les sanctions. Le champ d'application du contentieux prévu par la «Loi sur le contentieux administratif» est donc large et correspond mieux aux dispositions de l'article 41 de la « Loi de la Constitution » que celui des lois financières, surtout les deux lois bancaires. Pour cette raison, il faut appliquer les dispositions qui s'adaptent le mieux à la loi fondamentale et écarter les autres.

Ici, il ne faut pas croire que les titulaires de droits dans la « Loi de la Constitution » chinoise se limitent aux citoyens chinois, mais ils incluent les étrangers et leurs entreprises en Chine. L'article 18 stipule que :

« Conformément aux dispositions des lois de la République populaire de Chine, celle-ci autorise les entreprises, les autres organisations économiques et les citoyens de pays étrangers à faire des investissements en Chine et à y pratiquer diverses formes de coopération économique avec les entreprises ou les autres organisations économiques chinoises ».⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Art. 2 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

⁴⁵⁶ Art. 18 de la « Loi de la Constitution ».

Non seulement l'existence des entreprises financières étrangères est permise en Chine, mais leurs droits et leurs intérêts sont autant protégés par les lois que ceux des Chinois en vertu de cette loi fondamentale. Ainsi, les fournisseurs de services étrangers jouissent du traitement national dans cette matière. L'article 18 prévoit aussi que :

« Les entreprises et les autres organisations économiques de pays étrangers, ainsi que les entreprises mixtes, à capitaux chinois et étrangers, installées en territoire chinois, sont tenues d'observer les lois de la République populaire de Chine. Leurs droits et intérêts sont protégés par ces lois ».⁴⁵⁷

b. La concordance à l'article VI de l'AGCS.

L'adhésion à l'AGCS signifie aussi pour la Chine que cet accord général constitue désormais une source juridique qui sert de fondement aux lois chinoises lesquelles devront s'y conformer. En cas de conflit, ce sont les dispositions de l'AGCS qui auront priorité et qui s'appliqueront.

En vertu des dispositions de l'article VI, les organes de vérification doivent réviser « les décisions administratives affectant le commerce des services ».⁴⁵⁸ Ces dispositions nous indiquent aussi la nécessité de réviser « généralement » les mesures qui affectent ce commerce. Par contre, cette révision ne doit pas s'appliquer seulement à une partie de ces mesures, telle que les sanctions prévues par les deux lois bancaires chinoises. Elle doit aussi s'appliquer aux mesures d'approbation et de mise sous tutelle de la Banque populaire de Chine. En matière de révision, il nous semble que

⁴⁵⁷Ibid.

⁴⁵⁸Art. VI(2)a de l'AGCS.

les dispositions de la « Loi sur le contentieux administratif » s'accordent mieux audit article que celles des lois bancaires chinoises. Pour cette raison, il faut appliquer les premières et écarter celles qui répondent mal aux exigences dudit article.

2. Invalidité de la restriction du champ d'application

Comme les quatre lois financières chinoises ont été adoptées après la « Loi sur le contentieux administratif », elles ont modifié et restreint le champ d'application du contentieux prévu par cette dernière. Pourtant, nous jugeons cette restriction invalide parce qu'elle n'est pas conforme aux règles de modification des engagements de pays membres prévues par l'AGCS.

Selon l'article XIX de l'AGCS, une fois que les engagements ont été pris par un pays membre, cela ne veut pas dire qu'ils ne peuvent plus être modifiés. Au contraire, ils peuvent en effet être régulièrement modifiés à la suite de négociations entre les pays membres. À cette fin, l'AGCS prévoit une série de négociations successives. Mais les objectifs de ces négociations visent à réduire ou à éliminer les effets défavorables de certaines mesures sur le commerce de services de façon à assurer un accès effectif aux marchés, et en cas de litiges, un règlement concret des différends. En d'autres termes, tout changement aux engagements d'un pays membre doit être une amélioration. Les règles de modification exigent donc d'un pays membre qu'il modifie ses conditions dans le sens de l'amélioration ou du moins, qu'il les maintienne de façon générale à un niveau aussi avantageux qu'avant les négociations.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹Ibid., art. XIX(1).

Nous estimons qu'il y a dans ces engagements deux éléments interdépendants : des mesures commerciales et juridiques. Pour cette raison, le terme « mesure » dans l'AGCS s'entend de toute mesure prise par un pays membre qui peut être sous forme de règle, de procédure, de loi, de réglementation et de décision administrative, ou de sous toute autre forme.⁴⁶⁰ Ainsi avec les mesures commerciales, les mesures juridiques constituent une partie intégrale des engagements d'un pays membre. Leur modification doit aussi suivre les règles de modification des engagements prévues par l'AGCS. Ce faisant, tout changement ultérieur des dispositions juridiques chinoises qui garantissent les engagements commerciaux aurait aussi dû se conformer à ces règles. Cependant, le champ d'application du contentieux administratif a évolué autrement en Chine. La « Loi sur le contentieux administratif » adoptée en 1989 prévoyait un large champ d'application, et est antérieur à l'AGCS. Les deux lois bancaires susmentionnées ont, pour leur part, été adoptées en 1995, donc postérieurement à l'accord. D'après les règles énoncées plus haut, le champ d'application de la révision judiciaire des mesures administratives du marché financier chinois aurait dû être plus large en 1995 qu'en 1989, ou du moins rester le même. Tel n'est pas le cas. Parce qu'elle n'est pas conforme aux règles, nous jugeons invalide la restriction de ce champ par les lois financières en Chine.

Bref, la révision judiciaire n'est qu'un des moyens de vérification des mesures qui affectent le marché financier en Chine. Elle porte essentiellement sur leur légalité. Toutefois, l'article VI de l'AGCS permet aussi de vérifier leur adéquation afin d'assurer une réglementation raisonnable, objective et impartiale du commerce local de services. Ce régime de vérification renvoie en Chine

⁴⁶⁰Ibid., art. XXVIII(a).

au processus de révision administrative.

II. La révision administrative.

La Chine a adopté au mois d'avril 1999 une loi nationale dite la « Loi sur la révision administrative »⁴⁶¹ qui remplace les règlements votés le 24 décembre 1990 et amendés le 9 octobre 1994 par le Conseil des affaires d'État. Cette loi, très récente, n'est pas encore traduite, mais comme ses dispositions sont pour la plupart semblables à celles des « Règlements relatifs à la révision administrative », nous nous permettrons d'en utiliser la traduction. Nous indiquerons, s'il y a lieu, les différences.

A. Définitions.

La terminologie varie beaucoup, tant dans les textes chinois que dans leur traduction anglaise, où deux termes au moins sont utilisés : révision (*Administrative Review*),⁴⁶² ou reconsidération (*Administrative Reconsideration*).⁴⁶³ En français, nous parlerons de « révision administrative », une

⁴⁶¹La « Loi sur la révision administrative de la République populaire de Chine » a été adoptée le 29 avril 1999 par la 9^e session du Comité permanent de la 9^e Assemblée populaire nationale; elle a été promulguée au *Journal du peuple* le même jour par le décret no. 16 du président de la République populaire de Chine; sa date de mise en vigueur était le 1^{er} octobre 1999.

⁴⁶²Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 176.

⁴⁶³Voir University of Maryland School of Law, Chinalaw Web - PRC, *Regulations on Administrative Reconsideration*, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw43.htm>>; une autre traduction anglaise se situe en Foreign and International Law Web, Asia, China, *Regulations on Administrative Reconsideration*, <<http://lawlib.wuacc.edu/forint/asia/reg.administrative.html>>.

expression plus proche du terme original en chinois.

L'article 2 de la « Loi sur la révision administrative » est semblable à celui des « Règlements relatifs à la révision administrative », qui dit que :

« Where [Chinese] citizens, legal persons, or other organizations complained that a specific administrative act of an administrative organ has infringed upon their lawful rights and interests, they may, in accordance with these Regulations, file an application to the competent administrative organ for reconsideration ».⁴⁶⁴

À prime abord, les étrangers et leurs entreprises en Chine sont exclus par cet article qui ne concerne que les citoyens, personnes morales et autres organisations chinoises. Mais son article 55 précise que:

« These Regulations shall apply to the resorting to administrative reconsideration by foreigners, stateless persons, or foreign organizations engaged in administrative reconsideration in the People's Republic of China, except as otherwise provided for by the laws and regulations ».⁴⁶⁵

De plus, l'article 41 de la « Loi sur la révision administrative » supprime les exceptions et les dispositions spéciales pour les étrangers prévues par les « Règlements relatifs à la révision administrative ».⁴⁶⁶ Il les place sur le même pied que les Chinois face à une demande de révision. Le système chinois pourvoit donc à un traitement national des étrangers sur son territoire.

⁴⁶⁴ Art. 2 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁴⁶⁵ Ibid., art. 55.

⁴⁶⁶ Art. 41 de la « Loi sur la révision administrative ».

B. Le fondement juridique de la révision administrative.

La révision administrative trouve son fondement dans la « Loi de la Constitution », la « Loi organique du Conseil des affaires d'État »⁴⁶⁷, la « Loi sur le contentieux administratif » et les « Règlements relatifs à la révision administrative » remplacés par la « Loi sur la révision administrative » ainsi que diverses autres lois et règlements. Par exemple, la « Loi de la Constitution » considère que cette révision est un droit pour les intéressés et un devoir pour les autorités. Elle affirme que tout citoyen chinois a le droit d'adresser critiques et suggestions, présenter des requêtes, porter plainte et procéder à une dénonciation auprès de tout organisme ou agent d'État qui viole la loi et manque à son devoir. Mais les droits et les intérêts des personnes et des entreprises étrangères en Chine sont également protégés par cette loi fondamentale. Par exemple, la Banque de Montréal, en Chine, serait autorisée à demander une telle révision. De même, cette loi impose aux autorités d'État l'obligation de recevoir les demandes de révision qu'on leur présente. Après avoir pris connaissance de la requête, plainte ou dénonciation, l'organe impliqué doit vérifier les faits et traiter le cas. En somme, tout intéressé a droit à une révision et aucun organe d'État ne peut refuser la demande dont il est saisi.⁴⁶⁸

La « Loi sur le contentieux administratif » accorde le même droit et permet de choisir entre la révision et le contentieux administratifs. Tout intéressé peut d'abord contester une mesure

⁴⁶⁷La « Loi organique du Conseil des affaires d'État de la République populaire de Chine » a été adoptée le 10 décembre 1982 par la 5^e session de la 5^e Assemblée populaire nationale ; elle a été promulguée le même jour par le décret no. 14 du président du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale ; voir Li & Partners Attorneys at Law, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/2-16.html>>.

⁴⁶⁸Art. 18 et 41 de la « Loi de la Constitution ».

particulière devant le palier d'autorité qui l'applique, ou devant son supérieur immédiat. Par suite, il peut en saisir une cour compétente dans ce domaine.⁴⁶⁹ Enfin, plusieurs lois et règlements accordent aussi ce droit. Au cours de la seule période allant de 1979 à 1989, plus de 130 lois et règlements l'ont reconnu.⁴⁷⁰ Nous pouvons citer les lois sur l'administration des terres⁴⁷¹, les transferts frontaliers des étrangers et ceux des citoyens ainsi que les « Règlements relatifs aux sanctions policières »⁴⁷² etc.

C. Aperçu des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

Prévue dans une centaine de lois et règlements, la révision s'exerçait auparavant de façon aléatoire. Même au plan national, elle manquait de transparence, de critères et de normes vérifiables; aujourd'hui, grâce à un système d'information centralisé, il est possible d'exercer ses droits. La restructuration des « Règlements relatifs à la révision administrative » a eu pour effet de normaliser

⁴⁶⁹ Art. 37 de la « Loi sur le contentieux administratif ».

⁴⁷⁰ Song Bing, op.cit., note 350, dans la note 4, p. 2.

⁴⁷¹ La « Loi sur l'administration des terres de la République populaire de Chine » a été adoptée le 25 juin 1986 par la 16^e session du Comité permanent de la 6^e Assemblée populaire nationale ; elle a été amendée le 29 décembre 1988 par la 5^e session dudit Comité de la 7^e Assemblée populaire nationale et promulguée le même jour par le décret no. 12 du président de la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était aussi le même jour ; voir Li & Partners Attorneys at Law, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/7-19.html>>.

⁴⁷² Les « Règlements relatifs aux sanctions policières de la République populaire de Chine » ont été adoptés le 5 septembre 1986 par la 17^e session du Comité permanent de la 6^e Assemblée populaire nationale; ils ont été amendés le 12 mai 1994 par la 7^e session dudit Comité de la 8^e Assemblée populaire nationale et promulgués le même jour par le décret no. 24 du président de la République populaire de Chine; sa date d'entrée en vigueur était aussi le même jour ; voir Li & Partners Attorneys at Law, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/6-52.html>>.

l'exercice de la révision partout et dans tous les domaines.

Ces règlements ont été adoptés par le Conseil des affaires d'État en novembre 1990. Ils traitent des dispositions générales, du champ d'application et du classement des compétences, organisent et décrivent les fonctions des organes de révision, leurs devoirs, et la recevabilité des causes. Ils établissent aussi des procédures pour traiter les demandes, rendre les décisions, et fixent le délai et la notice. Ils prévoient enfin les responsabilités légales pour toute violation des dispositions de ces règlements par les parties.

Ces règlements visent d'abord le maintien et la supervision des autorités dans l'exercice de leurs fonctions, puis la prévention et le redressement des actes illégaux ou malencontreux par une révision exercée conformément à la « Loi de la Constitution » et d'autres lois chinoises. Ils protègent donc les droits et les intérêts de tous. De même, ils ont été adoptés pour mener à bien l'application de la « Loi sur le contentieux administratif », qui permet le choix entre la révision et le contentieux administratifs. En somme, le requérant peut d'abord demander une révision administrative. S'il demeure insatisfait de la décision de cette révision, il peut ensuite soulever un contentieux devant une cour compétente.⁴⁷³

⁴⁷³ Art. 1 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; art. 37 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 176.

D. Aperçu de la « Loi sur la révision administrative ».

Ces anciens règlements sont devenus lois aujourd'hui. Nous estimons que leur adoption à titre de lois renforce le contrôle par le système judiciaire sur les pouvoirs discrétionnaires qu'exercent des autorités comme la Banque populaire de Chine.

Cette nouvelle loi a été adoptée le 29 avril 1999 et est en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1999. Elle réorganise les dix chapitres et 57 articles des « Règlements relatifs à la révision administrative » en sept chapitres et 43 articles, et traite des dispositions générales, du champ d'application et des conditions de demande de révision ainsi que de leur recevabilité par les organismes concernés. Elle indique s'il y a lieu d'accorder une révision et elle prévoit les sanctions pour toute violation de la loi. Il faut noter que son article 41, équivalent de l'article 55 des « Règlements relatifs à la révision administrative », énonce que les dispositions sont aussi applicables aux individus ou organismes étrangers. Dans ce sens, les fournisseurs de services étrangers, individus ou organismes, jouissent du traitement national en Chine.

Nous estimons que le changement dans les priorités de cette loi par rapport à celles des « Règlements relatifs à la révision administrative » constitue la différence la plus importante entre les deux législations. La « Loi sur la révision administrative » privilégie la prévention et la correction de mesures illégales ou inopportunes par des autorités comme la Banque populaire de Chine. Le maintien et la supervision des autorités passent au second plan. Afin de garantir l'application correcte des lois et règlements, elle stipule d'ailleurs que toute autorité administrative a l'obligation

de corriger toute erreur dans ses fonctions.⁴⁷⁴

Un autre changement dans la « Loi sur la révision administrative » concerne le nombre de paliers décisionnels. Selon l'article 5 des « Règlements relatifs à la révision administrative », la révision était prévue sans appel de décision de la première instance au sein des autorités.⁴⁷⁵ Mais dans la nouvelle loi, rien ne le prévoit explicitement. Elle laisse aux organes de révision pleine liberté de recevoir ou non un appel.

E. L'organisation.

Selon les « Règlements relatifs à la révision administrative », les organismes examinateurs se situent à deux niveaux, soit les « organes de révision », qui sont généralement chargés des fonctions de la révision, et leurs bureaux, qui s'occupent de la routine journalière et de la procédure. À la suite d'une demande, un organe de révision peut rendre trois sortes de décisions : (1) la recevoir ou (2) la refuser avec motifs, (3) la renvoyer au requérant pour qu'il y ajoute certains éléments ou en modifie les arguments dans un temps limite, considérer qu'il n'y a pas eu demande si le requérant n'a pas respecté l'échéance.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴Art. 1 et 4 de la « Loi sur la révision administrative ».

⁴⁷⁵Art. 5 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁴⁷⁶Ibid., art. 4 et 34.

Il faut noter que l'article VI de l'AGCS affirme l'importance de l'indépendance des autorités de révision. Ces organismes ou bureaux sont relativement indépendants des services de qui émanent une mesure contestable. Ils exercent leurs pouvoirs de révision sans être influencés par d'autres organismes, corps sociaux et individus, bien qu'ils soient établis au sein de la même autorité et qu'ils y fonctionnent.⁴⁷⁷

À l'égard des organes de révision, la « Loi sur les marques de commerce » et la « Loi sur les brevets » peuvent nous donner un exemple type. L'article 20 de la première, quant à la compétence en révision, stipule ce qui suit :

« The Trademark Review and Adjudication Board, established under the administrative authority for industry and commerce under the State Council, shall be responsible for handling trademark disputes ».⁴⁷⁸

La « Loi sur les brevets », pour l'établissement de ses fonctions et de son organe de révision, fournit des éléments plus détaillés :

« The Patent Office shall set up a Patent Reexamination Board. Where any party is not satisfied with the decision of the Patent Office rejecting the application, or the decision of the Patent Office revoking or upholding the patent right, such party may, within three months from the date of receipt of the notification, request the Patent Reexamination Board to make a reexamination. The Patent Reexamination Board shall, after reexamination, make a decision and notify the applicant, the patentee or the person who made the request for revocation of the patent right ».⁴⁷⁹

⁴⁷⁷Ibid., art. 3.

⁴⁷⁸Art. 20 de la « Loi sur les marques de commerce ».

⁴⁷⁹Art. 43 de la « Loi sur les brevets ».

F. Catégories de révision.

Nous savons que le système juridique chinois donne au plaignant un choix entre la révision et le contentieux. Mais comme ces deux processus sont autonomes, on ne peut ouvrir un contentieux et en même temps demander une révision, ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait aucun lien entre eux. En Chine, la révision se divise en trois catégories, justement selon ses rapports au contentieux : elle est optionnelle, obligatoire ou finale.

1. La révision optionnelle.

Comme la « Loi sur le contentieux administratif », la « Loi sur la révision administrative » et les « Règlements relatifs à la révision administrative » accordent aussi un choix entre les deux.⁴⁸⁰ Nous l'appelons la révision administrative optionnelle, qui se divise en révision à simple ou double palier. Ce premier permet à un requérant de choisir entre la révision ou le contentieux à sa guise dès la première étape. Au double palier, il peut saisir d'abord une autorité hiérarchiquement supérieure à l'auteur de la mesure, puis soulever un contentieux s'il demeure insatisfait. Pourtant, ce choix est à sens unique selon l'article 16 de la « Loi sur la révision administrative ». Le plaignant doit aller de la révision vers le contentieux, et non l'inverse. Après avoir saisi une cour compétente, ce qui constitue le palier simple, un requérant ne peut plus faire marche arrière et en appeler de la décision de cette cour devant une autorité administrative.⁴⁸¹ Faute de traduction officielle, nous nous

⁴⁸⁰ Art. 14 et 16 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 30 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁴⁸¹ Art. 16 de la « Loi sur la révision administrative ».

permettons de citer une traduction anglaise de l'ancien article 30, puisque les dispositions en cette matière n'ont pas changé :

« Where a citizen, a legal person or any other organization brings a suit before the people's court, and the people's court has accepted the case, then he or she or it may not apply for reconsideration ».⁴⁸²

2. La révision finale.

La « Loi sur la révision administrative » la rend parfois sans appel devant les cours.⁴⁸³ D'autres lois et règlements vont dans le même sens, ce qui constituerait une particularité chinoise. Si un plaignant choisit la révision devant les autorités au lieu du contentieux devant les cours, ce choix est final et il ne peut revenir devant une cour. Le processus est définitivement clos par la révision, gracieuse ou hiérarchique.⁴⁸⁴ Par exemple, la « Loi sur les transferts frontaliers des citoyens » stipule que tout requérant a 15 jours pour enregistrer auprès d'une autorité policière une demande de révision de l'organisme qui l'a sanctionné, ou en saisir directement une cour. Mais s'il choisit la révision, celle-ci est finale. La « Loi sur les transferts frontaliers des étrangers » prévoit les mêmes dispositions, donc un traitement national en Chine.⁴⁸⁵

⁴⁸² Art. 30 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁴⁸³ Art. 5 de la « Loi sur la révision administrative ».

⁴⁸⁴ Song Bing, op.cit., note 350, p. 8.

⁴⁸⁵ Art. 29 de la « Loi sur les transferts frontaliers des étrangers »; voir aussi art. 15 de la « Loi sur les transferts frontaliers des citoyens ».

Dans la « Loi sur les brevets », nous trouvons un autre exemple du statut définitif de la révision :

« The decision of the Patent Reexamination Board in respect of any request, made by the applicant, the patentee or the person who made the request for revocation of patent right, for reexamination concerning a utility model or design is final ».⁴⁸⁶

La « Loi sur les marques de commerce » prévoit trois situations qui rendent finale la révision : le refus, la publication et l'annulation d'une marque de commerce. Sur le refus d'enregistrer une telle marque, l'article 21 de cette loi prévoit que :

« Where the application for registration of a trademark is refused and no publication of the trademark is made, the Trademark Office shall notify the applicant of the same in writing. Where the applicant is dissatisfied, he may, within fifteen days from receipt of the notification, apply for a review. The Trademark Review and Adjudication Board shall make a final decision and notify the applicant in writing ».⁴⁸⁷

Quant à la publication l'article 22 stipule que :

« Where an opposition is filed against the trademark that has, after examination, been preliminarily approved and published, the Trademark Office shall hear both the opponent and applicant state facts and grounds and shall, after investigation and verification, make a decision. Where any party is dissatisfied, he may, within fifteen days from receipt of the notification apply for a review, and the Trademark Review and Adjudication Board shall make a final decision and notify both the opponent and applicant in writing ».⁴⁸⁸

Enfin, sur l'annulation, l'article 35 indique que :

« Any party dissatisfied with the decision of the Trademark Office to cancel a registered trademark may, within fifteen days from receipt of the corresponding notice, apply for a review. The Trademark Review and Adjudication Board shall

⁴⁸⁶ Art. 43 de la « Loi sur les brevets »; Song Bing, op.cit., note 350, p. 8.

⁴⁸⁷ Art. 21 de la « Loi sur les marques de commerce »; Song Bing, ibid.

⁴⁸⁸ Ibid., art. 22.

make a final decision and notify the applicant in writing ». ⁴⁸⁹

3. La révision obligatoire.

Il existe en Chine des alternatives au choix entre la révision et le contentieux. Dans certaines circonstances, celle-ci est un préalable à celui-ci : on ne peut soulever un contentieux sans être d'abord passé par la révision. L'appel devant une cour en est donc une conséquence de celle-ci. ⁴⁹⁰ Par exemple, c'est le cas pour les « Règlements relatifs aux sanctions policières ». Selon eux, un requérant doit obligatoirement, dans un délai de 5 jours, se plaindre au supérieur hiérarchique du policier qui l'a lésé. Cette autorité hiérarchique doit, dans un délai également de 5 jours, rendre une décision de révision. Le requérant insatisfait ne peut saisir une cour compétente que du résultat de cette révision. ⁴⁹¹

Nous pouvons citer d'autres exemples dans la « Loi sur les brevets » et la « Loi sur les marques de commerce ». Voici l'article 43 de la « Loi sur les brevets » :

« Where the applicant for a patent for invention, the patentee of an invention or the person who made the request for revocation of the patent right for invention is not satisfied with the decision of the Patent Reexamination Board, he or it may, within three months from the date of receipt of the notification, institute legal proceedings in the people's court ». ⁴⁹²

⁴⁸⁹Ibid., art. 35.

⁴⁹⁰ Art. 37 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, op.cit., note 184, p. 102; Albert Hung-ye Chen, op.cit., note 8, p. 180.

⁴⁹¹ Art. 39 des « Règlements relatifs aux sanctions policières ».

⁴⁹² Art. 43 de la « Loi sur les brevets ».

Également, un contentieux dans le domaine des marques de commerce présuppose une révision obligatoire :

« Any party dissatisfied with the decision of the administrative authority for industry and commerce to impose a fine under the provisions of Article 31, Article 33 or Article 34 may, within fifteen days from receipt of the corresponding notice, institute legal proceedings with the people's court ». ⁴⁹³

C'est-à-dire que, au moins pour les litiges policiers et dans certains autres sur les brevets et les marques de commerce, un requérant ne peut pas saisir directement une cour compétente. La révision est un préalable obligatoire au contentieux.

G. Conditions.

La révision comme le contentieux présuppose l'existence de certaines conditions qui concernent le requérant et l'organe de révision. Ce sont la qualité et l'intérêt du requérant, la possibilité de passer de la révision au contentieux, et les délais à respecter. D'abord, une personne, personne morale ou entreprise, tant chinoise qu'étrangère, peut demander une révision. Ce requérant doit d'ailleurs être directement intéressé ; il faut que ses droits et ses intérêts soient lésés par une mesure particulière. Enfin, selon la « Loi sur la révision administrative », il dispose d'un délai de 60 jours pour saisir un organe de révision de sa demande, depuis le moment où il se rend compte du problème, au lieu des 15 jours que lui accordait l'article 29 des « Règlements relatifs à la révision administrative ». ⁴⁹⁴ De

⁴⁹³ Art. 36 de la « Loi sur les marques de commerce ».

⁴⁹⁴ Art. 2, 9 et 41 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 2, 29, 31 et 55 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

même, il peut contester un refus de révision devant une cour. Si d'autre part il n'en accepte pas le résultat, il peut soulever un contentieux. Pour saisir une cour compétente, il doit agir dans les 15 jours suivant la réception d'une décision par l'organe de révision. Un délai de trois mois est exigé pour soulever, dès la première étape, un contentieux devant une cour compétente. Ces délais peuvent varier selon les dispositions.⁴⁹⁵

Il faut noter que l'article VI de l'AGCS insiste sur le respect des délais dans un but d'efficacité. Les lois chinoises sur la révision et le contentieux prévoient une série de délais à respecter et qui sont imposés plutôt aux organes de révision et aux autorités défenderesses qu'au requérant. L'organe de révision saisi doit remettre un accusé de réception au requérant au plus tard 10 jours après la réception de la demande, et en envoyer une copie à la défenderesse dans les 7 jours de la réception. Cette dernière doit, au plus tard 10 jours après la réception de la copie, indiquer sa position et fournir une réplique à l'accusation. Enfin, l'organe de révision doit rendre une décision définitive dans un délai de deux mois à compter du jour de la réception de la demande.⁴⁹⁶

Par ailleurs, la révision et le contentieux ne peuvent pas être simultanément exercés par un requérant, ceci pour éviter des décisions contradictoires. Si le requérant saisit une autorité de révision, il ne peut

⁴⁹⁵ Art. 19 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 36 et 47 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; voir aussi art. 38 et 39 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, pp. 102 à 103; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 180.

⁴⁹⁶ Art. 23 et 31 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 34, 38 et 46 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; voir aussi art. 38 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*, p. 102; Albert Hung-ye Chen, *ibid.*, p. 180.

pas faire de même devant une cour et vice versa.⁴⁹⁷ À cet égard, et faute de traduction officielle de la « Loi sur la révision administrative », citons l'article 30 des « Règlements relatifs à la révision administrative » :

« Where a citizen, a legal person or any other organization applies for reconsideration to an administrative organ, and the administrative organ for reconsideration has accepted the application, then the applicant mentioned above may not bring a suit before the people's court within the statutory time limit for conducting, reconsideration ».⁴⁹⁸

H. Caractéristiques.

Les caractéristiques de la révision sont semblables à celles du contentieux et elles relèvent des principes et règles prévus par la « Loi sur la révision administrative » ou les « Règlements relatifs à la révision administrative ». Par rapport au contentieux, la révision a les siennes propres. Elle peut en même temps mettre en cause la légalité et l'opportunité d'une mesure et possède une recevabilité plus vaste que celle du contentieux. Les causes procèdent de préférence par écrit, ce qui constitue un moyen de révision à peu de frais. La légalité, l'opportunité, la précision et la commodité à part, l'article 4 de la « Loi sur la révision administrative » ajoute non seulement l'équité et la publicité comme principes de révision, mais aussi l'obligation de s'attacher fermement à corriger toute erreur afin de garantir la bonne application des lois et règlements.⁴⁹⁹ Déjà, l'article 6 des « Règlements

⁴⁹⁷ Art. 38 de la « Loi sur le contentieux administratif »; voir aussi art. 16 de la « Loi sur la révision administrative »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *ibid.*

⁴⁹⁸ Art. 30 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁴⁹⁹ Art. 4 de la « Loi sur la révision administrative ».

relatifs à la révision administrative » stipulait que :

« The administrative reconsideration shall follow the principle of being lawful, timely, accurate and convenient for the people ». ⁵⁰⁰

1. La double cause

En Chine, la double cause de révision examine à la fois la légalité et l'opportunité d'une mesure. Elle est expressément prévue par la « Loi sur la révision administrative » et les « Règlements relatifs à la révision administrative ». En effet, ces législations ont été adoptées pour :

« ... preventing and correcting any malfeasant or improper specific administrative acts, and protecting the lawful rights and interests of citizens, legal persons and other organizations ». ⁵⁰¹

Ainsi, toute entreprise financière peut contester la légalité ou l'opportunité d'une mesure de la Banque populaire de Chine dans le marché financier.

2. Une plus grande recevabilité.

Les « Règlements relatifs à la révision administrative » donnaient déjà à la révision autant de recevabilité qu'au contentieux. ⁵⁰² La « Loi sur la révision administrative » vient l'élargir. Non

⁵⁰⁰ Art. 6 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁵⁰¹ Art. 1 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 1 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 180.

⁵⁰² Art. 9 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; voir aussi art. 11 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 95; Albert Hung-ye Chen, *ibid.*, p. 180; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 350, pp. 9 à 10.

seulement elle regroupe et précise les sujets de recevabilité, mais elle en augmente aussi le nombre, passant de neuf alinéas à onze.⁵⁰³ Elle introduit surtout, pour la première fois, certains arrêtés (*guiding* en chinois) qui sont d'application générale dans la recevabilité de la révision. Voyons donc d'abord une traduction anglaise des neuf sujets de recevabilité des « Règlements relatifs à la révision administrative » pour les comparer avec ceux de la « Loi sur la révision administrative » :

- a. an administrative sanction, such as detention, fine, rescission of a permit or a license, order to suspend production or business operations or confiscation of property and article
- b. a compulsory administrative measure, such as restriction of personal freedom or the sealing up, distraint, or freezing of property, which one refuses to accept
- c. infringement upon one's managerial decision-making power as stipulated by the laws and regulations, which is alleged to have been perpetrated by an administrative organ
- d. refusal by an administrative organ to issue a permit or license, which one holds oneself legally qualified to apply for, or its failure to respond to the application therefor
- e. refusal by an administrative organ to perform its statutory functions and duties of protecting one's personal rights and property rights, as one has applied for, or its failure to respond to thereto
- f. cases where an administrative organ is held to have failed to pay the pensions for the disabled or for the family of the deceased according to law
- g. cases where an administrative organ is held to have illegally demanded the performance of duties
- h. cases where an administrative organ is held to have infringed upon other personal rights and property rights
- i. such other specific administrative acts against which, according to the laws and regulations, an administrative lawsuit or an application for reconsideration may be instituted ».⁵⁰⁴

Conformément à la « Loi sur le contentieux administratif », l'irrecevabilité de la révision est quasiment la même que celle du contentieux. (1) Les actes d'application générale, (2) la gestion

⁵⁰³ Art. 6 de la « Loi sur la révision administrative ».

⁵⁰⁴ Art. 9 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

interne et (3) les relations internationales sont inattaquables. Nous les avons déjà analysé dans la section de la recevabilité du contentieux. Nous rappelons ici que ces trois catégories d'actes sont, plus précisément, les règlements, les encouragements ou sanctions, les nominations ou révocations de ses agents et les actes diplomatiques ou de la défense nationale du gouvernement. En plus de ces trois catégories, la révision se soustrait de l'arbitrage et de la conciliation des litiges civils. Le requérant insatisfait ne peut la demander. Mais la recevabilité de la révision reste encore vaste bien que les exceptions au principe général semblent se multiplier.

Ainsi, l'article 10 des « Règlements relatifs à la révision administrative » stipulait au sujet de l'irrecevabilité :

« Citizens, legal persons or other organizations shall not file an application for reconsideration in accordance with these Regulations if they are not satisfied with any one of the following matters :

- (1) administrative regulations, rules, or decisions and orders with a general binding force ;
- (2) decisions on awards or punishments or on the appointment of or removal from a position with respect to personnel working in administrative bodies;
- (3) arbitration or conciliation or disposition of civil disputes, with the exception however, of the decision of an administrative bodies dealing with ownership over or the right to use land, mineral, forest and other resources ;
- (4) acts of the state in areas such as national defense and foreign affairs ».⁵⁰⁵

Mais la « Loi sur la révision administrative » annule cet article et introduit la recevabilité. Elle en modifie d'abord le premier alinéa et permet la révision de certains arrêtés ou décisions (*guiding* en chinois, équivalent à « *decisions and orders* » en anglais) qui sont pourtant d'application générale et étaient nettement irrecevables. Désormais, sont recevables non seulement des mesures qui

⁵⁰⁵Ibid., art. 10.

affectent un requérant, mais aussi des arrêtés ou décisions diverses et de diverses origines. Cependant, les règlements (*guizhang* en chinois, équivalent à «*administrative regulations and rules*» d'après l'anglais) demeurent intouchables, parce qu'élaborés par les ministères ou les comités du gouvernement central ou les gouvernements locaux ; leur révision doit se faire en vertu de dispositions spéciales.⁵⁰⁶

L'article 8 de la « Loi sur la révision administrative » annule les dispositions de l'alinéa (2) de l'ancien article 10 et rend désormais recevables les mesures internes des organismes, telles que punitions ou promotions du personnel.⁵⁰⁷ Cette loi divise aussi en deux les dispositions de l'alinéa (3) dudit article 10. Dans la recevabilité de révision, elle inclut expressément les litiges sur la reconnaissance des droits de propriété et d'exploitation de ressources naturelles, telles que terrains, mines, eaux, forêts, montagnes, prés, déserts, plages et zones de mer.⁵⁰⁸ Pour la conciliation, un requérant doit demander l'arbitrage ou soulever un contentieux auprès d'une cour au lieu d'une révision selon la loi.⁵⁰⁹ Nous signalons que la « Loi sur la révision administrative » ne change rien à l'alinéa (4). L'irrecevabilité des litiges concernant les mesures diplomatiques et de défense nationale demeurent. Enfin, cette loi ajoute la recevabilité des désaccords sur les contrats forfaitaires dans le domaine agricole.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ Art. 7 de la « Loi sur la révision administrative ».

⁵⁰⁷ Ibid., art. 8.

⁵⁰⁸ Ibid., art. 6.

⁵⁰⁹ Ibid., art. 8.

⁵¹⁰ Ibid., art. 6.

3. Une procédure écrite.

Contrairement au contentieux, la révision n'implique pas de frais pour le requérant, tels que sa présence en cour et le recrutement d'avocats. Parce que selon l'article 22 de la « Loi sur la révision administrative », la procédure en est normalement une d'échange de documents écrits, sauf avis contraire du plaignant, ou que l'organe de révision juge nécessaire d'agir autrement. Mais lorsque la procédure verbale est nécessaire, elle doit se limiter aux faits auprès des intéressés et qu'à l'écoute des arguments des parties.⁵¹¹ Ainsi, cette révision par voie d'écriture évite les frais de l'appareil judiciaire.

4. La gratuité de la révision.

Le coût d'une révision poserait souvent problème à un requérant. Pour toute personne physique ou morale, chercher à obtenir le maximum à un prix minimum, gratuit si possible, constitue une règle universelle tant dans la vie courante que dans la procédure juridique. C'est la raison pour laquelle la plupart des entreprises étrangères en Chine préfèrent le plus souvent la révision pour régler leurs litiges avec les autorités,⁵¹² car ce type de recours est gratuit en Chine.

⁵¹¹Ibid., art. 22 ou voir art. 37 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; Albert Hung-yea Chen, *op.cit.*, note 8, p. 181.

⁵¹²Qin Hua (Joseph) Gu, *Le règlement des différends relatifs aux investissements étrangers en Chine*, Ottawa, Thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 1995, p. 96.

En effet, selon l'article 39, les activités de révision doivent être assurées et leurs frais doivent être réglés par le budget de l'organisme dans lequel se situe l'organe de révision. Ainsi, ce moyen reste gratuit⁵¹³ et accessible nonobstant la situation financière du requérant. Économique, facile et commode à exercer, elle protège de façon efficace les droits et les intérêts du requérant.

I. Les limites de la révision administrative.

Néanmoins, il existe des limites de la révision administrative des mesures de la Banque populaire de Chine, comme pour la révision judiciaire. Elles se manifestent au niveau tant juridique que technique. Au plan juridique, la « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales » et « Loi sur l'assurance » ne comportent pas de dispositions sur la révision, seule la « Loi sur les valeurs mobilières » en prévoit. Techniquement, la Banque populaire de Chine se situe au sommet des autorités dans le marché financier. Sans personne au-dessus d'elle, la révision hiérarchique de ses mesures est inapplicable. Dans l'impossibilité logique d'exercer la révision, le rôle des juridictions est limité, ainsi que l'application de l'article VI de l'AGCS.

1. Les domaines limités.

La révision doit être généralement applicable selon la « Loi sur la révision administrative » ou les « Règlements relatifs à la révision administrative ». Or, elle ne s'est pas étendue à tous les domaines du marché financier sauf celui des valeurs mobilières, lequel est explicitement soumis à cette

⁵¹³ Art. 39 de la « Loi sur la révision administrative ».

procédure par sa loi. Selon l'article 210 de cette dernière, tout intéressé a le droit de demander une révision lorsqu'il n'accepte pas une sanction de la part de l'autorité de supervision au sein du Conseil des affaires d'État. Également, il peut de plein droit soulever un contentieux devant une cour.⁵¹⁴ Cependant, la « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales » et la « Loi sur l'assurance » restent muettes en ce qui la concerne. Nous jugeons que son domaine d'application est limité dans le marché financier.

2. Une difficulté technique.

L'absence d'une autorité au-dessus de la Banque populaire de Chine constitue une difficulté technique pour l'exercice de la révision hiérarchique dont le rôle est essentiel en Chine. L'autorité de révision compétente est logiquement supérieure à celle en cause, elle n'est pas l'auteur de la mesure contestable et en plus, elle possède des pouvoirs plus larges et plus rigoureux que ses subordonnés. Ces éléments justifient le caractère prioritaire de la révision hiérarchique, comme le confirme l'article 13 de la « Loi sur la révision administrative ».⁵¹⁵ Voici un extrait des dispositions de l'article 11 de l'ancien règlement sur le même sujet :

« In case that the specific administrative acts have been undertaken by the working departments of a local people's governments at or above the county levels, and the applications are filed for reconsideration, the cases shall be under the jurisdiction of the competent departments at the same or a higher level. But the cases shall be under the jurisdiction of the peoples governments at the same levels in accordance

⁵¹⁴ Art. 210 de la « Loi sur les valeurs mobilières »; *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 29 décembre 1998.

⁵¹⁵ Art. 13 de la « Loi sur la révision administrative »; Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 180.

with the laws or regulations, the provisions in the laws or regulations shall prevail; meanwhile, the cases shall be under the jurisdiction of the peoples governments at the higher levels in accordance with the laws or regulations, the provisions in the laws or regulations are also prevail ».⁵¹⁶

Et l'article 12 du même règlement, sur le caractère prioritaire de la révision hiérarchique :

« In case that an application for reconsideration is filed by a person who does not accept a specific administrative act undertaken by any of the local people's governments at various levels, the case shall be under the jurisdiction of the people's government at a higher level ».⁵¹⁷

La révision hiérarchique implique évidemment l'existence d'une autorité supérieure, mais la Banque populaire de Chine n'en a pas. En théorie, ce serait le Conseil des affaires d'État et son Premier ministre, mais ce dernier serait très rarement chargé du traitement des litiges, tels que ceux concernant les mesures de la Banque populaire de Chine. À cette fin, l'article 11 de l'ancien règlement précisait ce qui suit :

« In case that the specific administrative acts have been undertaken by the departments under the State Council concerned, the cases for reconsideration shall be under the jurisdiction of the departments under the State Council concerned which conducted the said specific administrative acts ».⁵¹⁸

Donc le problème est qu'il n'y a pas techniquement d'autorité hiérarchique au-dessus de la Banque populaire de Chine, et seul reste un recours gracieux. Certes, la «Loi sur la révision administrative»

⁵¹⁶Art. 11 des « Règlements relatifs à la révision administrative ».

⁵¹⁷Ibid., art. 12.

⁵¹⁸Ibid.

ou les « Règlements relatifs à la révision administrative » le prévoient.⁵¹⁹ Mais nous estimons qu'il manque de crédibilité en raison de l'incapacité à garantir la rectification et aussi de la réticence à payer les dommages-intérêts le cas échéant. D'abord, l'impartialité pose problème dans le recours gracieux, puisque la révision relève de l'auteur même de la mesure contestée.⁵²⁰ Ensuite, dans une situation de révision hiérarchique, il y a compétence pour maintenir ou modifier une mesure originale, en ordonner une nouvelle ou respecter entièrement ses obligations,⁵²¹ alors que dans le recours gracieux, qui peut imposer la rectification à l'auteur de la mesure, la Banque populaire de Chine ? Sous le régime de la révision hiérarchique, la loi octroie au supérieur le pouvoir d'ordonner, à son subordonné ayant commis des fautes, un paiement de compensation envers le requérant.⁵²² Pourtant, on n'a actuellement plus de choix que d'exercer le recours gracieux auprès de la banque centrale, l'auteur de la mesure contestable, compte tenu du fait que le supérieur de celle-ci n'existe pas. Dans ce contexte, peut-on imaginer la Banque populaire de Chine s'obligeant elle-même à indemniser le requérant ? Enfin, selon l'article 65 de la « Loi sur le contentieux administratif », lorsqu'une organisation condamnée refuse d'accorder l'indemnisation, la cour peut en ordonner la déduction directe sur son compte.⁵²³ Dans le cas du recours gracieux, peut-on compter sur la Banque

⁵¹⁹Art. 12 et 14 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 4 et 23 à 25 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 180.

⁵²⁰David L. Weller, *op.cit.*, note 3, p. 1261.

⁵²¹Art. 20 et 28 de la « Loi sur la révision administrative » ou 35 et 42 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; Albert Hung-ye Chen, *op.cit.*, note 8, p. 181.

⁵²²Art. 29 de la « Loi sur la révision administrative » ou art. 44 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 350, p. 11; Albert Hung-ye Chen, *ibid.*; Song Bing, *op.cit.*, note 350, p. 18.

⁵²³Art. 65(1) de la « Loi sur le contentieux administratif »; Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 109; Pitman B. Potter, *ibid.*

populaire pour se pénaliser elle-même ?

Ces préoccupations illustrent un défaut de la révision appliquée à la banque centrale chinoise, qui nuit à l'application de l'article VI de l'AGCS. Il faudrait, à notre avis, modifier les dispositions en cause pour satisfaire aux exigences de l'AGCS.

J. Les améliorations proposées.

Face aux difficultés d'exercice de la révision, nous proposons de l'améliorer en décentralisant les pouvoirs de la Banque populaire de Chine par la création d'une autorité hiérarchique et la standardisation des moyens de révision.

1. La décentralisation des pouvoirs de la banque centrale.

Pour exercer d'une façon efficace cette révision dans le marché financier, la Banque populaire de Chine devrait décentraliser ses pouvoirs de supervision afin de pouvoir traiter des demandes de révision et de statuer spécifiquement sur un appel en tant qu'autorité hiérarchiquement supérieure. Techniquement, il s'agit de décentraliser les pouvoirs d'approbation, de mise sous tutelle et de sanctions à ses subordonnées.

Évidemment, la décentralisation des pouvoirs nécessite des aménagements internes permettant la révision hiérarchique. Il semble que des réformes en ce sens soient en cours au sein de la Banque populaire de Chine. De nos jours, ses succursales sont installées dans toutes les quatre villes relevant

directement du gouvernement central ainsi que dans toutes les provinces et régions autonomes. À brève échéance, elle compte les remplacer par sept directions de grandes régions.⁵²⁴ Par exemple, celles-ci pourraient désormais approuver l'établissement d'une compagnie d'assurance, elle pourrait être saisie en tant qu'autorité d'appel en cas de litiges.⁵²⁵ À titre d'essai, la Banque populaire de Chine a amorcé ce type de réformes organiques dans la province du *Guangdong*, le sud du pays. Bien que leurs objectifs immédiats visent la prévention des crises et des perturbations financières, nous croyons qu'ils couvrent aussi la décentralisation des pouvoirs de la Banque populaire de Chine en faveur de l'exercice de la révision administrative.⁵²⁶

2. La standardisation des moyens de révision.

Le système juridique doit offrir trois catégories de révision : gracieuse, hiérarchique et judiciaire. Mais les quatre lois financières chinoises n'en parlent pas de façon claire et nette. La « Loi sur les valeurs mobilières » est celle qui accorde le plus de catégories de révision. Ses dispositions accordent le droit au requérant d'exercer la révision hiérarchique et de soulever un contentieux, mais ne parle pas du recours gracieux. Elle n'offre ainsi que deux catégories sur trois.⁵²⁷ Mais la « Loi sur la

⁵²⁴*Journal de Mingpao* à Hong Kong du 13 novembre 1997, <<http://www.mingpao.com/newspaper/971113/ca406.htm>>; *ibid.*, le 2 décembre 1997, <<http://www.mingpao.com/newspaper/971202/ca205.htm>>.

⁵²⁵Clement Sum, *op.cit.*, note 245, p. 45.

⁵²⁶*Journal de Mingpao* à Hong Kong du 25 janvier 1998, <<http://www.mingpao.com/newspaper/980125/ca707.htm>>; *ibid.*, le 14 février 1998, <<http://www.mingpao.com/newspaper/980214/ca614.htm>>.

⁵²⁷Art. 210 de la « Loi sur les valeurs mobilières »; *Journal du peuple* (Renmin Ribao) du 29 décembre 1998.

Banque populaire de Chine » et la « Loi sur banques commerciales » ne prévoient que le contentieux, donc un moyen sur trois. De plus, leur contentieux n'affecte que les sanctions.⁵²⁸ Enfin, nous remarquons qu'aucune disposition n'est prévue au sujet des responsabilités légales de la « Loi sur l'assurance », ni aucune des trois révisions possibles.⁵²⁹ Les moyens et les termes juridiques de révision doivent donc être standardisés pour mieux conformer la réglementation du marché financier aux dispositions de la « Loi de la Constitution » chinoise et à celles de l'article VI de l'AGCS.

À cette fin, des normes identiques doivent être intégrées dans les quatre lois financières. Pour chaque loi, un article spécifique devrait d'ailleurs décrire assez largement le champ d'application de son contentieux et celui de sa révision, tant gracieuse que hiérarchique. En standardisant les catégories de révision dans le marché financier chinois, l'article que nous aimerions voir pourrait se lire ainsi:

Article #. S'estimant lésés par une mesure administrative particulière d'une branche de la Banque populaire de Chine, les résidents, les personnes morales et d'autres organismes chinois ou étrangers en République populaire de Chine peuvent demander une révision administrative auprès de la Banque populaire de Chine. En cas d'insatisfaction à l'égard de la décision découlant de cette révision administrative, les résidents, les personnes morales et d'autres organismes chinois ou étrangers en République populaire de Chine peuvent en appeler de cette décision devant une cour populaire compétente. Les résidents, les personnes

⁵²⁸ Art. 46 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine »; voir aussi art. 86 de la « Loi sur les banques commerciales ».

⁵²⁹ Voir la partie des responsabilités légales de la « Loi sur l'assurance ».

morales et d'autres organismes chinois ou étrangers en République populaire de Chine peuvent aussi en appeler directement devant une cour populaire compétente d'une mesure administrative particulière imposée par une branche de la Banque populaire de Chine.

III. L'arbitrage.

L'article VI de l'AGCS exige aussi que chaque pays membre institue au plus tôt et maintienne des tribunaux d'arbitrage pour la révision des décisions ayant trait au commerce des services, lorsque cela est compatible avec sa structure constitutionnelle ou la nature de son système juridique.⁵³⁰ En Chine, la « Loi de la Constitution » et la « Loi sur la procédure civile » prévoient explicitement l'établissement du régime d'arbitrage.⁵³¹ Les tribunaux d'arbitrage sont donc compatibles et le régime d'arbitrage y existe depuis longtemps, mais sans qu'il s'applique à la révision des mesures administratives ; c'est aussi le cas dans le marché financier chinois.

En raison de la nature des litiges administratifs, la « Loi sur l'arbitrage »⁵³², la « Loi sur le contentieux administratif » et la « Loi sur la révision administrative » excluent l'arbitrage de leur structure de

⁵³⁰Art. VI(2) de l'AGCS.

⁵³¹Art. 111 de la « Loi de la Constitution »; voir aussi art. 6, 14, 97 à 102, 161, 192 à 195 de la « Loi sur la procédure civile ».

⁵³²La « Loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine » a été adoptée le 31 août 1994 par la 9^e session du Comité permanent de la 8^e Assemblée populaire nationale ; elle a été promulguée le même jour par le décret no. 31 du président de la République populaire de Chine ; sa date d'entrée en vigueur était le 1^{er} septembre 1995 ; voir University of Maryland School of Law, Chinalaw Web, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw47.htm>>.

révision.⁵³³ Selon l'article 2 de la « Loi sur l'arbitrage », l'arbitrage n'est applicable qu'aux litiges sur les contrats et sur la propriété entre les citoyens, les personnes morales et d'autres organisations de sujets égaux :

« Disputes over contracts or other disputes involving property between civil subjects with equal status, that is, between citizens, legal persons, and other organizations, are subject to arbitration ».⁵³⁴

En vertu de cette définition, il n'est applicable pour le règlement d'un litige administratif qu'entre pairs, par exemple pour des litiges contractuels entre entreprises d'État, puisque celles-ci sont sur un pied d'égalité. Mais bien qu'en théorie il y ait égalité de principe devant le contentieux, elle l'est moins entre un dirigeant puissant, aux relations influentes, et un administré isolé.⁵³⁵

Par ailleurs, il ne convient pas aux litiges issus de mesures unilatérales, administratives, qui ne portent pas sur un contrat ou une propriété. Ceux-ci se produisent lorsque la légalité ou la pertinence d'une mesure est contestée, notamment d'une sanction qui cause une atteinte aux droits et intérêts d'un administré. En tout cas, comme la légalité d'une mesure n'est pas négociable, ce type de litiges n'est pas, par définition, objet d'arbitrage.⁵³⁶ À cet égard, l'article 3 de la « Loi sur l'arbitrage » prévoit ce qui suit :

⁵³³Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 350, p. 11; Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 89; Qin Hua (Joseph) Gu, *op.cit.*, note 512, p. 84.

⁵³⁴Art. 2 de la « Loi sur l'arbitrage ».

⁵³⁵Art. 7 de la « Loi sur le contentieux administratif »; Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 177.

⁵³⁶Albert Hung-yee Chen, *ibid.*, p. 183.

« Disputes over the following matters are not subject to arbitration :
(1) disputes over marriage, adoption, custody, support and inheritance ;
(2) administrative disputes that by law should be handled by administrative
organs ».⁵³⁷

Pour la stabilité des pouvoirs publics et le maintien de l'ordre public, la « Loi sur le contentieux administratif » exclut nommément la médiation. Il en va de même dans le régime de la révision. La légalité des sanctions unilatérales de la Banque populaire de Chine ne peut donc faire l'objet d'arbitrage ou de négociations. C'est pourquoi les lois bancaires prévoient l'accès direct au contentieux.⁵³⁸

En résumé, l'article VI de l'AGCS exige une possibilité de révision objective et impartiale des litiges administratifs par les autorités juridictionnelles des pays membres. Pour la garantir, il précise que chaque pays membre doit instituer aussitôt que possible et maintenir des tribunaux judiciaires, administratifs ou d'arbitrage. À cet égard, cinq aspects sont fondamentaux : (1) la légalité d'une mesure administrative, (2) son opportunité, (3) l'efficacité de révision, compte tenu des délais, (4) l'opportunité des mesures correctives et (5) l'indépendance des autorités qui supervisent les activités de services ainsi que celle des autorités de juridiction chargées de la révision.

En Chine, il n'existe pas de tribunaux administratifs autonomes et le système d'arbitrage ou de médiation est en principe inapplicable à la résolution des litiges administratifs, puisque la légalité

⁵³⁷ Art. 3(2) de la « Loi sur l'arbitrage ».

⁵³⁸ Art. 50 de la « Loi sur le contentieux administratif »; voir aussi art. 8 des « Règlements relatifs à la révision administrative »; voir également art. 46 de la « Loi sur la Banque populaire de Chine » et art. 86 de la « Loi sur les banques commerciales »; Albert Hung-ye Chen, op.cit., note 8, p. 181.

des mesures n'est pas sujette à négociation. Les cours en tant que tribunaux judiciaires et les organes administratifs de révision sont les autorités chargées de la vérification des mesures. Ils sont indépendants de l'autorité controversée et leur indépendance est garantie par la loi. Ils ont l'obligation de rendre une décision dans un délai prévu par la loi.

En effet, les juridictions judiciaires sont en principe chargées de vérifier la légalité d'une mesure contestable ; elles ont également le pouvoir de réviser son opportunité et de la modifier, mais seulement dans le cas d'absence d'équité fondamentale. Les organes administratifs ont le pouvoir de vérifier, d'une manière générale, la légalité et l'opportunité d'une mesure contestée. Ils ont plein pouvoir de la modifier pour toute autre raison que le manque d'équité fondamentale.

Les particularités et les règles de procédure de ces deux régimes, tels que leur caractère public, l'imposition à la partie défenderesse du fardeau de la preuve, la collégialité, la récusation, le droit à la défense, les deux paliers décisionnels, etc., peuvent, à la demande d'un requérant, garantir une révision objective et impartiale. Cependant, la révision se trouve limitée par une carence des lois applicables au marché financier. C'est parce que la « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales », la « Loi sur l'assurance » et la « Loi sur valeurs mobilières » n'ont pas prévu les trois catégories de recours : (1) les révisions judiciaire, (2) les recours administratifs hiérarchiques et (3) les recours gracieux pourtant prévus aux termes de la « Loi sur le contentieux administratif ». La Banque populaire de Chine, étant au sommet de la hiérarchie dans le marché financier, n'a pas d'autorité au-dessus d'elle-même pour réviser ses propres mesures. Ces limites et cette difficulté constitueraient donc un accroc à l'application des dispositions de l'article VI de l'AGCS dans ce marché. Nous proposons des améliorations en comptant de mettre l'accent sur les

dispositions de la « Loi sur le contentieux administratif », puisque celles-ci ont plus de concordance à la « Loi de la Constitution » chinoise et audit article. Nous proposons aussi une décentralisation des pouvoirs de la Banque populaire de Chine pour standardiser et appliquer les moyens de révision dans le marché financier chinois.

Conclusion

Malgré les réformes économiques de 1979, la Chine se trouve toujours dans une situation délicate. D'une part, ces réformes l'entraînent inéluctablement vers l'ouverture au reste du monde et l'acceptation des règles de concurrence pratiquées à l'échelle internationale, comme en témoignent sa volonté persistante d'adhérer à l'OMC et son acceptation de l'AGCS. Grâce à elles, la Chine offre de plus en plus de garanties aux yeux des investisseurs étrangers. D'autre part, en raison de ces réformes, la Chine fait face à des difficultés de transition considérables pour passer d'une économie planifiée à une économie de marché. Personne ne s'attend à ce que la Chine puisse faire cette transition et réformer son système financier du jour au lendemain. Afin d'établir un marché financier sain et d'y introduire la concurrence, il faut évidemment laisser le temps à la Chine d'adopter les mécanismes de contrôle macro-économique en améliorant la transparence de la réglementation et en réduisant les interventions administratives. Cette période de transition constitue un grand défi pour la Chine.⁵³⁹

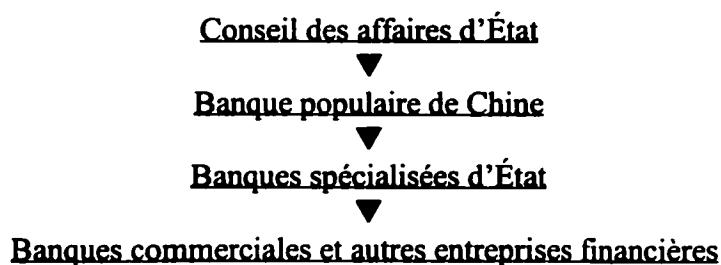
À notre avis, la Chine relève bien ce défi au plan juridique. Depuis le début des réformes économiques de 1979 jusqu'à nos jours, une vingtaine de lois et de règlements ont été adoptés pour réglementer le secteur des services financiers. Pour la seule année 1995, la Chine a adopté au moins trois lois financières importantes, soit la « Loi sur la Banque populaire de Chine », la « Loi sur les banques commerciales » et la « Loi sur l'assurance ». Cette année 1995 marque ainsi une étape

⁵³⁹Ambrose Chau, *Banking Reform Enters the Fast Lane*, (May 1994) 23 *China Banking & Finance*, pp. 1 à 3; Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, pp.13, 21 à 22, 29; Wang Shengming, *op.cit.*, note 170, p. 72; Ian Lancaster, *op.cit.*, note 10, p. 2.

importante dans l'établissement d'un cadre juridique véritable pour son marché financier. Quant à la « Loi sur les valeurs mobilières », elle a été adoptée à la fin de 1998. Ce sont ces quatre lois qui constituent le fondement de la réglementation actuelle du marché financier chinois.

Le mécanisme d'intervention de l'État dans ce marché a gagné en transparence depuis l'adoption de cette législation. En se conformant aux directives du gouvernement central, la Banque populaire de Chine supervise toutes les entreprises financières, à travers des directives qu'elle donne aux banques spécialisées d'État qui, elles, jouent le rôle d'intermédiaire entre la Banque populaire de Chine et les banques commerciales ainsi que d'autres entreprises financières. Leur statut demeure un peu ambigu: elles sont encore des banques d'État à part entière, mais elles sont assujetties à la « Loi sur les banques commerciales », comme toutes les autres entreprises financières, puisqu'elles ont les attributs d'une banque commerciale. Les entreprises financières comprennent les banques privées ou mixtes (État - entreprise privée), les co-entreprises sino-étrangères, les filiales de banques étrangères et les sociétés coopératives de crédit. De cette manière, la Banque populaire de Chine régleme le marché financier conformément à la loi et à la hiérarchie des pouvoirs, telle qu'illustrée par le schéma suivant.⁵⁴⁰

Schéma d'intervention de l'État



⁵⁴⁰Kai Lei, op.cit., note 149, p. 30; D. K. Srivastava, op.cit., note 142, p. 227.

Une telle réglementation chinoise des services financiers est-elle adéquate ? Et en cas d'abus de pouvoirs par la Banque populaire de Chine, le système de révision est-il conforme aux dispositions de l'article VI de l'AGCS ? Ce dernier impose, comme nous l'avons vu, cinq conditions fondamentales à ses pays membres pour que la réglementation intérieure des activités de services, notamment financières, soit raisonnable, objective et impartiale. Ce sont respectivement (1) la révision de la légalité des mesures sur le commerce de services, (2) celle de leur opportunité, (3) l'indépendance des autorités de révision, (4) l'efficacité de la procédure, ainsi enfin que (5) la compétence dans la correction.⁵⁴¹ D'après notre analyse, nous estimons que le marché financier chinois a instauré un régime qui est conforme à ces cinq conditions.

Dans le marché financier chinois, la Banque populaire de Chine est juridiquement restructurée en tant qu'autorité de supervision et elle acquiert une plus grande indépendance qu'auparavant à la suite de l'adoption de la « Loi sur la Banque populaire de Chine ». Elle exerce ses pouvoirs de réglementation du marché financier, dans le cadre de la loi, sans subir de pressions politiques. Si elle abusait de ses pouvoirs, le système de révision viendrait protéger les droits et les intérêts tant d'individus que d'entreprises financières chinoises ou étrangères en particulier, grâce aux lois sur le contentieux et sur la révision.⁵⁴²

L'indépendance des autorités juridictionnelles constitue la base essentielle pour une révision objective et impartiale des mesures administratives. Les cours populaires, en tant qu'autorités

⁵⁴¹ Art. VI(2) de l'AGCS.

⁵⁴² Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 205.

juridictionnelles compétentes, sont donc indépendantes de la Banque populaire de Chine qui, elle, relève du gouvernement chinois. Cette indépendance est assurée par les lois et supervisée par le Parquet populaire.

Elles peuvent réviser la légalité d'une mesure de la Banque populaire de Chine au moyen du contentieux administratif. Prévues par les lois chinoises, les règles du contentieux permettent de garantir une révision objective et impartiale. C'est parce que le droit à la défense peut permettre à tout intéressé de défendre ses droits et ses intérêts grâce à des témoignages, des débats et des justifications. L'exercice de ce droit peut aussi permettre au jury de bien connaître les données d'un litige impliquant la Banque populaire de Chine. Les deux paliers décisionnels consolident également la révision objective et impartiale. Pour recourir le plaignant, cette règle lui permet de faire appel d'une décision de première instance. La procédure du contentieux étant en principe ouverte au public, l'objectivité et l'équité de cette révision peuvent être constatées par le dernier. Donc, cette transparence renforce la révision objective et impartiale. De même, la collégialité de juridiction dans l'examen d'un contentieux peut assurer cette objectivité et cette impartialité. Enfin, dans les circonstances où un membre d'un comité de juridiction se trouve en conflit d'intérêt, il a l'obligation de se récuser afin de garantir l'impartialité et l'objectivité de la révision.

Pour procéder à la révision d'une mesure litigieuse, il faut des normes et des critères appropriés. Toute juridiction non assujettie à des règles et des principes, marquée par l'amateurisme et l'improvisation, risquerait de rendre des jugements de révision partiels et improvisés. Pour cette

raison, les cours populaires examinent les litiges selon les textes adéquats pour éviter l'arbitraire.⁵⁴³

En plus, les activités administratives étant très techniques et compliquées, il faut des juges spécialisés pour aborder les litiges d'une façon objective et impartiale. Pour cette raison, l'examen de contentieux administratif est confié en Chine aux juges spécialisés en matière administrative.

Certes, une révision objective et impartiale des mesures administratives est nécessaire, mais le problème de l'accès au contentieux est aussi fondamental et préliminaire. Une telle révision est impossible si elle demeure inaccessible. Or, l'accès au contentieux est facile en Chine. Il suffit en effet à un requérant d'estimer qu'il y a eu atteinte à ses droits et à ses intérêts pour soulever un contentieux. La partie défenderesse a le fardeau de la preuve. Toutefois, la loi interdit à ce dernier de recueillir ses éléments de preuve auprès de la partie plaignante ou des témoins. Cette interdiction, qui semble avoir pour effet de favoriser la partie lésée se justifie, à nos yeux, étant donné qu'elle tend vers une plus grande équité.

En particulier, les mandats des cours populaires peuvent aller au-delà de l'examen des questions de légalité. Bien que certaines sanctions soient rendues à l'intérieur des bornes fixées par la loi, les cours populaires ont compétence pour réviser leur pertinence et les modifier lorsqu'elles les jugent « manifestement injustes ».⁵⁴⁴ De cette façon, les cours populaires peuvent réviser la convenance d'une sanction de la Banque populaire de Chine.

⁵⁴³Dominique T.C. Wang, *op.cit.*, note 159, p. 43.

⁵⁴⁴Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 89.

Mais pour ce qui est de la vérification générale de cette pertinence, le régime de la révision administrative répond mieux aux exigences de l'article VI de l'AGCS. Comportant plus de latitude que le contentieux administratif, ce régime permet de vérifier en même temps la légalité et l'opportunité d'une mesure administrative particulière, et peut aller au-delà des mesures particulières « manifestement injustes ». Une centaine de lois et de règlements administratifs prévoient explicitement cette révision et environ 90% des litiges administratifs ont en effet été révisés avant qu'ils ne soient examinés par les juges.⁵⁴⁵

Les organes de révision administrative ont d'ailleurs pleine compétence tant pour annuler une mesure que pour la modifier. Ils fournissent au requérant un accès facile à la révision administrative et celle-ci est gratuite. Pour demander une telle révision, il suffit que le requérant puisse démontrer avoir été lésé par une mesure particulière. De plus, tant les lois sur le contentieux et sur la révision que d'autres lois chinoises imposent des limites de temps aux autorités de révision pour régler les litiges soulevés.

D'autre part, l'article VI de l'AGCS prévoit l'établissement ou le maintien de tribunaux d'arbitrage pour réviser les mesures des industries de services. Toutefois, l'arbitrage et la médiation ne comptent pas en Chine au nombre des mesures de révision.⁵⁴⁶ Pourtant, nous estimons que cela ne vient pas d'un manque de conformité aux dispositions dudit article, tout simplement puisque, dans le système

⁵⁴⁵ Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 180.

⁵⁴⁶ Jingzhou Tao, *op.cit.*, note 159, p. 89.

juridique chinois, des mesures adoptées légalement ne sont pas sujettes à négociation ou arbitrage.⁵⁴⁷

Au contraire, nous estimons que leur non-pertinence est conforme à l'esprit des dispositions dudit article. Parce que nous estimons que ces mesures sont adoptées pour protéger les droits et intérêts des fournisseurs de services et non pour renforcer les privilèges des autorités. D'ailleurs, l'examen des litiges montre que l'arbitrage et la médiation sont le plus souvent favorable aux autorités administratives, au moins dans les conditions actuelles.⁵⁴⁸

Nous estimons en conséquence que le marché financier chinois, ayant répondu aux cinq conditions fondamentales de l'article VI de l'AGCS, apparaît dans l'ensemble conforme aux dispositions de cet article et qu'il fournit une protection contre les éventuels abus de pouvoirs de la Banque populaire de Chine.

Bref, tenter de réformer tout le système économique et administratif d'un continent entier est un travail de titan et une épreuve digne des travaux d'Hercules. Des réformes d'une si grande importance constituent pour la Chine une entreprise délicate dans les circonstances actuelles.⁵⁴⁹ Elle s'y aventure d'ailleurs avec des précautions justifiées, comme lorsqu'on entreprend de traverser à gué une rivière au courant tumultueux. Dans ce courant des réformes économiques, le marché financier chinois s'avance d'un bon pas vers l'autre bord, l'économie de marché.⁵⁵⁰ Assurons-nous

⁵⁴⁷ Albert Hung-yee Chen, *op.cit.*, note 8, p. 183; Pitman B. Potter, *op.cit.*, note 350, p. 11.

⁵⁴⁸ Stephen G. Wood et Liu Chong, *op.cit.*, note 184, p. 105.

⁵⁴⁹ Ian Lancaster, *op.cit.*, note 10, p. 2.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 8.

que la Chine trouvera graduellement des réformes solides et stables où poser le pied pour traverser cette rivière. Le marché financier chinois en obtiendra une rationalisation et une objectivité plus grandes ainsi que plus d'équité qu'aujourd'hui.⁵⁵¹

⁵⁵¹Guiguo Wang et Stephen Foo, *op.cit.*, note 6, p. 44.

Bibliographie

MONOGRAPHIES

Bailly, A.S. et D. Maillat, *Le Secteur tertiaire en question : Activités de service, développement économique et spatial*, Paris, Éditions Anthropos, 1986.

Beijing Institute of International Finance, *The Banking System of China*, Beijing, China Planning Press, 1993.

Bibliothèque du Parlement, *L'Accord de libre-échange nord-américain : justifications et enjeux*, Etude générale BP-327F, par A. Chapman, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1993.

Blades, D.W., *Le secteur de services dans les pays en voie de développement, une analyse basée sur les comptes nationaux*, Centre de développement de l'organisation de coopération et de développement économiques, 1975.

Blet, R. et al., *La Justice en Chine, des cent fleurs aux cent codes*, Paris, François Maspero, 1979.

Bradford, M.V.M., « *Creating Free Access for Services and People* » dans N. Lacasse et L. Perret, dir., *Faire affaires au Mexique : les défis du libre-échange*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993.

Cabanne, C. et G. Benko, *Lexique de géographe humaine et économique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1992.

Chen, A H., *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Singapore-Malaysia-Hong Kong, Butterworths Asia, 1992.

Clark, C., *The Conditions of Economic Progress*, London, MacMillan, 1940.

Clark, C., *Les conditions du progrès économique*, Paris, PUF, 1960.

Commerce des Services : questions sectorielles, New York, Nations Unies, UNCTAD/ITP/26, 1991.

Conseil international de la langue française, *Dictionnaire commercial/Académie des sciences commerciales*, Paris, EME, 1987.

Écalle, F., *L'Économie des services*, Paris, P.U.F., Que sais-je ? 2502, 1989.

Écalle, F., *La Révolution tertiaire aux États-Unis*, Paris, La Documentation française, 1986.

Folsom, R.H. et Minan, J.H., *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

Gu, Q.H., *Le règlement des différends relatifs aux investissements étrangers en Chine*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 1995 [non-publiée].

Huang, J., *Explications de la Loi sur le contentieux administratif (Xing Zheng Su Song Fa Shi Lun)*, Beijing, Presse de l'Université des policiers populaires de Chine, 1989.

Lassegue, P., *Cours de gestion commerciale*, Paris, Les Cours de droit, 1977.

Macmillan Dictionary of Modern Economics, general editor D.W. Pearce, London, Macmillan, Rev. ed., 1983.

Nusbaumer, J., *Les services : nouvelle donnée de l'économie*, Paris, Économica, 1984.

OCDE, *La Création d'emplois aux États-Unis*, OCDE 1983.

Rubin, E.L., « Administrative Law and the Complexity of Culture » dans A. Seidman, R.B. Seidman et J. Payne, ed., *Legislative Drafting for Market Reform, Some Lessons from China*, Londres, Macmillan, 1997.

Seidman, A. et Seidman, R.B., *Not a Treasure Chest, a Tool Box: Lessons from a Chinese Legislative Drafting Project*, dans A. Seidman, R.B. Seidman et J. Payne, *Legislative Drafting for Market Reform, Some Lessons from China*, London, Macmillan Press Ltd, 1997.

Tao, Jingzhou, *Le droit chinois contemporain*, Paris, P.U.F., Que sais-je ? 1988, 1991.

Tordjman, A., *Stratégies de concurrence dans le commerce, les services au consommateur*, 2e éd., Paris, les Éditions d'Organisation, 1983.

Tsien, T., *La Chine, Constitution de 1982 et institutions*, Paris, La Documentation française, Notes et Études documentaires, v.4741/4742, 1983.

Valarché, J. et al., *Le secteur tertiaire et le nouveau développement régional*, Fribourg Suisse, Éditions universitaires, 1985.

Wang, D.T.C., *Les sources du droit de la République populaire de Chine*, Genève, Librairie Droz, 1982.

ARTICLES

Benz, S.F., « Trade Liberalization and the Global Service Economy » (1985) 19 J.W.T.L. 95.

Berg, T.G., « Trade in Services : Toward a Development Round of GATT Negotiations Benefitting Both Developing and Industrialized Nations » (1987) 28 Harv. Int'l. L. J. 8, 1.

Bernstein, H., « The PRC's General Principles from a German Perspective » (1989) 52 Law & Contemp. Prob. 117.

- Bhagwati, J.N. « Splintering and Disembodiment of Services and Developing Nations » (1984) *World Econ.* 133.
- Bourgeois, J.H.J., « The EC in the WTO and advisory opinion 1/94: An Echernach Procession » (1995) 32 *Comm. Mkt. L. R.* 763.
- Braga, C.A.P. « L'impact de l'internationalisation de services sur les pays en développement » (1996) *Finances & Développement* 34.
- Broadman, H.G. « GATS : The Uruguay Round Accord on International Trade and Investment in Services » (1994) 17 *World Econ.* 281.
- Chinaexpo, Services, Financial Services, People's Bank of China, <<http://www.chinaexpo.com/service/svc03/pbc/pbc.htm>>.
- Chiu, H., « Chinese Views on th Sources of International Law » (1987) 28 *Harv. Int'l. L. J.* 289.
- Christmas, R.N.H., « The GATT and Services : Quill and Ink in an Age of Word Processors ? » (1986) 10 *Fordham Int'l. L. J.* 288.
- Ewing, A.F., « Why Freer Trade in Services Is in the Interest of Developing Countries » (1985) 19 *J. W. T. L.* 147.
- Fang L.F., « Comments: China » (1997) 28 *Law & Pol'y. Int'l. Bus.* 897.
- Feketekuty, G., « Trade in Professional Services - An Overview » (1984) *World Econ.*
- Finance, « On the Commercial Bank Law » (October 1, 1995) *China's Foreign Trade*, 7.
- Freshfieldes, M.C., « China's Regulations Prepare for Capitalist Banks » (1996) *I F L* 11.
- Gakunu, P., « Trade in Services - Perspective of the Developing World » (1989) *Ga. J. Int'l. & Comp. L.* 420.
- GATT and the Global Trade in Services, (Winter 1996) *II International Contract Adviser* 1, <<http://www.ljx.com/practice/internat/GATTserv.html>>, p. 1.
- Gibbs, M., « Continuing the International Debate on Services » (1985) 19 *J.W.T.L.* 199.
- Gibbs, M., et Mashayekhi, M., « Services : Cooperation for Development » (1988) 22:2 *J.W.T.L.* 81.
- Gold, P.H., « Legal Problems in Expanding the Scope of GATT to Include Trade in Services » (1982) 7 *Int. Trade L.J.* 285.

- Goldstein, M.A. « 1992 and the FCN and OECD Obligations of EEC Member States to the United States in the Financial Services Area » (1990) 30 Va. J. Int'l. L. 189
- Hindley, B., « Service Sector Protection: Considerations for Developing Countries » (1988) 2 World Bank Economic Review 2.
- Hindley, B. et Smith, A., « Comparative Advantage and Trade in Services » (December 1984) The World Economy 377.
- Holmes, W.D., « China's Financial Reforms in the Global Market » (1997) 28 Law & Pol Int Bus 715.
- Keller, P., « Legislation in the People's Republic of China » (1989) 23 U. B. C. L. Rev. 653.
- Krommenacker, R.J. « Trade Related Services and GATT » (1979) 13 J. W. T. L. 510.
- Lancaster, I., « Insurance Law Commentary » Chubb China Operations, Chubb Group of Insurance Companies, <<http://www.chubb.com/china/laws/inslaw-commentary.htm>>.
- Lei, K., « La nouvelle loi bancaire chinoise » (le 27 décembre 1995) La Documentation Française, Hebdomadaire No.2.452, 29.
- Luney, P.R., « Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan » (1989) 52 L. & Contemp. Probs. 129.
- Maffucci, M., « Liberalization of International Trade in the Services Sector : Threshold Problems and a Proposed Framework Under the GATT » (1981) 5 Fordham Int'l. L. J. 378.
- McCulloch, R., « Services and the Uruguay Round » (1990) 13 World Econ 334.
- Mo, Y., « New Regulations on the Supervision of Foreign-Funded Banks in China » (September 1996) China's Foreign Trade 52.
- Nayyar, D., « Some Reflections on the Uruguay Round and Trade in Services » (1988) 22:5 J.W.T.L. 35.
- Nicolaidis, P., « Economic Aspects of Services : Implications for a GATT Agreement » (1989) 23:1 J.W.T.L. 125.
- Potter, P.B., « Securities Markets Opening to Foreign Participation » (April 1992) E Asian Executive Rep. 7.
- Potter, P.B., « Administrative Litigation Law May Offer Some Protection Against Abuse of Power » (November 1990) E Asian Executive Rep. 10.

Qi, X., « L'évolution et le nouvel essor de la législation chinoise après l'époque de Mao : ses orientations » (1994) 35 C. de D. 941.

Qureshi, Z., « Mondialisation : des chances à saisir, des écueils à éviter » (Mars 1996) *Finances & Développement* 31.

Randhawa, P.S., « Punta del Este and After : Negotiations on Trade in Services and the Uruguay Round » (1987) 21:4 J.W.T.L. 163.

Rivers, R. et al., « Putting Services on the Table : The New GATT Round » (1987) 23 *Stan. J. Int'l. L.* 13.

Rose, N., « GATS and the Profession » (January 1997) *New Zeal. L. J.* 6.

Schott, J. et Mazza, J., « Trade in Services and Developing Countries » (1986) 20 J.W.T.L. 253.

Secrétariat de l'OMC, « GATS : Fact and Fiction », document publié en 2001, <http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction1_e.htm>

Song, B., « Assessing China's System of Judicial Review of Administrative Actions » (Win-Spr. 1994) 8 *China law reporter=Chung-kuo fa lu chi kan* 1-2, 17.

Srivastava, D.K., « China's New Banking Law Regime » (1996) 6 *Australian Journal of Corporate Law*, 203.

Stahl, T.H.E., « Liberalizing International Trade in Services : The Case for Sidestepping the GATT » (1994) 19 *Yale J. Int'l. L.* 412.

Stevens, B., « La Chine à l'aube du 21^e siècle » (août-septembre 1996) 201 *L'Observateur de l'OCDE*, 28.

Sum, C., « Insurance Companies in China » (1996) 8 *Ins Law J* 39 et 50.

Wang, D.T.C., « Les sources du droit de la République populaire de Chine » Genève, Librairie Droz, 1982, 23.

Wang, D.T.C., « Les sources du droit de la République populaire de Chine » (1983) 24 C. de D. 440.

Wang, G. et Foo, S., « The Banking Law Reforms in China, Difficulties and Prospects » (June 1995) 18 *World Competition - Law and Economics Review* 4, p. 23.

Wang, S. et Wang, F., « P.R.C. Gets its First Commercial Bank Law, Drafting, Main Provisions, Issues » (October 15, 1995) *E Asian Executive Rep.* 9.

Wang, S., « The Bank Law, A Milestone Marking the Transition of the People's Bank of China into A Central Bank » (September 1995) China Law 71.

Weiss, F., « The General Agreement on Trade in Services 1994 » (1995) 32 Comm. Mkt L. R. 1177.

Weller, D.L., « The Bureaucratic Heavy Hand in China: Legal Means for Foreign Investors to Challenge Agency Action » (1998) 98 Colum. L. R. 1238.

Wood, S.G. et Liu, C., « China's Administrative Procedure Law : An English Translation with Comments » (1991) 43 Adm. L. Rev. 89.

Autres documents.

Accord général sur le commerce de services, Fiche du Ministère du commerce des États-Unis.

Accord général sur le commerce de services, OMC, MNT/FA II-A1B, <<http://www.juris.uqam.ca/docjur/intl/omc/service.htm>>.

Administration of Financial Institutions Provision, Head Office of the People's Bank of China, (1995) 1 China Law and Practice.

Congress of the United States, Office of Technology Assessment, *International Competition in Services*, Washington, D.C., July 1987.

GATT and the Global Trade in Services, GATT Doc. 33 I.K.M. 44 (1994) "GATS" et GATT Doc. MTN.GNS/W/120.

IMF, *Balance of Payments Statistics*, 1992 et 1996.

Journal du Peuple à Beijing, Chine.

Journal de Zaobao à Singapour, <<http://www.asial.com.sg/zaobao/pages/html>>.

Journal de Mingpao à Hong Kong, <<http://www.mingpao.com/newspaper/htm>>.

Loi sur les marques de commerce de la République populaire de Chine; University of Maryland School of Law, Chinalaw Web - PRC, *Trademark Law of the People's Republic of China*, <<http://www.qis.net/chinalaw/ctmlaw.htm>>.

Loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine; University of Maryland School of Law, Chinalaw Web - PRC, *Arbitration Law of the People's Republic of China*, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw47.htm>>.

Loi sur la procédure pénale de la République populaire de Chine; Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Martinus Dordrecht/Boston/London, Nijhoff Publishers, 1989. Le centre informatif de légalité à l'Université

de Beijing, <<http://www.law.pku.edu.cn/newlaw/newlaw101.html>>.

Code pénal de la République populaire de Chine; University of Maryland School of Law, Chinalaw Web - PRC, Charles D. Pagle, Chinalaw Web - PRC, *Criminal Law of the People's Republic of China*, (last modified April 7, 1998); <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw60.htm>>.

Loi sur la procédure civile de la République populaire de Chine; Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Martinus Dordrecht/Boston/London, Nijhoff Publishers, 1989.

Loi organique du Conseil des affaires d'État de la République populaire de Chine; Li & Partners Attorneys at Law, The first databank of Chinese Law on Internet, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/2-16.html>>.

Loi organique des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux de la République populaire de Chine; Li & Partners Attorneys at Law, The first databank of Chinese Law on Internet, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/2-64.html>>.

Loi organique des cours populaires de la République populaire de Chine; *Organic Law of the People's Republic of China*, dans Ralph H. Folsom and John H. Minan, *Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

Loi sur le commerce extérieur de la République populaire de Chine; University of Maryland School of Law, Chinalaw Web, *Foreign Trade Law of the People's Republic of China*, <<http://www.c-b-r.com/English/law/Foreigntrade.htm>>.

Loi sur la Banque populaire de Chine de la République populaire de Chine; PRC, *People's Bank of China Law*, (June 1995) *China Law & Practice* 27.

Loi sur les banques commerciales de la République populaire de Chine; PRC, *Commercial Banking Law*, (June 1995) *China Law & Practice* 27.

Loi sur l'assurance de la République populaire de Chine; Chubb China Operations, *Insurance Law of the People's Republic of China*, <<http://www.chubb.com/china/laws/inslaw.htm>>.

Loi sur le contentieux administratif de la République populaire de Chine; Stephen G. Wood et Liu Chong, *China's Administrative Procedure Law : An English Translation with Comments*, (Winter 1991) 43 *Adm. L. Rev.*

Loi sur la supervision administrative de la République populaire de Chine; University of Maryland School of Law, Chinalaw Web, *Administrative Supervision Law of the People's Republic of China*, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw42.htm>>.

Loi sur les punissements administratifs de la République populaire de Chine; University of

Maryland School of Law, Chinalaw Web, *Administrative Punishment Law of the People's Republic of China*, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw46.htm>>.

Loi sur la révision administrative de la République populaire de Chine; Journal du peuple du 29 avril 1999.

Loi sur les brevets de la République populaire de Chine; University of Maryland School of Law, Charles D. Paglee, Chinalaw Web - PRC, Patent Law of the People's Republic of China; (last modified May 1, 1998), <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw107.htm>>.

Loi sur l'administration des terres de la République populaire de Chine; Li & Partners Attorneys at Law, The first databank of Chinese Law on Internet, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/7-19.html>>.

Loi sur les transferts frontaliers des étrangers de la République populaire de Chine; Li & Partners Attorneys at Law, The first databank of Chinese Law on Internet, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/6-22.html>>.

Loi sur les transferts frontaliers des citoyens de la République populaire de Chine; Li & Partners Attorneys at Law, The first databank of Chinese Law on Internet, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/6-23.html>>.

Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine; Ralph H. Folsom and John H. Minan, Law in the People's Republic of China, Commentary, Readings and Materials, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

Règlements relatifs à la révision administrative de la République populaire de Chine; Foreign and International Law Web, Asia, China, Regulations on Administrative Reconsideration; <<http://lawlib.wuacc.edu/forint/asia/reg.administrative.html>>.

Règlements relatifs aux sanctions policières de la République populaire de Chine; Li & Partners Attorneys at Law, The First Databank of Chinese Law on Internet, <<http://www.law.com.tw/cblaw/da/6-52.html>>.

Règles procédurales de l'Assemblée populaire nationale de la République populaire de Chine; Journal du peuple (Renmin Ribao) du 8 avril 1989.

Règles procédurales du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de la République populaire de Chine; (1987) 6 Gazette du Comité permanent de l'Assemblées populaire nationale.

The World Bank Group, *China, Economic Background*, <<http://www.worldbank.org/html/extdr/offrep/eap/china.htm>>.

Urquhart, Michael, *The Services Industry : Is it Recession Proof ?* Monthly Labor Review, US Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, October 1981.

Annexe I : Le cadre de l'Accord général sur le commerce des services

PREAMBULE

PARTIE I PORTEE ET DEFINITION

Article premier Portée et définition

PARTIE II OBLIGATIONS ET DISCIPLINES GENERALES

Article II Traitement de la nation la plus favorisée

Article III Transparence

Article IIIbis Divulgarion de renseignements confidentiels

Article IV Participation croissante des pays en développement

Article V Intégration économique

Article Vbis Accords d'intégration des marchés du travail

Article VI Réglementation intérieure

Article VII Reconnaissance

Article VIII Monopoles et fournisseurs exclusifs de services

Article IX Pratiques commerciales

Article X Mesures de sauvegarde d'urgence

Article XI Paiements et transferts

Article XII Restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements

Article XIII Marchés publics

Article XIV Exceptions générales

Article XIVbis Exceptions concernant la sécurité

Article XV Subventions

PARTIE III ENGAGEMENTS SPECIFIQUES

Article XVI Accès aux marchés

Article XVII Traitement national

Article XVIII Engagements additionnels

PARTIE IV LIBERALISATION PROGRESSIVE

Article XIX Négociation des engagements spécifiques

Article XX Listes d'engagements spécifiques

Article XXI Modification des listes

PARTIE V DISPOSITIONS INSTITUTIONNELLES

Article XXII Consultations

Article XXIII Règlement des différends et exécution des obligations

Article XXIV Conseil du commerce des services

Article XXV Coopération technique

Article XXVI Rapports avec d'autres organisations internationales

PARTIE VI DISPOSITIONS FINALES

Article XXVII Refus d'accorder des avantages

Article XXVIII Définitions

Article XXIX Annexes

ACCORD GENERAL SUR LE COMMERCE DES SERVICES

Les Membres,

Reconnaissant l'importance toujours plus grande du commerce des services pour la croissance et le développement de l'économie mondiale,

Désireux d'établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays en développement,

Désireux d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociations multilatérales successives visant à promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et à assurer un équilibre global des droits et des obligations, compte dûment tenu des objectifs de politique nationale,

Reconnaissant le droit des Membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale, et, vu les asymétries existantes pour ce qui est du degré de développement des réglementations relatives aux services dans les différents pays, le besoin particulier qu'ont les pays en développement d'exercer ce droit,

Désireux de faciliter la participation croissante des pays en développement au commerce des services et l'expansion de leurs exportations de services grâce, entre autres, au renforcement de leur capacité nationale de fournir des services ainsi qu'à l'efficacité et à la compétitivité de ce secteur,

Tenant particulièrement compte des graves difficultés qu'ont les pays les moins avancés en raison de leur situation économique spéciale et des besoins de leur développement, de leur commerce et de leurs finances,

Conviennent de ce qui suit:

PARTIE I PORTEE ET DEFINITION

Article premier Portée et définition

1. Le présent Accord s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services.
2. Aux fins du présent Accord, le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service:
 - a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre;
 - b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre;
 - c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre;

d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre.

3. Aux fins du présent Accord:

a) Les "mesures des Membres" s'entendent de mesures prises par:

i) des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux; et

ii) des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux;

Dans la mise en oeuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux et les organismes non gouvernementaux les respectent.

b) Les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.

c) Un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services.

PARTIE II OBLIGATIONS ET DISCIPLINES GENERALES

Article II Traitement de la nation la plus favorisée

1. En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent Accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

2. Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe relative aux exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe.

3. Les dispositions du présent Accord ne seront pas interprétées comme empêchant un Membre de conférer ou d'accorder des avantages à des pays limitrophes pour faciliter les échanges, limités aux zones frontières contiguës, de services qui sont produits et consommés localement.

Article III Transparence

1. Chaque Membre publiera dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au plus tard au moment de leur entrée en vigueur, toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent Accord. Les accords internationaux visant ou affectant le commerce des services et dont un Membre est signataire seront également publiés.

2. Dans les cas où la publication visée au paragraphe 1 sera matériellement impossible, ces renseignements seront mis à la disposition du public d'une autre manière.

3. Chaque Membre informera le Conseil du commerce des services dans les moindres délais et au moins chaque année de l'adoption de toutes les nouvelles lois, réglementations ou directives

administratives, ou de toutes les modifications des lois, réglementations ou directives administratives existantes, qui affectent notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques qu'il a souscrits au titre du présent Accord.

4. Chaque Membre répondra dans les moindres délais à toutes les demandes de renseignements spécifiques émanant de tout autre Membre et concernant telle ou telle de ses mesures d'application générale ou tout accord international au sens du paragraphe 1. Chaque Membre établira aussi un ou plusieurs points d'information chargés de fournir aux autres Membres qui en feront la demande des renseignements spécifiques sur toutes ces questions, ainsi que sur celles qui sont soumises à la prescription de notification énoncée au paragraphe 3. Ces points d'information seront établis dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC. Il pourra être convenu de ménager à tel ou tel pays en développement une flexibilité appropriée en ce qui concerne le délai fixé pour l'établissement de ces points d'information. Les points d'information n'auront pas besoin d'être dépositaires des lois et réglementations.

5. Tout Membre pourra notifier au Conseil du commerce des services toute mesure prise par tout autre Membre qui, selon lui, affecte le fonctionnement du présent Accord.

Article IIIbis Divulgence de renseignements confidentiels

Aucune disposition du présent Accord n'obligera un Membre à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées.

Article IV Participation croissante des pays en développement

1. La participation croissante des pays en développement au commerce mondial sera facilitée par des engagements spécifiques négociés pris par différents Membres conformément aux Parties III et IV du présent Accord et se rapportant:

- a) au renforcement de leur capacité nationale de fournir des services ainsi que de l'efficacité et de la compétitivité de ce secteur, entre autres choses, par un accès à la technologie sur une base commerciale;
- b) à l'amélioration de leur accès aux circuits de distribution et aux réseaux d'information; et
- c) à la libéralisation de l'accès aux marchés dans les secteurs et pour les modes de fourniture qui les intéressent du point de vue des exportations.

2. Les pays développés Membres et, autant que possible, les autres Membres établiront des points de contact dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC pour faciliter l'accès des fournisseurs de services des pays en développement aux renseignements, en rapport avec leurs marchés respectifs, concernant:

- a) les aspects commerciaux et techniques de la fourniture de services;
- b) l'enregistrement, la reconnaissance et l'obtention des qualifications professionnelles; et
- c) les possibilités d'accéder à la technologie des services.

3. Une priorité spéciale sera accordée aux pays les moins avancés dans la mise en oeuvre des

paragraphe 1 et 2. Il sera tenu compte en particulier des graves difficultés que les pays les moins avancés ont à accepter des engagements spécifiques en raison de leur situation économique spéciale et des besoins de leur développement, de leur commerce et de leurs finances.

Article V Intégration économique

1. Le présent Accord n'empêchera aucun des Membres d'être partie ou de participer à un accord libéralisant le commerce des services entre ou parmi les parties audit accord, à condition que cet accord:

a) couvre un nombre substantiel de secteurs, et

b) prévoie l'absence, ou l'élimination pour l'essentiel, de toute discrimination, au sens de l'article XVII, entre ou parmi les parties, dans les secteurs visés à l'alinéa a), par:

i) l'élimination des mesures discriminatoires existantes, et/ou

ii) la prohibition de nouvelles mesures discriminatoires ou de mesures plus discriminatoires, soit à l'entrée en vigueur dudit accord, soit sur la base d'un calendrier raisonnable, sauf pour les mesures autorisées au titre des articles XI, XII, XIV et XIVbis.

2. Pour évaluer s'il est satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 1 b), il pourra être tenu compte du rapport entre l'accord et un processus plus large d'intégration économique ou de libéralisation des échanges parmi les pays concernés.

3. a) Dans les cas où des pays en développement sont parties à un accord du type visé au paragraphe 1, une certaine flexibilité leur sera ménagée pour ce qui est des conditions énoncées audit paragraphe, en particulier à l'alinéa b), en fonction de leur niveau de développement tant global que par secteur et sous-secteur.

b) Nonobstant les dispositions du paragraphe 6, dans le cas d'un accord du type visé au paragraphe 1 auquel ne participent que des pays en développement, un traitement plus favorable pourra être accordé aux personnes morales détenues ou contrôlées par des personnes physiques des parties audit accord.

4. Tout accord visé au paragraphe 1 sera destiné à faciliter les échanges entre les parties et ne relèvera pas, à l'égard de tout Membre en dehors de l'accord, le niveau général des obstacles au commerce des services dans les secteurs ou sous-secteurs respectifs par rapport au niveau applicable avant un tel accord.

5. Si, lors de la conclusion, de l'élargissement ou d'une modification notable de tout accord visé au paragraphe 1, un Membre a l'intention de retirer ou de modifier un engagement spécifique d'une manière incompatible avec les conditions et modalités énoncées dans sa liste, il annoncera cette modification ou ce retrait quatre-vingt-dix jours au moins à l'avance et les procédures énoncées aux paragraphes 2 à 4 de l'article XXI seront d'application.

6. Un fournisseur de services d'un autre Membre qui est une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie à un accord visé au paragraphe 1 aura droit au traitement accordé en vertu dudit accord, à condition qu'il effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire des parties audit accord.

7. a) Les Membres qui sont parties à tout accord visé au paragraphe 1 notifieront dans les moindres délais au Conseil du commerce des services tout accord de ce genre et tout élargissement ou toute modification notable d'un tel accord. En outre, ils mettront à la disposition du Conseil les renseignements pertinents que celui-ci pourra leur demander. Le Conseil pourra établir un groupe de travail chargé d'examiner un tel accord ou l'élargissement ou la modification d'un tel accord et de lui présenter un rapport sur la compatibilité dudit accord avec le présent article.

b) Les Membres qui sont parties à tout accord visé au paragraphe 1 qui est mis en oeuvre sur la base d'un calendrier adresseront périodiquement au Conseil du commerce des services un rapport sur sa mise en oeuvre. Le Conseil pourra établir un groupe de travail chargé d'examiner ces rapports s'il le juge nécessaire.

c) Sur la base des rapports des groupes de travail visés aux alinéas a) et b), le Conseil pourra adresser aux parties les recommandations qu'il jugera appropriées.

8. Un Membre qui est partie à un accord visé au paragraphe 1 ne pourra pas demander de compensation pour les avantages commerciaux qu'un autre Membre pourrait tirer dudit accord.

Article Vbis Accords d'intégration des marchés du travail

Le présent Accord n'empêchera aucun des Membres d'être partie à un accord établissant une intégration totale des marchés du travail entre ou parmi les parties audit accord, à condition que cet accord:

a) exempte les citoyens des parties à l'accord des prescriptions concernant les permis de résidence et de travail;

b) soit notifié au Conseil du commerce des services.

Article VI Réglementation intérieure

1. Dans les secteurs où des engagements spécifiques sont contractés, chaque Membre fera en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale.

2. a) Chaque Membre maintiendra, ou instituera aussitôt que possible, des tribunaux judiciaires, administratifs ou d'arbitrage ou des instances qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et, dans les cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées. Dans les cas où ces instances ne seront pas indépendantes de l'organisme chargé de prendre la décision administrative en question, le Membre fera en sorte qu'elles permettent en fait de procéder à une révision objective et impartiale.

b) Les dispositions de l'alinéa a) ne seront pas interprétées comme obligeant un Membre à instituer de tels tribunaux ou instances dans les cas où cela serait incompatible avec sa structure constitutionnelle ou la nature de son système juridique.

3. Dans les cas où une autorisation sera exigée pour la fourniture d'un service pour lequel un engagement spécifique aura été pris, les autorités compétentes d'un Membre informeront le requérant, dans un délai raisonnable après la présentation d'une demande jugée complète au regard

des lois et réglementations intérieures, de la décision concernant la demande. A la demande du requérant, les autorités compétentes du Membre fourniront, sans retard indu, des renseignements sur ce qu'il advient de la demande.

4. Afin de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services, le Conseil du commerce des services élaborera, par l'intermédiaire des organismes appropriés qu'il pourra établir, toutes disciplines nécessaires. Ces disciplines viseront à faire en sorte que ces prescriptions, entre autres choses:

- a) soient fondées sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service;
- b) ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service;
- c) ne constituent pas en soi une restriction à la fourniture du service, dans le cas des procédures en matière de licences.

5. a) Dans les secteurs où un Membre a contracté des engagements spécifiques en attendant l'entrée en vigueur des disciplines élaborées dans ces secteurs conformément au paragraphe 4, ledit Membre n'appliquera pas de prescriptions en matière de licences et de qualifications ni de normes techniques qui annulent ou compromettent ces engagements spécifiques d'une manière:

- i) qui ne soit pas conforme aux critères indiqués au paragraphe 4 a), b) ou c); et
 - ii) à laquelle on n'aurait raisonnablement pas pu s'attendre de la part de ce Membre au moment où les engagements spécifiques dans ces secteurs ont été pris.
- b) Pour déterminer si un Membre se conforme à l'obligation énoncée au paragraphe 5 a), on tiendra compte des normes internationales des organisations internationales compétentes appliquées par ce Membre.

6. Dans les secteurs où des engagements spécifiques concernant des services professionnels sont contractés, chaque Membre prévoira des procédures adéquates pour vérifier la compétence des professionnels de tout autre Membre.

Article VII Reconnaissance

1. S'agissant d'assurer, en totalité ou en partie, le respect de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, licences ou certificats pour les fournisseurs de services, et sous réserve des prescriptions du paragraphe 3, un Membre pourra reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies, ou les licences ou certificats accordés dans un pays déterminé. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordée de manière autonome.

2. Un Membre qui est partie à un accord ou arrangement visé au paragraphe 1, existant ou futur, ménagera aux autres Membres intéressés une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou arrangement ou de négocier des accords ou arrangements comparables avec lui. Dans les cas où un Membre accorde la reconnaissance de manière autonome, il ménagera à tout autre Membre une possibilité adéquate de démontrer que l'éducation ou l'expérience acquise, les licences ou les certificats obtenus, ou les prescriptions remplies sur son territoire devraient être reconnus.

3. Un Membre n'accordera pas la reconnaissance d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les pays dans l'application de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, licences ou certificats pour les fournisseurs de services, ni une restriction déguisée au commerce des services.

4. Chaque Membre:

a) informera le Conseil du commerce des services, dans un délai de douze mois à compter de la date à laquelle l'Accord instituant l'OMC prendra effet pour lui, de ses mesures de reconnaissance existantes et indiquera si ces mesures sont fondées sur des accords ou arrangements du type visé au paragraphe 1;

b) informera le Conseil du commerce des services dans les moindres délais, aussi longtemps à l'avance que possible, de l'ouverture de négociations au sujet d'un accord ou arrangement visé au paragraphe 1 afin de ménager à tout autre Membre une possibilité adéquate de faire savoir s'il souhaite participer aux négociations, avant que celles-ci n'entrent dans une phase de fond;

c) informera le Conseil du commerce des services dans les moindres délais lorsqu'il adoptera de nouvelles mesures de reconnaissance ou modifiera notablement des mesures existantes, et indiquera si les mesures sont fondées sur un accord ou arrangement visé au paragraphe 1.

5. Chaque fois que cela sera approprié, la reconnaissance devrait être fondée sur des critères convenus multilatéralement. Dans les cas où cela sera approprié, les Membres collaboreront avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes à l'établissement et à l'adoption de normes et critères internationaux communs pour la reconnaissance et de normes internationales communes pour l'exercice des professions, libérales ou autres, en rapport avec les services.

Article VIII Monopoles et fournisseurs exclusifs de services

1. Chaque Membre fera en sorte que le fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du Membre au titre de l'article II et ses engagements spécifiques.

2. Dans les cas où le fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements.

3. Le Conseil du commerce des services pourra, à la demande d'un Membre qui a des raisons de croire qu'un fournisseur monopolistique d'un service de tout autre Membre agit d'une manière incompatible avec les paragraphes 1 ou 2, inviter le Membre qui établit, maintient ou autorise un tel fournisseur à fournir des renseignements spécifiques concernant les opérations pertinentes.

4. Si, après l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC, un Membre accorde des droits monopolistiques en ce qui concerne la fourniture d'un service visé par ses engagements spécifiques ledit Membre présentera une notification au Conseil du commerce des services trois mois au moins

avant la date prévue pour l'octroi effectif de droits monopolistiques, et les dispositions des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article XXI seront d'application.

5. Les dispositions du présent article s'appliqueront également, s'agissant des fournisseurs exclusifs de services aux cas dans lesquels, en droit ou en fait, un Membre a) autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et b) empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire.

Article IX Pratiques commerciales

1. Les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services, autres que celles qui relèvent de l'article VIII, peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services.

2. Chaque Membre se prêtera, à la demande de tout autre Membre, à des consultations en vue d'éliminer les pratiques visées au paragraphe 1. Le Membre auquel la demande sera adressée examinera celle-ci de manière approfondie et avec compréhension et coopérera en fournissant des renseignements non confidentiels, à la disposition du public, présentant un intérêt pour la question considérée. Il fournira également au Membre auteur de la demande d'autres renseignements disponibles, sous réserve de sa législation nationale et à condition qu'un accord satisfaisant soit intervenu au sujet de la protection du caractère confidentiel de ces renseignements.

Article X Mesures de sauvegarde d'urgence

1. Des négociations multilatérales fondées sur le principe de la non-discrimination auront lieu au sujet des mesures de sauvegarde d'urgence. Les résultats de ces négociations entreront en application à une date qui ne sera pas postérieure de plus de trois ans à celle de l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC.

2. Au cours de la période antérieure à l'entrée en application des résultats des négociations visées au paragraphe 1, tout Membre pourra, nonobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article XXI, notifier au Conseil du commerce des services son intention de modifier ou de retirer un engagement spécifique après qu'un an se sera écoulé à compter de la date à laquelle l'engagement sera entré en vigueur, à condition que le Membre puisse montrer au Conseil qu'il a des raisons de ne pas attendre, pour procéder à cette modification ou à ce retrait, que la période de trois ans prévue au paragraphe 1 de l'article XXI se soit écoulée.

3. Les dispositions du paragraphe 2 cesseront de s'appliquer trois ans après l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC.

Article XI Paiements et transferts

1. Sauf dans les cas envisagés à l'article XII, un Membre n'appliquera pas de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes ayant un rapport avec ses engagements spécifiques.

2. Aucune disposition du présent Accord n'affectera les droits et obligations résultant pour les membres du Fonds monétaire international des Statuts du Fonds, y compris l'utilisation de mesures de change qui sont conformes auxdits Statuts, étant entendu qu'un Membre n'imposera pas de restrictions à des transactions en capital d'une manière incompatible avec les engagements spécifiques qu'il a pris en ce qui concerne ces transactions, sauf en vertu de l'article XII ou à la demande du Fonds.

Article XII Restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements

1. En cas de graves difficultés posées par sa balance des paiements et sa situation financière extérieure ou de menace de graves difficultés, un Membre pourra adopter ou maintenir des restrictions au commerce de services pour lesquels il a contracté des engagements spécifiques, y compris aux paiements ou transferts pour les transactions liées à de tels engagements. Il est reconnu que des pressions particulières s'exerçant sur la balance des paiements d'un Membre en voie de développement économique ou engagé dans un processus de transition économique pourront nécessiter le recours à des restrictions pour assurer, entre autres choses, le maintien d'un niveau de réserves financières suffisant pour l'exécution de son programme de développement économique ou de transition économique.

2. Les restrictions visées au paragraphe 1 :

- a) n'établiront pas de discrimination entre Membres;**
- b) seront compatibles avec les Statuts du Fonds monétaire international;**
- c) éviteront de léser inutilement les intérêts commerciaux, économiques et financiers de tout autre Membre;**
- d) n'iront pas au-delà de ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances décrites au paragraphe 1;**
- e) seront temporaires et seront supprimées progressivement, au fur et à mesure que la situation envisagée au paragraphe 1 s'améliorera.**

3. Lorsqu'ils détermineront l'incidence de ces restrictions, les Membres pourront donner la priorité à la fourniture de services qui sont le plus nécessaires à leurs programmes économiques ou à leurs programmes de développement. Toutefois, ces restrictions ne devront pas être adoptées ni maintenues dans le but de protéger un secteur de services donné.

4. Toute restriction adoptée ou maintenue au titre du paragraphe 1 du présent article, ou toute modification qui y aura été apportée, sera notifiée dans les moindres délais au Conseil général.

5. a) Les Membres appliquant les dispositions du présent article entreront en consultations dans les moindres délais avec le Comité des restrictions appliquées pour des raisons de balance des paiements au sujet des restrictions adoptées au titre du présent article.

b) La Conférence ministérielle établira des procédures de consultation périodique dans le but de permettre que les recommandations qu'elle pourra juger appropriées soient faites à l'attention du Membre concerné.

c) Ces consultations auront pour objet d'évaluer la situation de la balance des paiements du Membre concerné et les restrictions qu'il a adoptées ou qu'il maintient au titre du présent article, compte tenu,

entre autres choses, de facteurs tels que:

- i) la nature et l'étendue des difficultés posées par sa balance des paiements et sa situation financière extérieure;
 - ii) l'environnement économique et commercial extérieur du Membre appelé en consultation;
 - iii) les autres mesures correctives auxquelles il serait possible de recourir.
- d) Les consultations porteront sur la conformité de toutes restrictions avec le paragraphe 2, en particulier sur l'élimination progressive des restrictions conformément au paragraphe 2 e).
- e) Au cours de ces consultations, toutes les constatations de fait, d'ordre statistique ou autre, qui seront communiquées par le Fonds monétaire international en matière de change, de réserves monétaires et de balance des paiements seront acceptées et les conclusions seront fondées sur l'évaluation par le Fonds de la situation de la balance des paiements et de la situation financière extérieure du Membre appelé en consultation.

6. Si un Membre qui n'est pas membre du Fonds monétaire international souhaite appliquer les dispositions du présent article, la Conférence ministérielle établira les procédures d'examen et autres procédures nécessaires.

Article XIII Marchés publics

1. Les articles II, XVI et XVII ne s'appliqueront pas aux lois, réglementations et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la fourniture de services destinés à la vente dans le commerce.

2. Des négociations multilatérales sur les marchés publics de services relevant du présent Accord auront lieu dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC.

Article XIV Exceptions générales

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures:

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public;
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
- c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, y compris celles qui se rapportent:
 - i) à la prévention des pratiques dolosives et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services;
 - ii) à la protection du caractère privé de la vie des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection de la confidentialité des dossiers et comptes personnels;
 - iii) à la sécurité;
- d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer

l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres;

e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié.

Article XIVbis Exceptions concernant la sécurité

1. Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée:

a) comme obligeant un Membre à fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité;

b) ou comme empêchant un Membre de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité:

i) se rapportant à la fourniture de services destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées;

ii) se rapportant aux matières fissionables et fusionables ou aux matières qui servent à leur fabrication;

iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale;

c) ou comme empêchant un Membre de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

2. Le Conseil du commerce des services sera informé dans toute la mesure du possible des mesures prises au titre du paragraphe 1 b) et c) et de leur abrogation.

Article XV Subventions

1. Les Membres reconnaissent que, dans certaines circonstances, les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services. Les Membres engageront des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter ces effets de distorsion. Les négociations porteront aussi sur le bien-fondé de procédures de compensation. Ces négociations reconnaîtront le rôle des subventions en rapport avec les programmes de développement des pays en développement et tiendront compte des besoins des Membres, en particulier des pays en développement Membres, en matière de flexibilité dans ce domaine. Aux fins de ces négociations, les Membres échangeront des renseignements au sujet de toutes les subventions en rapport avec le commerce des services qu'ils accordent à leurs fournisseurs de services nationaux.

2. Tout Membre qui considère qu'une subvention accordée par un autre Membre lui est préjudiciable pourra demander à engager des consultations avec cet autre Membre à ce sujet. Ces demandes seront examinées avec compréhension.

PARTIE III ENGAGEMENTS SPECIFIQUES

Article XVI Accès aux marchés

1. En ce qui concerne l'accès aux marchés suivant les modes de fourniture identifiés à l'article

premier, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa liste.

2. Dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés sont pris, les mesures qu'un Membre n'appliquera pas, ni n'adoptera que ce soit au niveau d'une subdivision régionale ou au niveau de l'ensemble de son territoire, à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans sa liste, se définissent comme suit:

a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques ou de monopoles, par la désignation de fournisseurs exclusifs de services ou par la prescription de critères relatifs aux besoins économiques;

b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services, sous forme de contingents numériques ou par la prescription de critères relatifs aux besoins économiques;

c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou par la prescription de critères relatifs aux besoins économiques;

d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique, et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou par la prescription de critères relatifs aux besoins économiques;

e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service; et

f) limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux.

Article XVII Traitement national

1. Dans les secteurs inscrits dans sa liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires.

2. Un Membre pourra satisfaire à la prescription du paragraphe 1 en accordant aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre soit un traitement formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires, soit un traitement formellement différent.

3. Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre.

Article XVIII Engagements additionnels

Les Membres pourront négocier des engagements pour ce qui est des mesures affectant le commerce des services qui ne sont pas à inscrire dans les listes en vertu des articles XVI ou XVII, y compris celles qui ont trait aux qualifications, aux normes ou aux questions relatives aux licences. Ces engagements seront inscrits dans la liste d'un Membre.

PARTIE IV LIBERALISATION PROGRESSIVE

Article XIX Négociation des engagements spécifiques

1. Conformément aux objectifs du présent Accord, les Membres engageront des séries de négociations successives, qui commenceront au plus tard cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC et auront lieu périodiquement par la suite, en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation. Ces négociations viseront à réduire ou à éliminer les effets défavorables de certaines mesures sur le commerce des services, de façon à assurer un accès effectif aux marchés. Ce processus aura pour objet de promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations.

2. Le processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents Membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs. Une flexibilité appropriée sera ménagée aux différents pays en développement pour qu'ils puissent ouvrir moins de secteurs, libéraliser moins de types de transactions, élargir progressivement l'accès à leurs marchés en fonction de la situation de leur développement, et, lorsqu'ils accorderont l'accès à leurs marchés à des fournisseurs de services étrangers, l'assortir de conditions visant à atteindre les objectifs mentionnés à l'article IV.

3. Pour chacune de ces séries de négociations, des lignes directrices et des procédures seront établies. Aux fins d'établissement de ces lignes directrices, le Conseil du commerce des services procédera à une évaluation du commerce des services d'une manière globale et sur une base sectorielle en se référant aux objectifs du présent Accord, y compris ceux qui sont énoncés au paragraphe 1 de l'article IV. Les lignes directrices établiront les modalités du traitement de la libéralisation entreprise de façon autonome par les Membres depuis les négociations précédentes, ainsi que du traitement spécial des pays les moins avancés en vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article IV.

4. Le processus de libéralisation progressive sera poursuivi à chacune de ces séries de négociations, par voie de négociations bilatérales, plurilatérales ou multilatérales destinées à accroître le niveau général des engagements spécifiques contractés par les Membres au titre du présent Accord.

Article XX Listes d'engagements spécifiques

1. Chaque Membre indiquera dans une liste les engagements spécifiques qu'il contracte au titre de la Partie III du présent Accord. En ce qui concerne les secteurs pour lesquels ces engagements sont contractés, chaque liste précisera:

- a) les modalités, limitations et conditions concernant l'accès aux marchés;**
- b) les conditions et restrictions concernant le traitement national;**
- c) les engagements en rapport avec des engagements additionnels;**

- d) dans les cas appropriés, le délai pour la mise en oeuvre de ces engagements; et
- e) la date d'entrée en vigueur de ces engagements.

2. Les mesures incompatibles à la fois avec les articles XVI et XVII seront inscrites dans la colonne relative à l'article XVI. Dans ce cas, l'inscription sera considérée comme introduisant une condition ou une restriction concernant également l'article XVII.

3. Les listes d'engagements spécifiques seront annexées au présent Accord et en feront partie intégrante.

Article XXI Modification des listes

1. a) Un Membre (dénommé dans le présent article le "Membre apportant la modification") pourra modifier ou retirer tout engagement figurant sur sa liste, à tout moment après que trois ans se seront écoulés à compter de la date à laquelle cet engagement est entré en vigueur, conformément aux dispositions du présent article.

b) Le Membre apportant la modification notifiera au Conseil du commerce des services son intention de modifier ou de retirer un engagement conformément au présent article, trois mois au plus tard avant la date envisagée pour la mise en oeuvre de la modification ou du retrait.

2. a) A la demande de tout Membre dont les avantages au titre du présent Accord peuvent être affectés (ci-après dénommé "un Membre affecté") par une modification ou un retrait projeté notifié conformément au paragraphe 1 b), le Membre apportant la modification se prêtera à des négociations en vue d'arriver à un accord sur toute compensation nécessaire. Au cours de ces négociations et dans cet accord, les Membres concernés s'efforceront de maintenir les engagements contractés sur la base d'avantages mutuels à un niveau général non moins favorable pour le commerce que celui qui résultait des listes d'engagements spécifiques avant les négociations.

b) La compensation se fera sur la base du principe de la nation la plus favorisée.

3. a) Si un accord n'intervient pas entre le Membre apportant la modification et tout Membre affecté avant la fin de la période prévue pour les négociations, ledit Membre affecté pourra soumettre la question à arbitrage. Tout Membre affecté qui souhaite faire valoir un droit qu'il pourrait avoir en matière de compensation devra participer à l'arbitrage.

b) Si aucun Membre affecté n'a demandé qu'il y ait arbitrage, le Membre apportant la modification sera libre de mettre en oeuvre la modification ou le retrait projeté.

4. a) Le Membre apportant la modification ne pourra pas modifier ou retirer son engagement tant qu'il n'aura pas accordé de compensation conformément aux conclusions de l'arbitrage.

b) Si le Membre apportant la modification met en oeuvre la modification ou le retrait projeté et ne se conforme pas aux conclusions de l'arbitrage, tout Membre affecté qui a participé à l'arbitrage pourra modifier ou retirer des avantages substantiellement équivalents conformément à ces conclusions. Nonobstant les dispositions de l'article II, une telle modification ou un tel retrait pourra être mis en oeuvre uniquement à l'égard du Membre apportant la modification.

5. Le Conseil du commerce des services établira des procédures pour la rectification ou la

modification des listes d'engagements. Tout Membre qui aura modifié ou retiré des engagements inscrits dans sa liste au titre du présent article modifiera sa liste conformément à ces procédures.

PARTIE V DISPOSITIONS INSTITUTIONNELLES

Article XXII Consultations

1. Chaque Membre examinera avec compréhension les représentations que pourra lui adresser tout autre Membre et se prêtera à des consultations au sujet de ces représentations, lorsque celles-ci porteront sur une question concernant l'application du présent Accord. Le Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends s'appliquera à ces consultations.

2. Le Conseil du commerce des services ou l'Organe de règlement des différends (ORD) pourra, à la demande d'un Membre, entrer en consultations avec un ou plusieurs Membres, sur une question pour laquelle une solution satisfaisante n'aura pas pu être trouvée au moyen des consultations prévues au paragraphe 1.

3. Un Membre ne pourra pas invoquer l'article XVII, que ce soit au titre du présent article ou au titre de l'article XXIII, pour ce qui est d'une mesure d'un autre Membre qui relève d'un accord international conclu entre eux pour éviter la double imposition. En cas de désaccord entre les Membres sur la question de savoir si une mesure relève d'un tel accord conclu entre eux, l'un ou l'autre Membre aura la faculté de porter cette question devant le Conseil du commerce des services. Le Conseil soumettra la question à arbitrage. La décision de l'arbitre sera définitive et contraignante pour les Membres.

Article XXIII Règlement des différends et exécution des obligations

1. Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent Accord, ledit Membre pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, recourir au Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends.

2. Si l'ORD considère que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, il pourra autoriser un ou plusieurs Membres à suspendre, à l'égard de tel autre ou tels autres Membres, l'application d'obligations et engagements spécifiques conformément à la section 22 (Compensation et suspension de concessions) du Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends.

3. Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent Accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent Accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends. Si l'ORD détermine que la mesure a annulé ou compromis un tel avantage, le Membre affecté aura droit à une

compensation mutuellement satisfaisante, sur la base du paragraphe 2 de l'article XXI, qui pourra inclure la modification ou le retrait de la mesure. Dans les cas où les Membres concernés ne pourront pas arriver à un accord, la section 22 (Compensation et suspension de concessions) du Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends sera d'application.

Article XXIV Conseil du commerce des services

1. Le Conseil du commerce des services exercera les fonctions qui lui seront confiées en vue de faciliter le fonctionnement du présent Accord et de favoriser la poursuite de ses objectifs. Le Conseil pourra établir les organes subsidiaires qu'il jugera appropriés pour s'acquitter efficacement de ses fonctions.

2. Les représentants de tous les Membres pourront faire partie du Conseil et, à moins que celui-ci n'en décide autrement, de ses organes subsidiaires.

3. Le Président du Conseil sera élu par les Membres. Le Conseil établira lui-même son règlement intérieur.

Article XXV Coopération technique

1. Les fournisseurs de services des Membres qui ont besoin d'une telle assistance auront accès aux services des points de contact visés au paragraphe 2 de l'article IV.

2. L'assistance technique aux pays en développement sera fournie au plan multilatéral par le Secrétariat de l'OMC et sera déterminée par le Conseil du commerce des services.

Article XXVI Rapports avec d'autres organisations internationales

Le Conseil général prendra les dispositions appropriées à des fins de consultation et de coopération avec l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées du système des Nations Unies, ainsi qu'avec d'autres organisations intergouvernementales s'occupant des services.

PARTIE VI DISPOSITIONS FINALES

Article XXVII Refus d'accorder des avantages

Un Membre pourra refuser d'accorder les avantages découlant du présent Accord:

a) pour la fourniture d'un service, s'il établit que ce service est fourni en provenance du territoire d'un pays non Membre, ou du territoire d'un Membre auquel il n'applique pas le présent Accord; et

b) dans le cas de la fourniture d'un service de transport maritime, s'il établit que ce service est fourni:

i) par un navire immatriculé conformément à la législation d'un pays non Membre ou d'un Membre auquel il n'applique pas le présent Accord, et

ii) par une personne qui exploite et/ou utilise le navire en totalité ou en partie mais qui est d'un pays

non Membre ou d'un Membre auquel il n'applique pas le présent Accord;
c) à un fournisseur de services qui est une personne morale, s'il établit qu'il n'est pas un fournisseur de services d'un autre Membre ou qu'il est un fournisseur de services d'un Membre auquel il n'applique pas le présent Accord.

Article XXVIII Définitions

Aux fins du présent Accord,

- a) le terme "mesure" s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme;
- b) la "fourniture d'un service" comprend la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service;
- c) les "mesures des Membres qui affectent le commerce des services" comprennent les mesures concernant:
 - i) l'achat, le paiement ou l'utilisation d'un service,
 - ii) l'accès et le recours, à l'occasion de la fourniture d'un service, à des services dont ces Membres exigent qu'ils soient offerts au public en général;
 - iii) la présence, y compris la présence commerciale, de personnes d'un Membre pour la fourniture d'un service sur le territoire d'un autre Membre;
- d) l'expression "présence commerciale" s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme
 - i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou
 - ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service;
- e) le terme "secteur" d'un service s'entend,
 - i) en rapport avec un engagement spécifique, d'un ou de plusieurs sous-secteurs de ce service ou de la totalité des sous-secteurs de ce service, ainsi qu'il est spécifié dans la liste du Membre,
 - ii) autrement, de l'ensemble de ce secteur de service, y compris la totalité de ses sous-secteurs;
- f) l'expression "service d'un autre Membre" s'entend d'un service qui est fourni
 - i) en provenance du territoire ou sur le territoire de cet autre Membre ou, dans le cas des transports maritimes, par un navire immatriculé conformément à la législation de cet autre Membre ou par une personne de cet autre Membre qui fournit le service grâce à l'exploitation d'un navire et/ou à son utilisation totale ou partielle, ou
 - ii) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale ou à la présence de personnes physiques, par un fournisseur de services de cet autre Membre;
- g) l'expression "fournisseur de services" s'entend de toute personne qui fournit un service;
- h) l'expression "fournisseur monopolistique d'un service" s'entend de toute personne, publique ou privée, qui sur le marché pertinent du territoire d'un Membre est agréé ou établi formellement ou dans les faits par ce Membre comme étant le fournisseur exclusif de ce service;
- i) l'expression "consommateur de services" s'entend de toute personne qui reçoit ou utilise un service;
- j) une "personne" est soit une personne physique soit une personne morale;
- k) l'expression "personne physique d'un autre Membre" s'entend d'une personne physique qui réside sur le territoire de cet autre Membre ou de tout autre Membre et qui, conformément à la législation

de cet autre Membre,

i) est un ressortissant de cet autre Membre, ou

ii) a le droit de résidence permanente dans cet autre Membre, lorsqu'il s'agit d'un Membre qui

1. n'a pas de ressortissants, ou

2. accorde substantiellement le même traitement à ses résidents permanents qu'à ses ressortissants pour ce qui est des mesures affectant le commerce des services, ainsi qu'il l'a notifié lors de son acceptation du présent Accord ou de son accession audit Accord, étant entendu qu'aucun Membre n'est tenu d'accorder à ces résidents permanents un traitement plus favorable que celui qui serait accordé par cet autre Membre à ces résidents permanents. Ladite notification comprendra l'assurance qu'il assumera, pour ce qui est de ces résidents permanents, conformément à ses lois et réglementations, les mêmes responsabilités que celles que cet autre Membre a à l'égard de ses ressortissants.

l) l'expression "personne morale" s'entend de toute entité juridique dûment constituée ou autrement organisée conformément à la législation applicable, à des fins lucratives ou non, et détenue par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, entente, société de personnes, coentreprise, entreprise individuelle ou association;

m) l'expression "personne morale d'un autre Membre" s'entend d'une personne morale

i) qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre; ou

ii) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale, qui est détenue ou contrôlée

1. par des personnes physiques de ce Membre, ou

2. par des personnes morales de ce Membre telles qu'elles sont identifiées à l'alinéa i);

n) une personne morale

i) "est détenue" par des personnes d'un Membre si plus de 50 pour cent de son capital social appartient en pleine propriété à des personnes de ce Membre;

ii) "est contrôlée" par des personnes d'un Membre si ces personnes ont la capacité de nommer une majorité des administrateurs, ou sont autrement habilitées en droit à diriger ses opérations;

iii) "est affiliée" à une autre personne lorsqu'elle contrôle cette autre personne ou est contrôlée par elle; ou lorsqu'elle-même et l'autre personne sont toutes deux contrôlées par la même personne.

Article XXIX Annexes

Les annexes du présent Accord font partie intégrante de cet Accord.

Annexe II : Deux annexes relatives aux services financiers de l'AGCS

ANNEXE RELATIVE AUX SERVICES FINANCIERS

1. Portée et définition

1.1 La présente annexe s'applique aux mesures qui affectent la fourniture des services financiers. Dans l'annexe, la fourniture d'un service financier s'entendra de la fourniture d'un service telle qu'elle est définie au paragraphe 2 de l'article premier de l'Accord.

1.2 Aux fins du paragraphe 3 b) de l'article premier de l'Accord, les "services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" s'entendent de ce qui suit:

1.2.1 activités menées par une banque centrale ou une autorité monétaire ou par toute autre entité publique dans l'application des politiques monétaire ou cambiale;

1.2.2 activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale institué par la loi ou de plans de retraite publics; et

1.2.3 autres activités menées par une entité publique pour le compte ou avec la garantie de l'Etat ou en utilisant les ressources financières de l'Etat.

1.3 Aux fins du paragraphe 3 b) de l'article premier de l'Accord, si un Membre permet qu'une activité visée au paragraphe 1.2.2 ou 1.2.3 soit menée par ses fournisseurs de services financiers en concurrence avec une entité publique ou un fournisseur de services financiers, les "services" comprendront une telle activité.

1.4 Le paragraphe 3 c) de l'article premier de l'Accord ne s'appliquera pas aux services couverts par la présente annexe.

2. Réglementation intérieure

2.1 Nonobstant toute autre disposition de l'Accord, un Membre ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons prudentielles, y compris pour la protection des investisseurs, des déposants, des titulaires de polices ou des personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers, ou pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. Dans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord, elles ne seront pas utilisées par un Membre comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations au titre de l'Accord.

2.2 Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme obligeant un Membre à révéler des renseignements en rapport avec les affaires et les comptes des clients ou tout autre renseignement confidentiel ou exclusif en la possession des entités publiques.

3. Reconnaissance

3.1 Un Membre pourra reconnaître les mesures prudentielles de tout autre pays pour déterminer comment les mesures du Membre se rapportant aux services financiers seront appliquées. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordée de manière autonome.

3.2 Un Membre qui est partie à un tel accord ou arrangement visé au paragraphe 3.1, futur ou existant, ménagera aux autres Membres intéressés une possibilité adéquate de négocier leur accession à ces accords ou arrangements ou de négocier des accords ou arrangements

comparables avec lui dans des circonstances où il y aurait équivalence au niveau de la réglementation, du suivi, de la mise en oeuvre de la réglementation et, s'il y a lieu, des procédures concernant le partage de renseignements entre les parties à l'accord ou à l'arrangement. Dans les cas où un Membre accordera la reconnaissance de manière autonome, il ménagera à tout autre Membre une possibilité adéquate de démontrer que de telles circonstances existent.

3.3 Dans les cas où un Membre envisagera de reconnaître les mesures prudentielles de tout autre pays, le paragraphe 4 b) de l'article VII de l'Accord ne sera pas d'application.

4. Règlement des différends

4.1 Les groupes spéciaux chargés d'examiner les différends concernant des questions prudentielles et d'autres questions financières auront les compétences nécessaires en rapport avec le service financier spécifique faisant l'objet du différend.

5. Définitions

Aux fins de la présente annexe:

5.1 Un service financier est un service de caractère financier offert par un fournisseur de services financiers d'un Membre. Les services financiers comprennent tous les services d'assurance et services connexes et tous les services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance). Les services financiers comprennent les activités ci-après:

Services d'assurance et services connexes

a) Assurance directe (y compris coassurance):

i) sur la vie

ii) autre que sur la vie

b) Réassurance et rétrocession;

c) Intermédiation en assurance, par exemple activités de courtage et d'agence;

d) Services auxiliaires en matière d'assurance, par exemple service de consultation, service actuariel, service d'évaluation du risque et service de liquidation des sinistres.

Services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance)

e) Acceptation de dépôts et d'autres fonds remboursables du public;

f) Prêts de tout type, y compris crédit à la consommation, crédit hypothécaire, affacturage et financement de transactions commerciales;

g) Crédit-bail;

h) Tous services de règlement et de transferts monétaires, y compris cartes de crédit, de paiement et similaires, chèques de voyage et traites;

i) Garanties et engagements;

j) Opérations pour compte propre ou pour compte de clients, que ce soit dans une bourse, sur un marché hors cote ou autre, sur:

i) instruments du marché monétaire (y compris chèques, effets, certificats de dépôt);

ii) devises;

iii) produits dérivés, y compris, mais pas uniquement, instruments à terme et options;

iv) instruments du marché des changes et du marché monétaire, y compris swaps, accords de taux à terme;

v) valeurs mobilières négociables;

vi) autres instruments et actifs financiers négociables, y compris métal;

k) Participation à des émissions de tout type de valeurs mobilières, y compris garantie et placement en qualité d'agent (dans le public ou à titre privé) et prestation de services relatifs à ces émissions;

l) Courtage monétaire;

m) Gestion d'actifs, par exemple gestion de trésorerie ou de portefeuille, toutes formes de gestion d'investissement collectif, gestion de fonds de pension, services de garde, services de dépositaire et services fiduciaires;

n) Services de règlement et de compensation afférents à des actifs financiers, y compris valeurs mobilières, produits dérivés et autres instruments négociables;

o) Fourniture et transfert d'informations financières, et traitement de données financières et logiciels y relatifs, par les fournisseurs d'autres services financiers;

p) Services de conseil, d'intermédiation et autres services financiers auxiliaires afférents à toutes les activités reprises aux alinéas e) à o), y compris cote de crédit et analyse financière, recherche et conseil en investissements et en placements et conseil en matière d'acquisitions, de restructurations et de stratégies d'entreprises.

5.2 Un fournisseur de services financiers s'entend de toute personne physique ou morale d'un Membre qui souhaite fournir ou qui fournit des services financiers, mais l'expression "fournisseur de services financiers" n'englobe pas une entité publique.

5.3 L'expression "entité publique" s'entend:

5.3.1 de pouvoirs publics, d'une banque centrale ou d'une autorité monétaire d'un Membre, ou d'une entité détenue ou contrôlée par un Membre, qui sont principalement engagés dans l'exécution de fonctions gouvernementales ou d'activités à des fins gouvernementales, à l'exclusion de toute entité principalement engagée dans la fourniture de services financiers à des conditions commerciales; ou

5.3.2 d'une entité privée, s'acquittant de fonctions dont s'acquitte normalement une banque centrale ou une autorité monétaire, lorsqu'elle exerce ces fonctions.

5.4 Le terme "Accord" s'entend des articles de l'Accord général sur le commerce des services, de la présente annexe sectorielle relative aux services financiers et de la liste de chaque Partie concernant les services financiers.

SECONDE ANNEXE RELATIVE AUX SERVICES FINANCIERS

1. Nonobstant l'article II de l'Accord général sur le commerce des services et les paragraphes 1 et 2 de l'Annexe relative aux exemptions énoncées à l'article II, un Membre pourra, pendant une période de soixante jours commençant quatre mois après la date d'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC, énumérer dans cette annexe les mesures relatives aux services financiers qui sont incompatibles avec le paragraphe 1 de l'article II de l'accord.

2. Nonobstant l'article XXI de l'Accord général sur le commerce des services, un Membre pourra, pendant une période de soixante jours commençant quatre mois après la date d'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC, améliorer, modifier ou retirer en totalité ou en partie les engagements concernant les services financiers inscrits dans sa liste.

3. Le Conseil du commerce des services établira toutes procédures nécessaires à l'application des paragraphes 1 et 2.

Annexe III. La « Loi de la Constitution » chinoise en anglais

Constitution of the People's Republic of China - 1993⁵⁵²

(Adopted at the Fifth Session of the Fifth National People's Congress and Promulgated for Implementation by the Proclamation of the National People's Congress on December 4, 1982, as ammended at the First Session of the Seventh National People's Congress on April 12, 1988, and again at the First Session of the Seventh National People's Congress on March 29, 1993.)

Preamble

Chapter One - General Principles

Chapter Two - The Fundamental Rights and Duties of Citizens

Chapter Three - The Structure of the State

- Section I The National People's Congress
- Section II The President of the People's Republic of China
- Section III The State Council
- Section IV The Central Military Commission
- Section V The Local People's Congresses and Local People's Governments at Various Levels
- Section VI The Organs of Self-Government of National Autonomous Regions
- Section VII The People's Courts and the People's Procuratorates

Chapter Four - The National Flag, the National Emblem and the Capital

⁵⁵²School of Law, University of Maryland, <<http://www.qis.net/chinalaw/prclaw43.htm>>.

China is a country with one of the longest histories in the world. The people of all of China's nationalities have jointly created a culture of grandeur and have a glorious revolutionary tradition.

After 1840, feudal China was gradually turned into a semi-colonial and semi-feudal country. The Chinese people waged many successive heroic struggles for national independence and liberation and for democracy and freedom.

Great and earthshaking historical changes have taken place in China in the 20th century.

The Revolution of 1911, led by Dr. Sun Yat-sen, abolished the feudal monarchy and gave birth to the Republic of China. But the historic mission of the Chinese people to overthrow imperialism and feudalism remained unaccomplished.

After waging protracted and arduous struggles, armed and otherwise, along a zigzag course, the Chinese people of all nationalities led by the Communist Party of China with Chairman Mao Zedong as its leader ultimately, in 1949, overthrew the rule of imperialism, feudalism and bureaucrat-capitalism, won a great victory in the New-Democratic Revolution and founded the People's Republic of China. Since then the Chinese people have taken control of state power and become masters of the country.

After founding the People's Republic, China gradually achieved its transition from a New-Democratic to a socialist society. The socialist transformation of the private ownership of the means of production has been completed, the system of exploitation of man by man abolished and the socialist system established. The people's democratic dictatorship held by the working class and based on the alliance of workers and peasants, which is in essence the dictatorship of the proletariat, has been consolidated and developed. The Chinese people and the Chinese People's Liberation Army have defeated imperialist and hegemonist aggression, sabotage and armed provocations and have thereby safeguarded China's national independence and security and strengthened its national defense. Major successes have been achieved in economic development. An independent and relatively comprehensive socialist system of industry has basically been established. There has been a marked increase in agricultural production. Significant advances have been made in educational, scientific and cultural undertakings, while education in socialist ideology has produced noteworthy results. The life of the people has improved considerably.

Both the victory in China's New-Democratic Revolution and the successes in its socialist cause have been achieved by the Chinese people of all nationalities, under the leadership of the Communist Party of China and the guidance of Marxism and Leninism and Mao Zedong Thought, by upholding truth, correcting errors and surmounting numerous difficulties and hardships. Our country is in the primary stage of socialism. The basic task before the nation is the concentration of efforts of socialist modernization construction in accordance with the theory of building socialism with Chinese characteristics. Under the leadership of the Communist Party of China and the guidance of Marxism-Leninism and Mao Zedong Thought, the Chinese people of all nationalities will continue to adhere to the people's democratic dictatorship and the socialist road and to uphold reform and opening to the outside world, steadily improve socialist institutions, develop socialist democracy, improve the socialist legal system, and work hard and self-reliantly to modernize the country's

industry, agriculture, national defense and science and technology step by step to build China into a strong, prosperous culturally advanced, democratic socialist nation.

The exploiting classes as such have been abolished in our country. However, class struggle will continue to exist within certain bounds for a long time to come. The Chinese people must fight against those forces and elements, both at home and abroad, that are hostile to China's socialist system and try to undermine it.

Taiwan is part of the sacred territory of the People's Republic of China. It is the inviolable duty of all Chinese people, including our compatriots in Taiwan, to accomplish the great task of reunifying the motherland.

In building socialism it is essential to rely on workers, peasants and intellectuals and to unite all forces that can be united. In the long years of revolution and construction, there has been formed under the leadership of the Communist Party of China a broad patriotic united front which is composed of the democratic parties and people's organizations and which embraces all socialist working people, all patriots who support socialism and all patriots who stand for the reunification of the motherland. This united front will continue to be consolidated and developed. The Chinese People's Political Consultative Conference, a broadly based representative organization of the united front which has played a significant historical role, will play a still more important role in the country's political and social life, in promoting friendship with other countries and in the struggle for socialist modernization and for the reunification and unity of the country. Multi-party cooperation and the political consultation system under the leadership of the Communist Party of China shall continue and develop for the extended future.

The People's Republic of China is a unitary multi-national state created jointly by the people of all its nationalities. Socialist relations of equality, unity and mutual assistance have been established among the nationalities and will continue to be strengthened. In the struggle to safeguard the unity of the nationalities, it is necessary to combat big-nation chauvinism, mainly Han chauvinism, and to combat local national chauvinism. The state will do its utmost to promote the common prosperity of all the nationalities.

China's achievements in revolution and construction are inseparable from the support of the people of the world. The future of China is closely linked to the future of the world. China consistently carries out an independent foreign policy and adheres to the five principles of mutual respect for sovereignty and territorial integrity, mutual non-aggression, non-interference in each other's internal affairs, equality and mutual benefit, and peaceful coexistence in developing diplomatic relations and economic and cultural exchanges with other countries. China consistently opposes imperialism, hegemonism and colonialism, works to strengthen unity with people of other countries, supports the oppressed nations and the developing countries in their just struggle to win and preserve national independence and develop national economies, and strives to safeguard world peace and promote the cause of human progress.

This Constitution, in legal form, affirms the achievements of the struggles of the Chinese people of all nationalities and defines the basic system and basic tasks of the state; it is the fundamental law

of the state and has supreme legal authority. The people of all nationalities, all state organs, the armed forces, all political parties and public organizations and all enterprises and institutions in the country must take the Constitution as the basic standard of conduct, and they have the duty to uphold the dignity of the Constitution and ensure its implementation.

CHAPTER ONE - GENERAL PRINCIPLES

Article 1 The People's Republic of China is a socialist state under the people's democratic dictatorship led by the working class and based on the alliance of workers and peasants.

The socialist system is the basic system of the People's Republic of China. Disruption of the socialist state by any organization or individual is prohibited.

Article 2 All power in the People's Republic of China belongs to the people.

The National People's Congress and the local people's congresses at various levels are the organs through which the people exercise state power.

The people administer state affairs and manage economic, cultural and social affairs through various channels and in various ways in accordance with the law.

Article 3 The state organs of the People's Republic of China apply the principle of democratic centralism.

The National People's Congress and the local people's congresses at various levels are constituted through democratic elections. They are responsible to the people and subject to their supervision.

All administrative, judicial and procuratorial organs of the state are created by the people's congresses to which they are responsible and by which they are supervised.

The divisions of functions and powers between the central and local state organs is guided by the principle of giving full scope to the initiative and enthusiasm of the local authorities under the unified leadership of the central authorities.

Article 4 All nationalities in the People's Republic of China are equal. The state protects the lawful rights and interests of the minority nationalities and upholds and develops a relationship of equality, unity and mutual assistance among all of China's nationalities. Discrimination against and oppression of any nationality are prohibited; any act which undermines the unity of the nationalities or instigates division is prohibited.

The state assists areas inhabited by minority nationalities accelerating their economic and cultural development according to the characteristics and needs of the various minority nationalities.

Regional autonomy is practiced in areas where people of minority nationalities live in concentrated communities; in these areas organs of self-government are established to exercise the power of

autonomy. All national autonomous areas are integral parts of the People's Republic of China.

All nationalities have the freedom to use and develop their own spoken and written languages and to preserve or reform their own folkways and customs.

Article 5 The state upholds the uniformity and dignity of the socialist legal system.

No laws or administrative or local rules and regulations may contravene the Constitution.

All state organs, the armed forces, all political parties and public organizations and all enterprises and institutions must abide by the Constitution and the law. All acts in violation of the Constitution and the law must be investigated.

No organization or individual is privileged to be beyond the Constitution or the law.

Article 6 The basis of the socialist economic system of the People's Republic of China is socialist public ownership of the means of production, namely, ownership by the whole people and collective ownership by the working people.

Article 7 The state-owned economy, i.e. the socialist economy with ownership by the people as a whole, is the leading force in the national economy. The state will ensure the consolidation and development to the state-owned economy."

Article 8 The rural contracted responsibility system based mainly on the household linking remuneration to output and cooperative economic forms — producers', supply and marketing, credit and consumers' cooperatives — are part of the socialist economy collectively owned by the working people. Working people who are all members of rural economic collectives have the right, within the limits prescribed by law, to farm plots of cropland and hilly land allotted for their private use, engage in household sideline production and raise privately owned livestock.

The various forms of cooperative economy in the cities and towns, such as those in the handicraft, industrial, building, transport, commercial and service trades, all belong to the sector of socialist economy under collective ownership by the working people.

The state protects the lawful rights and interests of the urban and rural economic collectives and encourages, guides and helps the growth of the collective economy.

Article 9 All mineral resources, waters, forests, mountains, grasslands, unreclaimed land, beaches, and other natural resources are owned by the state, that is, by the whole people, with the exception of the forest, mountains, grasslands and unreclaimed land and beaches that are owned by collectives in accordance with the law.

The state ensures the rational use of natural resources and protects rare animals and plants. Appropriation or damaging natural resources by any organization or individual by whatever means is prohibited.

Article 10 Land in cities is owned by the state.

Land in the rural and suburban areas is owned by collectives except for those portions which belong to the state in accordance with the law; house sites and privately farmed plots of cropland and hilly land are also owned by collectives.

The state may, in the public interest, requisition land for its use in accordance with the law.

No organization or individual may appropriate, buy, sell or unlawfully transfer land in other ways. The right to the use of the land may be transferred in accordance with the law.

All organizations and individuals using land must ensure its rational use.

Article 11 The individual economy of urban and rural working people, operating within the limits prescribed by law, is a complement to the socialist public economy. The state protects the lawful rights and interests of the individual economy.

The state guides, assists and supervises the individual economy by administrative control.

The state permits the private sector of the economy to exist and develop within the limits prescribed by law. The private sector of the economy is a complement to the socialist public economy. The state protects the lawful rights and interests of the private sector of the economy, and exercises guidance, supervision and control over the private sector of the economy.

Article 12 Socialist public property is inviolable.

The state protects socialist property. Appropriation or damaging of state or collective property by any organization or individual by whatever means is prohibited.

Article 13 The state protects the right of citizens to own lawfully earned income, savings, houses and other lawful property.

The state protects according to law the right of citizens to inherit private property.

Article 14 The state continuously raises labor productivity, improves economic results and develops the productive forces by enhancing the enthusiasm of the working people, raising the level of their technical skill, disseminating advanced science and technology, improving the systems of economic administration and enterprise operation and management, instituting the socialist system of responsibility in various forms and improving the organization of work.

The state practices strict economy and combats waste.

The state properly apportions accumulation and consumption, concerns itself with the interests of the collective and the individual as well as of the state and, on the basis of expanded production, gradually improves the material and cultural life of the people.

Article 15 The state practices

socialist market economy.

The shall enhance economic legislation and improve macro-control of the economy.

The state shall, in accordance with the law, prohibit disturbance of the socioeconomic order by any organization or individual.

Article 16 State-owned enterprises have decision-making power with regard to operations within the limits prescribed by law.

State-owned enterprises practice democratic management through congresses of workers and staff and in other ways in accordance with the law.

Article 17 Collective economic organizations have decision-making power in conduction independent economic activities, on condition that they abide by the relevant laws.

Collective economic organizations practice democratic management, elect and remove their managerial personnel in accordance with the law and decide major issues concerning operation and management.

Article 18 The People's Republic of China permits foreign enterprises, other foreign economic organizations and individual foreigners to invest in China and to enter into various forms of economic cooperation with Chinese enterprises and other Chinese economic organizations in accordance with the law of the People's Republic of China.

All foreign enterprises, other foreign economic organizations as well as Chinese-foreign joint ventures within Chinese territory shall abide by the law of the People's Republic of China.

Article 19 The state undertakes the development of socialist education and works to raise the scientific and cultural level of the whole nation.

The state establishes and administers schools of various types, universalizes compulsory primary education and promotes secondary, vocational and higher education as well as pre-school education.

The state develops educational facilities in order to eliminate illiteracy and provide political, scientific, technical and professional education as well as general education for workers, peasants, state functionaries and other working people. It encourages people to become educated through independent study.

The state encourages the collective economic organizations, state enterprises and institutions and other sectors of society to establish educational institutions of various types in accordance with the law.

Article 20 The state promotes the development of natural and social sciences, disseminates knowledge of science and technology, and commends and rewards achievements in scientific

research as well as technological innovations and inventions.

Article 21 The state develops medical and health services, promotes modern medicine and traditional Chinese medicine, encourages and supports the setting up of various medical and health facilities by the rural economic collectives, state enterprises and institutions and neighborhood organizations, and promotes health and sanitation activities of a mass character, all for the protection of the people's health.

The state develops physical culture and promotes mass sports activities to improve the people's physical fitness.

Article 22 The state promotes the development of art and literature, the press, radio and television broadcasting, publishing and distribution services, libraries, museums, cultural centers and other cultural undertakings that serve the people and socialism, and it sponsors mass cultural activities.

The state protects sites of scenic and historical interest, valuable cultural monuments and relics and other significant items of China's historical and cultural heritage.

Article 23 The state trains specialized personnel in all fields who serve socialism, expands the ranks of intellectuals and creates conditions to give full scope to their role in socialist modernization.

Article 24 The state strengthens the building of a socialist society with an advanced culture and ideology by promoting education in high ideals, ethics, general knowledge, discipline and legality, and by promoting the formulation and observance of rules of conduct and common pledges by various sections of the people in urban and rural areas.

Article 25 The state promotes family planning so that population growth may fit the plans for economic and social development.

Article 26 The state protects and improves the environment in which people live and the ecological environment. It prevents and controls pollution and other public hazards.

The state organizes and encourages afforestation and the protection of forests.

Article 27 All state organs carry out the principle of simple and efficient administration, the system of responsibility for work and the system of training functionaries and appraising their performance in order constantly to improve the quality of work and efficiency and combat bureaucratism. (bureaucracy)

Article 28 The state maintains public order and suppresses treasonable and other counter-revolutionary activities; it penalizes criminal activities that endanger public security and disrupt the socialist economy as well as other criminal activities; and it punishes and reforms criminals.

Article 29 The armed forces of the People's Republic of China belong to the people. Their tasks are to strengthen national defense, resist aggression, defend the motherland, safeguard the people's peaceful labor, participate in national reconstruction and do their best to serve the people.

Article 30 The administrative division of the People's Republic of China is as follows:

1)The country is divided into provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government;

2)Provinces and autonomous regions are divided into autonomous prefectures, counties, autonomous counties, and cities;

3)Counties and autonomous counties are divided into townships, nationality townships, and towns.

Municipalities directly under the Central Government and other large cities are divided into districts and counties. Autonomous prefectures are divided into counties, autonomous counties, and cities.

All autonomous regions, autonomous prefectures and autonomous counties are national autonomous areas.

Article 31 The state may establish special administrative regions when necessary. The systems to be instituted in special administrative regions shall be prescribed by law enacted by the National People's Congress in light of specific conditions.

Article 32 The People's Republic of China protects the lawful rights and interests of foreigners within Chinese territory; foreigners on Chinese territory must abide by the laws of the People's Republic of China.

The People's Republic of China may grant asylum to foreigners who request it for political reasons.

CHAPTER TWO - THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND DUTIES OF CITIZENS

Article 33 All persons holding the nationality of the People's Republic of China are citizens of the People's Republic of China.

All citizens of the People's Republic of China are equal before the law.

Every citizen is entitled to the rights and at the same time must perform the duties prescribed by the Constitution and the law.

Article 34 All citizens of the People's Republic of China who have reached the age of 18 have the right to vote and stand for election, regardless of ethnic status, race, sex, occupation, family background, religious belief, education, property status or length of residence, except persons deprived of political rights according to law.

Article 35 Citizens of the People's Republic of China enjoy freedom of speech, of the press, of assembly, of association, of procession and of demonstration.

Article 36 Citizens of the People's Republic of China enjoy freedom of religious belief.

No state organ, public organization or individual may compel citizens to believe in, or not believe in, any religion; nor may they discriminate against citizens who believe in, or do not believe in, any religion.

The state protects normal religious activities. No one may make use of religion to engage in activities that disrupt public order, impair the health of citizens or interfere with the educational system of the state.

Religious bodies and religious affairs are not subject to any foreign domination.

Article 37 Freedom of the person of citizens of the People's Republic of China is inviolable.

No citizens may be arrested except with the approval or by decision of a people's procuratorate or by decision of a people's court, and arrests must be made by a public security organ.

Unlawful detention or deprivation or restriction of citizens' freedom of the person by other means is prohibited, and unlawful search of the person of citizens is prohibited.

Article 38 The personal dignity of citizens of the People's Republic of China is inviolable. Insult, libel, false accusation or false incrimination directed against citizens by any means is prohibited.

Article 39 The residences of citizens of the People's Republic of China are inviolable. Unlawful search of, or intrusion into, a citizen's residence is prohibited.

Article 40 Freedom and privacy of correspondence of citizens of the People's Republic of China are protected by law. No organization or individual may, on any ground, infringe on citizens' freedom of privacy of correspondence, except in cases where to meet the needs of state security or of criminal investigation, public security or procuratorial organs are permitted to censor correspondence in accordance with procedures prescribed by law.

Article 41 Citizens of the People's Republic of China have the right to criticize and make suggestions regarding any state organ or functionary. Citizens have the right to make to relevant state organs complaints or charges against, or exposures of, any state organ or functionary for violation of the law or dereliction of duty, but fabrication or distortion of facts for purposes of libel or false incrimination is prohibited.

The state organ concerned must deal with complaints, charges or exposures made by citizens in a responsible manner after ascertaining the facts. No one may suppress such complaints, charges and exposures or retaliate against the citizens making them.

Citizens who have suffered losses as a result of infringement of their civic rights by any state organ or functionary have the right to compensation in accordance with the law.

Article 42 Citizens of the People's Republic of China have the right as well as the duty to work.

Through various channels, the state creates conditions for employment, enhances occupational safety and health, improves working conditions and, on the basis of expanded production, increases remuneration for work and welfare benefits.

Work is a matter of honor for every citizen who is able to work. All working people in state-owned enterprises and in urban and rural economic collectives should approach their work as the masters of the country that they are. The state promotes socialist labor emulation, and commends and rewards model and advanced workers. The state encourages citizens to take part in voluntary labor.

The state provides necessary vocational training for citizens before they are employed.

Article 43 Working people in the People's Republic of China have the right to rest.

The state expands facilities for the rest and recuperation of the working people and prescribes working hours and vacations for workers and staff.

Article 44 The state applies the system of retirement for workers and staff of enterprises and institutions and for functionaries of organs of state according to law. The livelihood of retired personnel is ensured by the state and society.

Article 45 Citizens of the People's Republic of China have the right to material assistance from the state and society when they are old, ill or disabled. The state develops social insurance, social relief and medical and health services that are required for citizens to enjoy this right.

The state and society ensure the livelihood of disabled members of the armed forces, provides pensions to the families of martyrs and gives preferential treatment to the families of military personnel.

The state and society help make arrangements for the work, livelihood and education of the blind, deaf-mutes and other handicapped citizens.

Article 46 Citizens of the People's Republic of China have the right as well as the duty to receive education.

The state promotes the all-round development of children and young people, morally, intellectually and physically.

Article 47 Citizens of the People's Republic of China have freedom to engage in scientific research, literary and artistic creation and other cultural pursuits. The state encourages and assists creative endeavors conducive to the interests of the people that are made by citizens engaged in

education, science, technology, literature, art and other cultural work.

Article 48 Women in the People's Republic of China enjoy equal rights with men in all spheres of life, in political, economic, cultural, social and family life.

The state protects the rights and interests of women, applies the principle of equal pay for equal work to men and women alike and trains and selects cadres from among women.

Article 49 Marriage, the family and mother and child are protected by the state.

Both husband and wife have the duty to practice family planning.

Parents have the duty to rear and educate their children who are minors, and children who have come of age have the duty to support and assist their parents.

Violation of the freedom of marriage is prohibited. Maltreatment of old people, women and children is prohibited.

Article 50 The People's Republic of China protects the legitimate rights and interests of Chinese nationals residing abroad and protects the lawful rights and interests of returned overseas Chinese and of the family members of Chinese nationals residing abroad.

Article 51 Citizens of the People's Republic of China, in exercising their freedoms and rights, may not infringe upon the interests of the state, of society or of the collective, or upon the lawful freedoms and rights of other citizens.

Article 52 It is the duty of citizens of the People's Republic of China to safeguard the unification of the country and the unity of all its nationalities.

Article 53 Citizens of the People's Republic of China must abide by the Constitution and the law, keep state secrets, protect public property, observe labor discipline and public order and respect social ethics.

Article 54 It is the duty of citizens of the People's Republic of China to safeguard the security, honor and interests of the motherland; they must not commit acts detrimental to the security, honor and interests of the motherland.

Article 55 It is the sacred duty of every citizen of the People's Republic of China to defend the motherland and resist aggression.

It is the honorable duty of citizens of the People's Republic of China to perform military service and join the militia in accordance with the law.

Article 56 It is the duty of citizens of the People's Republic of China to pay taxes in accordance with the law.

CHAPTER THREE - THE STRUCTURE OF THE STATE

SECTION I - THE NATIONAL PEOPLE'S CONGRESS

Article 57 The National People's Congress of the People's Republic of China is the highest organ of state power. Its permanent body is the Standing Committee of the National People's Congress.

Article 58 The National People's Congress and its Standing Committee exercise the legislative power of the state.

Article 59 The National People's Congress is composed of deputies elected from the provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government and of deputies elected from the armed forces. All minority nationalities are entitled to appropriate representation.

Election of deputies to the National People's Congress is conducted by the Standing Committee of the National People's Congress.

The number of deputies to the National People's Congress and the procedure of their election are prescribed by law.

Article 60 The National People's Congress is elected for a term of five years.

The Standing Committee of the National People's Congress must ensure the completion of election of deputies to the succeeding National People's Congress two months prior to the expiration of the term of office of the current National People's Congress. Should extraordinary circumstances prevent such an election, it may be postponed and the term of office of the current National People's Congress extended by the decision of a vote of more than two-thirds of all those on the Standing Committee of the current National People's Congress. The election of deputies to the succeeding National People's Congress must be completed within one year after the termination of such extraordinary circumstances.

Article 61 The National People's Congress meets in session once a year and is convened by its Standing Committee. A session of the National People's Congress may be convened at any time the Standing Committee deems it necessary or when more than one-fifth of the deputies to the National People's Congress so propose.

When the National People's Congress meets, it elects a Presidium to conduct its session.

Article 62 The National People's Congress exercises the following functions and powers:

- (1) to amend the Constitution;
- (2) to supervise the enforcement of the Constitution;
- (3) to enact and amend basic laws governing criminal offenses, civil affairs, the state organs and other matters;

- (4) to elect the President and the Vice President of the People's Republic of China;
- (5) to decide on the choice of the Premier of the State Council upon nomination by the President of the People's Republic of China, and on the choice of the Vice Premiers, State Councilors, Ministers in charge of ministries or commissions, the Auditor General and the Secretary General of the State Council upon nomination by the Premier;
- (6) to elect the Chairman of the Central Military Commission and, upon, nomination by the Chairman, to decide on the choice of all other members of the Central Military Commission;
- (7) to elect the President of the Supreme People's Court;
- (8) to elect the Procurator General of the Supreme People's Procuratorate;
- (9) to examine and approve the plan for national economic and social development and the report on its implementation;
- (10) to examine and approve the state budget and the report on its implementation;
- (11) to alter or annul inappropriate decisions of the Standing Committee of the National People's Congress;
- (12) to approve the establishment of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government;
- (13) to decide on the establishment of special administrative regions and the systems to be instituted there;
- (14) to decide on questions of war and peace; and
- (15) to exercise such other functions and powers as the highest organ of state power should exercise.

Article 63 The National People's Congress has the power to remove from office the following persons:

- (1) the President and Vice President of the People's Republic of China;
- (2) the Premier, Vice Premiers, State Councilors, Ministers in charge of ministries or commissions, the Auditor General and the Secretary General of the State Council;
- (3) the Chairman of the Central Military Commission and other members of the Commission;
- (4) the President of the Supreme People's Court; and
- (5) the Procurator General of the Supreme People's Procuratorate.

Article 64 Amendments to the Constitution are to be proposed by the Standing Committee of the National People's Congress or by more than one-fifth of the deputies of the National People's Congress and adopted by a vote of more than two-thirds of all the deputies to the Congress.

Laws and resolutions are to be adopted by a majority vote of all deputies to the National People's Congress.

Article 65 The Standing Committee of the National People's Congress is composed of the following: the Chairman; the Vice Chairmen; the Secretary-General; and the members.

Minority nationalities are entitled to appropriate representation on the Standing Committee of the

National People's Congress.

The National People's Congress elects, and has the power to recall, members of its Standing Committee.

No one on the Standing Committee of the National People's Congress shall hold office in any of the administrative, judicial or procuratorial organs of the state.

Article 66 The Standing Committee of the National People's Congress is elected for the same term of the National People's Congress; it shall exercise its functions and powers until a new Standing Committee is elected by the succeeding National People's Congress.

The Chairman and Vice Chairman of the Standing Committee shall serve no more than two consecutive terms.

Article 67 The Standing Committee of the National People's Congress exercises the following functions and powers:

- (1) to interpret the Constitution and supervise its enforcement;**
- (2) to enact and amend laws, with the exception of those which should be enacted by the National People's Congress;**
- (3) to partially supplement and amend, when the National People's Congress is not in session, laws enacted by the National People's Congress provided that the basic principles of those laws are not contravened;**
- (4) to interpret laws;**
- (5) to review and approve, when the National People's Congress is not in session, partial adjustments to the plan for national economic and social development or to the state budget that prove necessary in the course of their implementation;**
- (6) to supervise the work of the State Council, the Central Military Commission, the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate;**
- (7) to annul those administrative rules and regulations, decisions or orders of the State Council that contravene the Constitution or the law;**
- (8) to annul those local regulations or decisions of the organs of state power of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government that contravene the Constitution, the law or the administrative rules and regulations;**
- (9) to decide, when the National People's Congress is not in session, on the choice of Ministers in charge of ministries or commissions, the Auditor General or the Secretary General of the State Council upon nomination by the Premier of the State Council;**
- (10) to decide, upon nomination by the Chairman of the Central Military Commission, on the choice of other members of the Commission, when the National People's Congress is not in session;**
- (11) to appoint or remove, at the recommendation of the President of the Supreme People's Court, the Vice Presidents and Judges of the Supreme People's Court, members of its Judicial Committee and the President of the Military Court;**
- (12) to appoint or remove, at the recommendation of the Procurator General of the Supreme**

- People's Procuratorate, the Deputy Procurators-General and procurators of the Supreme People's Procuratorate, members of its Procuratorial Committee and the Chief Procurator of the Military Procuratorate, and to approve the appointment or removal of the chief procurators of the people's procuratorates of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government;
- (13) to decide on the appointment or recall of plenipotentiary representatives abroad;
 - (14) to decide on the ratification or abrogation of treaties and important agreements concluded with foreign states;
 - (15) to institute systems of titles and ranks for military and diplomatic personnel and of other specific titles and ranks;
 - (16) to institute state medals and titles of honor and decide on their conferment;
 - (17) to decide on the granting of special pardons;
 - (18) to decide, when the National People's Congress is not in session, on the proclamation of the state of war in the event of an armed attack on the country or in fulfillment of international treaty obligations concerning common defense against aggression;
 - (19) to decide on general mobilization or partial mobilization;
 - (20) to decide on the imposition of martial law throughout the country or in particular provinces, autonomous regions, or municipalities directly under the Central Government; and
 - (21) to exercise such other functions and powers as the National People's Congress may assign to it.

Article 68 The Chairman of the Standing Committee of the National People's Congress directs the work of the Standing Committee and convenes its meeting. The Vice Chairmen and the Secretary-General assist the Chairman in his work.

The Chairman, the Vice Chairmen and the Secretary-General constitute the Council of Chairmen which handles the important day-to-day work of the Standing Committee of the National People's Congress.

Article 69 The Standing Committee of the National People's Congress is responsible to the National People's Congress and reports on its work to the Congress.

Article 70 The National People's Congress establishes a Nationalities Committee, a Law Committee, a Finance and Economic Committee, an Education, Science, Culture and Public Health Committee, a Foreign Affairs Committee, an Overseas Chinese Committee and such other special committees as are necessary. These special committees work under the direction of the Standing Committee of the National People's Congress when the Congress is not in session.

The special committees examine, discuss and draw up relevant bills and draft resolutions under the direction of the National People's Congress and its Standing Committee.

Article 71 The National People's Congress and its Standing Committee, when they deem necessary, appoint committees of inquiry into special questions and adopt relevant resolutions in the light of their reports.

All organs of state, public organizations and citizens concerned are obliged to furnish when necessary information to the committees of inquiry when they conduct investigations.

Article 72 Deputies to the National People's Congress and members of its Standing Committee have the right, in accordance with the procedures prescribed by law, to submit bills and proposals within the scope of the respective functions and powers of the National People's Congress and its Standing Committee.

Article 73 Deputies to the National People's Congress and members of its Standing Committee have the right, during the sessions of Congress and the meetings of the Committee, to address questions, in accordance with procedures prescribed by law, to the State Council or the ministries and commissions under the State Council, which must answer the questions in a responsible manner.

Article 74 No deputy to the National People's Congress may be arrested or placed on criminal trial without the consent of the Presidium of the current session of the National People's Congress or, when the National People's Congress is not in session, without the consent of its Standing Committee.

Article 75 Deputies to the National People's Congress may not be held legally liable for their speeches or votes at its meetings.

Article 76 Deputies to the National People's Congress must play an exemplary role in abiding by the Constitution and the law and keeping state secrets, in public activities, production and other work, assist in enforcement of the Constitution and the law.

Deputies to the National People's Congress should maintain close contact with the units which elected them and with the people, heed and convey the opinions and demands of the people and work hard to serve them.

Article 77 Deputies to the National People's Congress are subject to supervision by the units which elected them. The electoral units have the power, through procedures prescribed by law, to recall deputies they elected.

Article 78 The organization and working procedures of the National People's Congress and its Standing Committee are prescribed by law.

SECTION II -THE PRESIDENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

Article 79 The President and the Vice President of the People's Republic of China are elected by the National People's Congress.

Citizens of the People's Republic of China who have the right to vote and to stand for election and who have reached the age of 45 are eligible for election as President or National People's Congress Vice President of the People's Republic of China.

The term of office of the President and Vice President of the People's Republic of China is the same as that of the National People's Congress, and they shall serve no more than two consecutive terms.

Article 80 The President of the People's Republic of China, in pursuance of the decisions of the National People's Congress and its Standing Committee, promulgates statutes, appoints or removes the Premier, Vice Premiers, State Councilors, Ministers in charge of ministries or commissions, the Auditor-General and the Secretary-General of the State Council, confers state medals and titles of honor; issues orders of special pardons; proclaims martial law; proclaims a state of war; and issues mobilization orders.

Article 81 The President of the People's Republic of China receives foreign diplomatic representatives on behalf of the People's Republic of China and, in pursuance of the decisions of the Standing Committee of the National People's Congress, appoints or recalls plenipotentiary representatives abroad, and ratifies or abrogates treaties and important agreements concluded with foreign states.

Article 82 The Vice President of the People's Republic of China assists the President in his work.

The Vice President of the People's Republic of China may exercise such functions and powers of the President and the President may entrust to him.

Article 83 The President and the Vice President of the People's Republic of China exercise their functions and powers until the new President and Vice President elected by the succeeding National People's Congress assume office.

Article 84 In the event that the office of the President of the People's Republic of China falls vacant, the Vice President of the People's Republic of China succeeds to the office of President.

In the event the office of the Vice President of the People's Republic of China falls vacant, the National People's Congress shall elect a new Vice President to fill the vacancy.

In the event that the offices of both the President and the Vice President of the People's Republic of China fall vacant, the National People's Congress shall elect a new President and a new Vice President. Prior to such election, the Chairman of the Standing Committee of the National People's Congress shall temporarily act as the President of the People's Republic of China.

SECTION III - THE STATE COUNCIL

Article 85 The State Council, that is, the Central People's Government, of the People's Republic of China is the executive body of the highest organ of state power; it is the highest organ of the state administration.

Article 86 The State Council is composed of the following: the Premier; the Vice Premiers; the State Councilors; the Ministers in charge of ministries; the Ministers in charge of commissions; the

Auditor General; and the Secretary General.

The Premier assumes overall responsibility for the work of the State Council. The Ministers assume overall responsibility for the work of the ministries and commissions.

The organization of the State Council is prescribed by law.

Article 87 The term of office of the State Council is the same as that of the National People's Congress.

Article 88 The Premier directs the work of the State Council. The Vice Premiers and State Councilors assist the Premier in his work.

Executive meetings of the State Council are to be attended by the Premier, the Vice Premiers, the State Councilors and the Secretary General of the State Council.

Article 89 The State Council exercises the following functions and powers:

- (1) to adopt administrative measures, enact administrative rules and regulations and issue decisions and orders in accordance with the Constitution and the law;
- (2) to submit proposals to the National People's Congress or its Standing Committee;
- (3) to formulate the tasks and responsibilities of the ministries and commissions of the State Council, to exercise unified leadership over the work of the ministries and commissions and direct all other administrative work of a national character that does not fall within the jurisdiction of the ministries and commissions;
- (4) to exercise unified leadership over the work of local organs of state administration at various levels throughout the country, and to formulate the detailed division of functions and powers between the Central Government and the organs of state administration of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government;
- (5) to draw up and implement the plan for national economic and social development of the state budget;
- (6) to direct and administer economic affairs and urban and rural development;
- (7) to direct and administer the affairs of education, science, culture, public health, physical culture and family planning;
- (8) to direct and administer civil affairs, public security, judicial administration, supervision and other related matters;
- (9) to conduct foreign affairs and conclude treaties and agreements with foreign states;
- (10) to direct and administer the building of national defense;
- (11) to direct and administer affairs concerning the nationalities and to safeguard the equal rights of minority nationalities and the right to autonomy of the national autonomous areas;
- (12) to protect the legitimate rights and interests of Chinese nationals residing abroad and protect the lawful rights and interests of returned overseas Chinese and of the family members of Chinese nationals residing abroad;
- (13) to alter or annul inappropriate orders, directives and regulations issued by the ministries

- or commissions;
- (14) to alter or annul inappropriate decisions and orders issued by local organs of state administration at various levels;
 - (15) to approve the geographic division of provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government, and to approve the establishment and geographic division of autonomous prefectures, counties, autonomous counties, and cities;
 - (16) to decide on the imposition of martial law in parts of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government;
 - (17) to examine and decide on the size of administrative organs and, in accordance with the law, to appoint or remove administrative officials, train them, appraise their performance and reward or punish them; and
 - (18) to exercise such other functions and powers as the National People's Congress or its Standing Committee may assign to it.

Article 90 Ministers in charge of the ministries or commissions of the State Council are responsible for the work of their respective departments and they convene and preside over ministerial meetings for general and executive meetings of the commissions to discuss and decide major issues in the work of their respective departments.

The ministries and commissions issues orders, directives and regulations within the jurisdiction of their respective departments in accordance with the law and the administrative rules and regulations, decisions and orders issued by the State Council.

Article 91 The State Council establishes an auditing body to supervise through auditing the revenue and expenditure of all departments under the State Council and of the local governments at various levels, and the revenue and expenditure of all financial and monetary organizations, enterprises and institutions of the state.

Under the direction of the Premier of the State Council, the auditing body independently exercises its power of supervision through auditing in accordance with the law, subject to no interference by any other administrative organ of any public organization or individual.

Article 92 The State Council is responsible and reports on its work to the National People's Congress, or when the National People's Congress is not in session, to its Standing Committee.

SECTION IV - THE CENTRAL MILITARY COMMISSION

Article 93 The Central Military Commission of the People's Republic of China directs the armed forces of the country.

The Central Military Commission is composed of the following:

the Chairman;

the Vice Chairmen; and

the members.

The Chairman assumes overall responsibility for the work of the Central Military Commission.

The term of office of the Central Military Commission is the same as that of the National People's Congress.

Article 94 The Chairman of the Central Military Commission is responsible to the National People's Congress and its Standing Committee.

SECTION V - THE LOCAL PEOPLE'S CONGRESSES AND LOCAL PEOPLE'S GOVERNMENTS AT VARIOUS LEVELS

Article 95 People's congresses and people's governments are established in provinces, municipalities directly under the Central Government, counties, cities, municipal districts, townships, nationality townships, and towns.

The organization of local people's congresses and local people's governments at various levels is prescribed by law.

Organs of self-government are established in autonomous regions, autonomous prefectures and autonomous counties. The organization and working procedures of organs of self-government are prescribed by law in accordance with the basic principles laid down in Sections V and VI of Chapter Three of the Constitution.

Article 96 Local people's congresses at various levels are local organs of state power.

Local people's congresses at and above the county level establish standing committees.

Article 97 Deputies to the people's congresses of provinces, municipalities directly under the Central Government and cities divided into districts are elected by the people's congresses at the next lower level; deputies to the people's congresses of counties, cities not divided into districts, municipal districts, townships, nationality townships, and towns are elected directly by their constituencies.

The number of deputies to local people's congresses at various levels and the manner of their election are prescribed by law.

Article 98 The term of office of the people's congresses of provinces, municipalities directly under the Central Government, counties, cities and districts under the jurisdiction of the municipal government is five years. The term of office of the people's congresses of townships, nationality townships and towns is three years.

Article 99 Local people's congresses at various levels ensure the observance and implementation of the Constitution and the law and the administrative rules and regulations in their respective administrative areas. Within the limits of their authority as prescribed by law, they adopt and issue regulations and examine and decide on plans for local economic and cultural development and for the development of public services.

Local people's congresses at and above the county level shall examine and approve the plans for economic and social development and the budgets of their respective administrative areas and examine and approve the reports on their implementation. They have the power to alter or annul inappropriate decisions of their own standing committees.

The people's congresses of nationality townships may, within the limits of their authority as prescribed by law, take specific measures suited to the characteristics of the nationalities concerned.

Article 100 The people's congresses of provinces and municipalities directly under the Central Government and their standing committees may adopt local regulations, which must not contravene the Constitution and the law and administrative rules and regulations, and they shall report such local regulations to the Standing Committee of the National People's Congress for the record.

Article 101 Local people's congresses and their respective levels elect and have the power to recall governors and deputy governors, or mayors and deputy mayors, or heads deputy heads of counties, districts, townships and towns.

Local people's congresses at and above the county level elect, and have the power to recall, presidents of people's courts and chief procurators of people's procuratorates at the corresponding level. The election or recall of chief procurators of people's procuratorates at the next higher level for submission to the standing committees of the people's congresses at the corresponding level for approval.

Article 102 Deputies to the people's congresses of provinces, municipalities directly under the Central Government and cities divided into districts are subject to supervision by the units which elected them; deputies to the people's congresses of counties, cities not divided into districts, municipal districts, townships, nationality townships, and towns are subject to supervision by their constituencies.

The electoral units and constituencies which elect deputies to local people's congresses at various levels have the power to recall the deputies according to procedures prescribed by law.

Article 103 The standing committee of the local people's congress at and above the county level is composed of a chairman, vice chairmen and members, and is responsible and reports on its work to the people's congress at the corresponding level.

A local people's congress at or above the county level elects, and has the power to recall, members of its standing committee.

No one on the standing committee of a local people's congress at or above the county level shall hold office in state administrative, judicial and procuratorial organs.

Article 104 The standing committee of a local people's congress at and above the county level discusses and decides on major issues in all fields of work in its administrative area; supervises the work of the people's government, people's court and people's procuratorate at the corresponding level; annuls inappropriate decisions and orders of the people's government at the corresponding level; annuls inappropriate resolutions of the people's congress at the next lower level, decides on the appointment or removal of functionaries of state organs within the limits of its authority as prescribed by law; and, when the people's congress at the corresponding level is not in session, recalls individual deputies to the people's congress at the next higher level and elects individual deputies to fill vacancies in that people's congress.

Article 105 Local people's governments at various levels are the executive bodies of local organs of state power as well as the local organs of state administration at the corresponding levels.

Governors, mayors and heads of counties, districts, townships and towns assume overall responsibility for local people's governments at various levels.

Article 106 The term of office of local people's governments at various levels is the same as that of the people's congresses at the corresponding levels.

Article 107 Local people's governments at and above the county level, within the limits of their authority as prescribed by law, conduct administrative work concerning the economy, education, science, culture, public health, physical culture, urban and rural development, finance, civil affairs, public security, nationalities affairs, judicial administration, supervision and family planning in their respective administrative areas, issue decisions and orders; appoint or remove administrative functionaries, train them, appraise their performance and reward or punish them.

People's governments of townships, nationality townships, and towns execute the resolutions of the people's congress at the corresponding level as well as the decisions and orders of the state administrative organs at the next higher level and conduct administrative work in their respective administrative areas.

Article 108 Local people's governments at and above the county level direct the work of their subordinate departments and of people's governments at lower levels, and have the power to alter or annul inappropriate decisions of their subordinate departments and of people's governments at lower levels.

Article 109 Auditing bodies are established by local people's governments at and above the county level. Local auditing bodies at various levels independently exercise their power of supervision through auditing in accordance with the law and are responsible to the people's government at the corresponding level and to the auditing body at the next higher level.

Article 110 Local people's governments at various levels are responsible and report on their work

to the state administrative organs at the next higher level. Local people's governments at various levels throughout the country are state administrative organs under the unified leadership of the State Council and are subordinate to it.

Article 111 The residents' committees and villagers' committees established among urban and rural residents on the basis of their place of residence are mass organizations of self-management at the grass roots level. The chairman, vice chairmen and members of each residents' or villagers' committee are elected by the residents. The relationship between the residents' and villagers' committees and the grass roots organs of state power is prescribed by law.

The residents' and villagers' committees establish committees for people's mediation, public security, public health and other matters in order to manage public affairs and social services in their areas, mediate civil disputes, help maintain public order and convey residents' opinions and demands and make suggestions to the people's government.

SECTION VI - THE ORGANS OF SELF-GOVERNMENT OF NATIONAL AUTONOMOUS AREAS

Article 112 The organs of self-government of national autonomous areas are the people's congresses and the people's governments of autonomous regions, autonomous prefectures and autonomous counties.

Article 113 In the people's congress of an autonomous region, prefecture or county, in addition to the deputies of the nationality exercising regional autonomy in the administrative area, the other nationalities inhabiting the area are also entitled to appropriate representation.

Among the chairman and vice chairmen of the standing committee of the people's congress of an autonomous region, prefecture or county there shall be one or more citizens of the nationality or nationalities exercising regional autonomy in the area concerned.

Article 114 The chairman of an autonomous region, the prefect of an autonomous prefecture or the head of an autonomous county shall be a citizen of the nationality exercising regional autonomy in the area concerned.

Article 115 The organs of self-government of autonomous regions, prefectures and counties exercise the functions and powers of local organs of state as specified in Section V of Chapter Three of the Constitution. At the same time, they exercise the power of autonomy within the limits of their authority as prescribed by the Constitution, the Law of the People's Republic of China on Regional National Autonomy and other laws and implement the laws and policies of the state in the light of the existing local situation.

Article 116 The people's congresses of the national autonomous areas have the power to enact regulations on the exercise of autonomy and other separate regulations in the light of the political, economic and cultural characteristics of the nationality or nationalities in the areas concerned. The regulations on the exercise of autonomy and other separate regulations of autonomous regions shall

be submitted to the Standing Committee of the National People's Congress for approval before they go into effect. Those of autonomous prefectures and counties shall be submitted to the standing committees of the people's congresses of provinces of autonomous regions for approval before they go into effect, and they shall be reported to the Standing Committee of the National People's Congress for the record.

Article 117 The organs of self-government of the national autonomous areas have the power of autonomy in administering the finances of their areas. All revenues accruing to the national autonomous areas under the financial system of the state shall be managed and used by the organs of self-government of those areas on their own.

Article 118 The organs of self-government of the national autonomous areas independently arrange for and administer local economic development under the guidance of the state plans.

In exploiting natural resources and building enterprises in the national autonomous areas, the state shall give due consideration to the interests of those areas.

Article 119 The organs of self-government of the national autonomous areas independently administer educational, scientific, cultural, public health and physical culture affairs in their respective areas, protect and sift through the cultural heritage of the nationalities and work for a vigorous development of their cultures.

Article 120 The organs of self-government of the national autonomous areas may, in accordance with the military system of the state and practical local needs and with the approval of the State Council, organize local public security forces for the maintenance of public order.

Article 122 The state provides financial, material and technical assistance to the minority nationalities to accelerate their economic and cultural development.

The state helps the national autonomous areas train large numbers of cadres at various levels and specialized personnel and skilled workers of various profession and trades from among the nationality or nationalities in those areas.

SECTION VII - THE PEOPLE'S COURTS AND THE PEOPLE'S PROCURATORATES

Article 123 The people's courts of the People's Republic of China are the judicial organs of the state.

Article 124 The People's Republic of China establishes the Supreme People's Court and the people's courts at various local levels, military courts and other special people's courts.

The term of office of the President of the Supreme People's Court is the same as that of the National People's Congress. The President shall serve no more than two consecutive terms.

The organization of the people's courts is prescribed by law.

Article 125 Except in special circumstances as specified by law, all cases in the people's courts are heard in public. The accused has the right to defense.

Article 126 The people's courts exercise judicial power independently, in accordance with the provisions of the law, and are not subject to interference by any administrative organ, public organization or individual.

Article 127 The Supreme People's Court is the highest judicial organ.

The Supreme People's Court supervises the administration of justice by the people's courts at various local levels and by the special people's courts. People's courts at higher levels supervise the administration of justice by those at lower levels.

Article 128 The Supreme People's Court is responsible to the National People's Congress and its Standing Committee. Local people's courts at various levels are responsible to the organs of the state power which created them.

Article 129 The people's procuratorates of the People's Republic of China are state organs for legal supervision.

Article 130 The People's Republic of China establishes the Supreme People's Procuratorate and the people's procuratorates at various levels, military procuratorates and other special people's procuratorates.

The term of office of the Procurator General of the Supreme People's Procuratorate is the same as that of the National People's Congress; the Procurator General shall serve no more than two consecutive terms.

The organization of the people's procuratorates is prescribed by law.

Article 131 The people's procuratorates exercise procuratorial power independently, in accordance with the provisions of the law, and are not subject to interference by any administrative organ, public organization or individual.

Article 132 The Supreme People's Procuratorate is the highest procuratorial organ.

The Supreme People's Procuratorate directs the work of the people's procuratorates at various local levels and of the special people's procuratorates at various local levels. People's procuratorates at higher levels direct the work of those at lower levels.

Article 133 The Supreme People's Procuratorate is responsible to the National People's Congress and its Standing Committee. People's procuratorates at various levels are responsible to the organs of state power which created them and to the people's procuratorates at higher levels.

Article 134 Citizens of all nationalities have the right to use the spoken and written languages of

their own nationalities in court proceedings. The people's courts and people's procuratorates should provide translation for any party to the court proceedings who is not familiar with the spoken or written languages commonly used in the locality.

In an area where people of a minority nationality live in a concentrated community or where a number of nationalities live together, court hearings should be conducted in the language or languages commonly used in the locality; indictments, judgments, notices and other documents should be written, according to actual needs, in the language or languages commonly used in the locality.

Article 135 The people's courts, the people's procuratorates and the public security organs shall, in handling criminal cases, divide their functions, each taking responsibility for its own work, and they shall coordinate their efforts and check each other to ensure the correct and effective enforcement of the law.

CHAPTER FOUR - THE NATIONAL FLAG, THE NATIONAL EMBLEM AND THE CAPITAL

Article 136 The national flag of the People's Republic of China is a red flag with five stars.

Article 137 The national emblem of the People's Republic of China consists of an image of Tiananmen in its center illuminated by five stars and encircled by ears of grain and a cogwheel.

Article 138 The capital of the People's Republic of China is Beijing.

Annexe IV : La « Loi sur le commerce extérieur » chinoise

Foreign Trade Law of the People's Republic of China.⁵⁵³

(Adopted at the Seventh Session of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress on May 12, 1994.)

Chapter I Principles

Article 1 This Law is formulated with a view to developing the foreign trade, maintaining the foreign trade order and promoting a healthy development of the socialist market economy.

Article 2 Foreign trade as mentioned in this Law shall cover the import and export of goods, technologies and the international trade in services.

Article 3 The authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council is in charge of the administration of the foreign trade of the entire country pursuant to this Law.

Article 4 The State shall apply the foreign trade system on a uniform basis and maintain a fair and free foreign trade order in accordance with law.

The State encourages the promotion of its foreign trade, exercises the initiative of localities and safeguards the autonomy of business operation of the foreign trade dealers.

Article 5 The People's Republic of China promotes and develops trade ties with other countries and regions on the principles of equality and mutual benefit.

Article 6 The People's Republic of China shall, under international treaties or agreements to which the People's Republic of China is a contracting party or a participating party, grant the other contracting parties or participating parties, or on the principles of mutual advantage and reciprocity, grant the other party most - favored - nation treatment or national treatment within the field of foreign trade.

Article 7 In the event that any country or region applies discriminatory prohibition, restriction or other like measures against the People's Republic of China in respect of trade, the People's Republic of China may, as the case may be, take counter - measures against the country or region in question.

Chapter II Foreign Trade Dealers

⁵⁵³University of Maryland School of Law, Chinalaw Web, *Foreign Trade Law of the People's Republic of China*, <<http://www.c-b-r.com/English/law/Foreigntrade.htm>>.

Article 8 Foreign trade dealers as mentioned in this Law shall cover the legal entities and other organizations engaged in foreign trade dealings in compliance with the provisions of this Law.

Article 9 A foreign trade dealer who intends to engage in the import and export of goods and technologies shall fulfill the following requirements and acquire the permit from the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council:

1. having its own name and corporate structure;
2. having definite scope of business in foreign trade;
3. having place of business, financial resources and professional personnel essential to the foreign trade dealings which it intends to engage in;
4. having a required record of import and export which were effected on its behalf or having necessary sources of goods for import or export;
5. other requirements provided in relevant laws and administrative regulations.

The detailed rules for the implementation of the preceding paragraph are to be laid down by the State Council.

The enterprises with foreign investment shall be exempt from the permit requirement provided in paragraph 1 with respect to their import of non-productive articles for their own use, import of equipment's and raw materials and other articles necessary for their production as well as the export of the products they produce under the relevant provisions of laws and administrative regulations governing enterprises with foreign investment.

Article 10 The establishment and operation of enterprises and organizations engaged in international trade in services shall be in compliance with the provisions of this Law and other relevant laws and administrative regulations.

Article 11 Foreign trade dealers shall enjoy full autonomy in their business operation and be responsible for their own profits and losses in accordance with law.

Article 12 In foreign trade activities foreign trade dealers should honor their contracts, ensure the quality of the commodity and perfect the after-sale services.

Article 13 Any organization or individual without foreign trade operation permit may entrust a foreign trade dealer located in China as its agent to conduct its foreign trade business within the business scope of the latter.

The entrusted foreign trade dealer shall provide the principal with actual business information such as market situation, commodity prices and client position. The agent and the principal shall conclude and sign an agency agreement, in which the rights and obligations of both parties should be specified.

Article 14 Foreign trade dealers are obligated to provide documents and information in relation to their foreign trade dealings to the relevant authorities pursuant to the regulations of the authority

responsible of foreign trade and economic relations under the State Council. The relevant authorities shall not disclose the business proprietary information provided by the dealers.

Chapter III Import and Export of Goods and Technologies

Article 15 The State allows free import and export of goods and technologies except where laws or administrative regulations provided otherwise.

Article 16 The State may impose restrictions on the import or export of goods and technologies in any of the following circumstances:

1. where the import or export shall be restricted in order to safeguard the national security or public interest;
2. where the export shall be restricted on account of domestic shortage in supply or effective protection of exhaustible domestic resources;
3. where the export shall be restricted due to the limited market capacity of the importing country or region;
4. where the import shall be restricted in order to establish or accelerate the establishment of a particular domestic industry;
5. where the restriction on the import of agricultural, animal husbandry or fishery products in any form is necessary;
6. where the import shall be restricted in order to maintain the State's international financial status and the balance of international payments;
7. where, as the international treaties or agreements to which the People's Republic of China is a contracting party or a participating party require, the import or export shall be restricted.

Article 17 The States prohibits the import or export of any goods or technologies in any of the following circumstances;

1. where such goods or technologies will endanger national security or public interest;
2. where the import or export of such goods or technologies must be prohibited in order to protect human life or health;
3. where such goods or technologies will disrupt the ecological environment;
4. where the import or export of such goods or technologies shall be prohibited in accordance with the provisions of international treaties or agreements to which the People's Republic of China is a contracting party or a participating party.

Article 18 The authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council shall, in collaboration with the relevant authorities under the State Council and in accordance with the provision of Article 16, Article 17 of this Law, formulate, adjust and publish the list of goods and technologies whose import or export are subject to restrictions or prohibitions.

Upon the approval of the State Council the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council may, within the framework of Article 16 and Article 17, independently or in collaboration with the relevant authorities under the State Council determine, on a temporary basis, to impose restriction or prohibition on the import or export of particular goods or technologies not included in the list mentioned in the preceding paragraph.

Article 19 Goods whose import or export is restricted shall be subject to quota and /or licensing control; technologies whose import or export is restricted shall be subject to licensing control.

Import or export of any goods and technologies subject to quota and /or licensing control will be effected only with the approval of the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council or the joint approval of the preceding authorities and other authorities concerned under the State Council in compliance with the provisions of the State Council.

Article 20 Import and export quotas of goods shall be distributed on the basis of the conditions including but not limited to the actual import or export performance and capability of the applicants in foreign trade dealings and on the basis of the principles of efficiency, impartiality, transparency and fair competition by the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council or the relevant authorities under the State Council within their respective responsibilities.

The ways and means of the distribution of quotas are to be regulated by the State Council.

Article 21 Where the import or export of goods, articles such as cultural relics, wildlife animals, plants and the products there of are prohibited or restricted by other laws or administrative regulations, the provisions of the laws and regulations in question shall be observed.

Chapter IV International Trade in Service

Article 22 The State promotes the progressive development of the international trade in services.

Article 23 With respect to international trade in services, the People's Republic of China , pursuant to the commitments made in international treaties or agreements to which the People's Republic of China is a contracting party or participating party, grants the other contracting parties and participating parties market access and national treatment.

Article 24 The State may restrict international trade in services on the basis of any of the following considerations:

1. In order to safeguard the national security or public interest;
2. In order to protect the ecological environment;
3. In order to establish or accelerate the establishment of a particular domestic service industry;
4. In order to maintain the State's balance of international payments;
5. Other restrictions provided in relevant laws and administrative regulations.

Article 25 The State prohibits any international trade in services which:

1. may endanger national security or public interests;
2. is contrary to the international obligations undertaken by the People's Republic of China;
3. is prohibited by relevant laws and administrative regulations.

Article 26 The authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council and relevant authorities under the State Council are responsible for the administration of international trade in services in accordance with this Law and other relevant laws and administrative regulations.

Chapter V Foreign Trade Order

Article 27 In foreign trade activities, foreign trade dealers shall operate their business in accordance with law and abide by the principle of fair competition, and are prohibited from the following acts:

1. Forgery, distortion or trading of certificates of country of origin and import or export licenses;
2. Infringement on the intellectual property rights protected by the laws of the People's Republic of China;
3. Squeezing out competitors with undue conducts of competition;
4. Defrauding the State of refunded tax on exports;
5. Other acts contrary to the provisions of laws and administrative regulations.

Article 28 In foreign trade activities, foreign trade dealers shall settle and use foreign exchanges in accordance with relevant regulations of the State.

Article 29 Where a product is imported in such increased quantities as to cause or threaten to cause serious injury to domestic producers of like or directly competitive products, the State may take necessary safeguard measures to remove or ease such injury or threat of injury.

Article 30 Where a product is imported at less than normal value of the product and causes or threatens to cause material injury to an established domestic industry concerned, or materially retards the establishment of a particular domestic industry, the State may take necessary measures in order to remove or ease such injury or threat of injury or retardation.

Article 31 Where an imported product is subsidized in any form directly or indirectly by the country of export and causes or threatens to cause material injury to an established domestic industry concerned or materially retards the establishment of a domestic industry, the State may take necessary measures in order to remove or ease such injury or threat of injury or retardation.

Article 32 In the events referred to in Article 29, Article 30 and Article 31, the authority or agency designated by the State Council shall conduct investigations and make determinations in accordance with relevant laws and administrative regulations.

Chapter VI Promotion of Foreign Trade

Article 33 The State shall establish and improve financial institutions for foreign trade and establish funds for foreign trade development and risk as the development of foreign trade requires.

Article 34 The State may take foreign trade promotion measures such as import or export credit and export tax refund for the purpose of the development of foreign trade.

Article 35 Foreign trade dealers may establish or join Chambers of Commerce for Importers and Exporters in accordance with law.

Chambers of Commerce for Importers and Exporters shall abide by relevant laws and administrative regulations, coordinate and guide the foreign trade activities of their members under their Articles of Association, provide advisory services, report to the relevant authorities of the Government the suggestions of their members with respect to foreign trade promotion, and actively promote foreign trade.

Article 36 The international trade promotion organization of China shall, in accordance with its Articles of Association, engage in development of foreign trade relations, sponsor exhibitions, provide information and advisory services and carry out other foreign trade primitive activities.

Article 37 The State shall support and promote the development of foreign trade in national autonomous areas and economically under - developed areas.

Chapter VII Legal Liabilities

Article 38 Anyone who smuggles goods that are subject to import or export prohibitions or restrictions, and hereby commits criminal offenses, shall be subject to criminal prosecution pursuant to the Supplementary Decision on the Punishment of Smuggling Crimes. Those offenses of smuggling which do not constitute crimes shall be subject to sanctions under the provisions of the Customs Law. In addition, the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council may withdraw the foreign trade operation permit of the offender in question.

Article 39 Anyone who commits forgery, distortion of certificates of country of origin or license for import or export shall be subject to criminal prosecution under Article 167 of the Criminal Law. Anyone who commits trading of certificates of country of origin or license for import or export or trading of forged or distorted certificates of country of origin of license for import or export shall be subject to criminal prosecution in the light of Article 167 of the Criminal Law.

Where the criminal offenses referred to in the preceding paragraph are committed by an entity, the entity in question shall be imposed fine while the persons in charge of the entity directly responsible for the offenses and other persons directly responsible for the offenses shall be subject to criminal prosecutions in accordance with or in the light of Article 167 of the Criminal Law. In addition, the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council may withdraw the foreign trade operation permit of the entity in question.

Anyone who knowingly uses forged or distorted import or export license in importing or exporting goods shall be imposed sanctions in accordance with the provisions of Article 38 of this Law.

Article 40 Anyone who imports or exports technologies that are subject to import or export prohibitions or restrictions in violation of this Law and commits criminal offenses, shall be subject to criminal prosecutions in the light of the Supplementary Decision of the Punishment of Smuggling Crime.

Article 41 Personnel serving in the State's foreign trade authorities who commit any neglect of duty, malpractice, irregularities or abuse of power, which constitute criminal offenses, shall be subject to criminal prosecutions pursuant to law; as to those offenses which do not constitute crimes, administrative sanctions shall apply.

Personnel serving in the State's foreign trade authorities who extort property from others with job convenience or illegally receive others' property and seek advantages for them in return and thus commit criminal offenses shall be subject to criminal prosecutions in accordance with the Supplementary Decision on the Punishment of Embezzlement and Bribery Crimes; where such conducts do not constitute criminal offenses, administrative sanctions shall apply.

Chapter VIII Final Provisions

Article 42 The State applies flexible measures, provides favorable conditions and convenience to the trade between the towns on the frontier and those towns of neighboring countries on frontier as well as trade among border residents. Detailed rules are to be laid down by the State Council.

Article 43 This Law shall not apply to the separate customs territories of the People's Republic of China.

Article 44 This Law shall enter into force as of July 1st, 1994.