



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

École doctorale de droit privé

# **Les investissements étrangers : le cas de la Chine**

## **Étude des droits chinois, français et de l'Union européenne**

Thèse pour le doctorat en droit  
présentée et soutenue publiquement  
le 27 novembre 2023 par

**Guiliu LUO**

Sous la direction de

**Monsieur Hervé LÉCUYER**

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Membres du jury

**Monsieur Julien CHAISSE**

Professeur à City University of Hong Kong

**Monsieur Arnaud de NANTEUIL**

Professeur à l'Université Paris Est Créteil, *rapporteur*

**Monsieur Laurent LEVENEUR**

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

**Monsieur François MAILHE**

Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, *rapporteur*

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

## REMERCIEMENTS

*Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, le professeur Hervé Lécuyer. Ses conseils m'ont permis d'arriver là où je suis dans l'accomplissement de ce travail.*

*L'achèvement de cette thèse n'est pas seulement un enrichissement académique, mais aussi un enrichissement personnel, au cours duquel j'ai énormément appris par rapport bien sûr à mon sujet mais également par rapport à ce que représente tout le travail d'une thèse. Mon grand cadeau est le mariage, le fait d'avoir une famille en France. Cette belle-famille m'apporte de l'amour et un soutien illimité, non seulement moral mais aussi financier, afin que je puisse accomplir cette « mission impossible ». Je dédie donc cette thèse à mon mari, à ma belle-sœur et à mes beaux-parents. Bien sûr, elle est également dédiée à mes parents qui sont fiers de mon travail, en Chine.*

*J'ai perdu deux personnes qui ont compté dans ma vie au cours de ces deux dernières années : ma belle-mère, une dame formidable qui, avec sa riche connaissance en musique classique, m'a ouvert les portes de ce monde. Aller au concert ou à l'opéra était l'une des routines traditionnelles de la famille. Ces souvenirs vont m'accompagner tout au long de ma vie.*

*La deuxième personne qui m'était si chère était Carole, ancienne secrétaire du Laboratoire de droit civil, qui était si dynamique et chaleureuse, même un peu trop « chaleureuse » pour un centre de recherche. Nos déjeuners du vendredi au jardin du Luxembourg ont été parmi les moments les plus heureux ; ses encouragements m'ont permis de tenir bon au cours de la thèse. J'aurais tellement aimé partager la joie de la soutenance avec elle.*

*Cette thèse n'aurait pas pu être réalisée sans les précieux conseils des professeurs et des experts que j'ai rencontrés. L'OCDE m'a apporté un soutien considérable. Au cours des conférences sur l'investissement entre les gouvernements, j'ai pu discuter avec les délégués des États membres ou des États partenaires, notamment la Chine et l'Union européenne, qui connaissaient la politique concernant la réglementation d'investissements étrangers. J'ai été honorée d'avoir l'occasion d'échanger avec les universitaires et les praticiens au niveau international, afin d'élargir les perspectives et de recueillir des visions différentes sur ce sujet contemporain.*

*Il faut que je souligne également ici l'importance du Laboratoire de droit civil dans mon parcours. Le « Labo » est pour moi comme une seconde famille en France. Je suis si heureuse de travailler*

*dans cette maison de recherche qui m'accueille gracieusement. C'est grâce aux personnes -les Labos- qui y construisent une ambiance conviviale pour les chercheurs étrangers.*

*Enfin, j'ai reçu non seulement l'amour, mais également noué des amitiés précieuses durant ces dernières années qui figurent parmi les plus importantes de ma vie. Des remerciements particuliers pour mes chers amis qui ont accepté de m'écouter malgré mon accent et de relire les pages de ma thèse, notamment Charles, qui a investi énormément de temps, ainsi que Charlotte, Claire-Marie, Éva, Éloïse, Jeanne, Jean-Baptiste, Marie, Maxime, Nathan, Noela.*

*La Victoire appartient à tous.*

*« It was the best of times, it was the worst of times,  
It was the age of wisdom, it was the age of foolishness,  
It was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity,  
It was the season of light, it was the season of darkness,  
It was the spring of hope, it was the winter of despair ».*

Charles Dickens, *A Tale of Two Cities*, 1859.



## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ANP	Assemblée nationale populaire
APD	Aide publique au développement
ADPIC ou TRIPS	Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce
al.	alinéa
<i>art.</i>	article
APPIE	Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers
AECG	Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne
ASEAN	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
<i>BRI</i>	<i>Belt and Road Initiative</i>
BDC	Banque de développement de Chine
BEIC	Banque d'exportation et d'importation de Chine
BDAC	Banque de développement agricole de Chine
BMD	Banques multilatérales de développement
BAII	Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures
BM	Banque mondiale
BAD	Banque asiatique de développement
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
BEI	Banque européenne d'investissement
BRICS	Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique
CNUCED ou UNCTAD	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CMF	Code monétaire et financier
C.com	Code de commerce
C.civ.	Code de civil
CPANP	Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire
coll.	collection
CE.	Commission européenne
CNDR	Commission nationale du développement et de la réforme
CRBC	Commission de réglementation bancaire de Chine
CRBAC	Commission de réglementation bancaire et des assurances de Chine
CIIEF	Comité interministériel des investissements étrangers en France
CEE	Communauté économique européenne
C.jus	Cour de justice de l'Union européenne
CFIUS	Comité pour l'investissement étranger aux États-Unis
CAI	Accord global sur les investissements (entre l'Union européenne et la Chine)
CPTPP	Partenariat transpacifique global et progressiste
CNUDCI ou UNCITRAL	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
CIRDI ou ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CICC	Tribunal de commerce international de Chine
CCPIT	Conseil chinois pour la promotion du commerce international
CCOIC	Centre de médiation de la Chambre de commerce international de Chine

CIETAC	Commission chinoise d'arbitrage économique et du commerce international
<i>DMA</i>	<i>Digital Market Act</i>
EEE	Espace économique européen
FRS	Fonds de la Route de la Soie
<i>FIRRMA</i>	<i>Foreign investment risk review modernization act</i>
GBM	Groupe Banque mondiale
GAMR	Administration générale de la réglementation du marché
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IDE	Investissement direct à l'étranger
IA	Intelligence artificielle
IEF	Investissements étrangers en France
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
MOFCOM	Le ministère du Commerce de la Chine
MIC ou TRIMS	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
NPF	Traitement de la nation la plus favorisée
NBD	Nouvelle banque de développement
OMC	Organisation mondiale du commerce
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OSC	Organisation de coopération des Shanghai
PPP	Partenariat public-privé
<i>p.</i>	<i>Page(s)</i>
<i>Préc.</i>	<i>Précité</i>
<i>R&amp;D</i>	La recherche et le développement
RMB	Renminbi
RDIE ou ISDS	Règlement des différends entre investisseurs et États
SASAC	Commission chinoise d'Administration et de Supervision des actifs publics
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAIC	Administration nationale de l'Industrie et du commerce
SCMC	Centre de médiation commercial de Shanghai
SIAC	<i>Singapore international arbitration Centre</i>
<i>s.</i>	<i>et suivant(e)s</i>
t.	tome
TSMC	<i>Taiwan Semiconductor Manufacturing Company</i>
TBI	Traité bilatéral investissement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJE	Traitement juste et équitable
trad.	traduction
UE	Union européenne
<i>v.</i>	<i>voir.</i>
vol.	volume
ZPLE	Zone pilote de libre-échange
ZLE	Zone de libre-échange



## **SOMMAIRE**

*(Une table des matières détaillées figure à la fin de l'ouvrage)*

### **PREMIÈRE PARTIE : L'INVESTISSEMENT FAVORISÉ PAR LE DROIT CHINOIS**

#### **Titre premier – Le cadre politique du développement de l'investissement**

*Chapitre 1. Le développement des investissements chinois permis par la réforme de l'entreprise publique*

*Chapitre 2. Le développement des investissements chinois permis par la réforme du système bancaire*

#### **Titre second – Le cadre juridique du développement de l'investissement**

*Chapitre 1. L'évolution des investissements étrangers en Chine*

*Chapitre 2. L'évolution des investissements chinois à l'étranger*

### **SECONDE PARTIE : L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER ENCADRÉ PAR LES DROITS CHINOIS, FRANÇAIS, EUROPÉEN ET INTERNATIONAL**

#### **Titre premier – Les contrôles des droits internes et de l'Union européenne**

*Chapitre 1. Le contrôle en application du droit chinois*

*Chapitre 2. Le contrôle en application du droit français et du droit de l'Union européenne*

#### **Titre second – Les contrôles en application des règles conventionnelles**

*Chapitre 1. Les règles conventionnelles applicables*

*Chapitre 2. Les modes de règlement des litiges*



---

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

---

**1. Route de la Soie.-** Dans l'ancien Livre de Zhou, qui relate l'histoire officielle de la Chine, on peut lire : « si les agriculteurs ne produisent pas de céréales, la nourriture sera rare et les marchandises ne circuleront pas ; alors les céréales, les ustensiles et la richesse seront taris »<sup>1</sup>. L'importance des échanges ne s'est pas démentie au cours des siècles, du monde oriental au monde occidental, depuis la civilisation Huaxia en Chine, aux Carthaginois<sup>2</sup> jusqu'aux civilisations contemporaines. La Chine a tracé la Route de la Soie dès l'époque Han (de 206 av. J.-C. à 220 apr. J.-C.), permettant aux marchandises de voyager entre la Chine et l'Inde, la Perse et l'Empire romain. Lorsque la Route de la Soie fut délaissée à la fin de l'ère Tang (de 618 à 907 apr. J.-C.), le commerce maritime prit la relève. De l'essor à l'abandon, la Route de la Soie n'échappera pas à son destin. Les trigrammes « tai » (n°11) et « pi » (n°12) du sage Yi Jing (易经) nous enseignent qu'une fois l'apogée atteint, la chute est proche. La « politique de la porte fermée » de la dynastie Ming au XIV<sup>e</sup> siècle mit un terme aux derniers convois de la Route de la Soie, qui sombra dans l'oubli historique.

**2. La guerre et le destin des nations.-** La « politique de la porte fermée » a changé le destin de la Route de la Soie, et par là même celui de la Chine toute entière. Après les guerres de l'opium et la signature de traités inégaux, la Chine, déchue de sa splendeur impériale, a plongé dans la tourmente de la Seconde Guerre mondiale. Les États-Unis victorieux émergent de la Grande Dépression<sup>3</sup> et, consacrés première puissance mondiale, orchestrent la reconstruction du système économique international d'après-guerre. La Chine, quant à elle, reprenait directement sa guerre civile, qui déboucha sur la victoire des communistes et de la République populaire de Chine fondée en 1949. Le Kuomintang en

---

<sup>1</sup> « Shi Ji : Biographies de marchands » (« 史记 : 货殖列传 »). Il est l'œuvre de l'historien chinois Sima Qian de -109 à -91. Le dernier chapitre présente notamment la division économique et géographique de la Chine. Un des objets de cet ouvrage est de faire découvrir aux étrangers qui commercent avec la Chine les coutumes chinoises ainsi que les différents modes de développement de son économie.

<sup>2</sup> M. Audit, S. Bollée et P. Callé, Droit du commerce international et des investissements étrangers, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 18.

<sup>3</sup> Selon les données du Bureau des statistiques du travail, le taux de chômage a évolué de 17,2 % en 1939 à 1,2 % en 1944 aux États-Unis.

déroute se réfugia à Taïwan, une situation qui perdure. Aujourd'hui, Taïwan est au cœur des intrigues géopolitiques, en raison de la domination du fabricant taïwanais TSMC<sup>4</sup> (le plus grand fournisseur mondial de carte SIM) sur l'approvisionnement du marché mondial des semi-conducteurs.

**3. La stratégie des États-Unis et de l'OMC.-** La politique des États-Unis vis-à-vis de la Chine s'est d'abord inscrites dans la stratégie du rimland<sup>5</sup> sous l'ère Roosevelt, visant à isoler l'URSS<sup>6</sup>. L'établissement de relations diplomatiques entre la Chine et les États-Unis en 1979 a marqué le début d'une relation complexe. Ce n'est que sous l'ère Clinton que la Chine a officiellement adhéré à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et que la Chine commence à jouer un rôle dans le système international de commerce et d'investissement. À cette occasion, le président Bill Clinton déclara qu'il soutenait l'adhésion de la Chine à l'OMC afin d'obtenir l'accès au marché chinois pour l'industrie américaine sans besoin de délocaliser la production sur place<sup>7</sup> et que de surcroît les États-Unis pourront transmettre leurs valeurs démocratiques à la Chine en l'intégrant au système du commerce international, engendrant le respect des règles qui en découlent. Dans les faits, si la Chine a bien trouvé sa place dans le système du commerce international depuis son adhésion à l'OMC, les espoirs américains concernant les délocalisations et la transmission des « valeurs démocratiques américaines » auront été déçus.

**4. Le réveil de la Chine.-** Après son adhésion à l'OMC, la fabrication de produits industriels en Chine a rattrapé celle de l'Allemagne en 2004 et des États-Unis en 2010<sup>8</sup>. Elle est aujourd'hui le premier pays manufacturier du monde et un maillon indispensable de la chaîne d'approvisionnement internationale. Les accords bilatéraux d'investissement chinois sont progressivement mis à jour pour s'adapter au système de l'OMC, qui constitue désormais l'interface privilégiée avec l'économie mondiale à la suite de l'adhésion à l'OMC. La Chine est passée d'un statut anecdotique en 1949 à celui de

---

<sup>4</sup> *Taiwan Semiconductor Manufacturing Company.*

<sup>5</sup> Concept géopolitique développé par Nicholas Spykman et désignant les régions terrestres limitrophes de la Russie.

<sup>6</sup> Union des républiques socialistes soviétiques.

<sup>7</sup> W. J. Clinton, « Remarks at the Paul H. Nitze School of Advanced international Studies », *The American Presidency Project*, 8 mars 2000.

<sup>8</sup> Selon les chiffres de la Banque mondiale, la valeur ajoutée de la Chine était de 625 milliards de dollars contre 563 pour celle de l'Allemagne en 2004, et de 1920 milliards de dollars contre 1790 pour celle de l'États-Unis en 2010.

deuxième économie mondiale en 2010, prouvant comme le prédisait Napoléon, que : « lorsque la Chine s'éveillera, le monde entier tremblera ».

5. En l'occurrence, le réveil se produit dans les années 1980, avec l'ouverture de la Chine sous l'impulsion de Deng Xiaoping. Pour mobiliser les villes pilotes<sup>9</sup> du projet de réforme et d'ouverture (*gai ge kai fang* 改革开放)<sup>10</sup>, Deng Xiaoping employa la métaphore des « chats noirs et blancs »<sup>11</sup> signifiant que les idéologies économiques importent peu si les résultats sont au rendez-vous. Dans la foulée, les premiers investisseurs étrangers font leur arrivée en Chine, qui à cette époque avait grand besoin de technologies modernes pour assoir son développement économique. De leur côté, les investisseurs étrangers souhaitent obtenir un accès à l'énorme marché de consommateurs chinois et ses taux de rendement élevés. Le gouvernement chinois adopta ainsi le mantra « ouvrir le marché chinois en contrepartie d'un transfert technologique » (*Shichang huan jishu* 市场换技术).

6. **Double phénomène : l'investissement étranger en Chine et l'investissement chinois à l'étranger.-** La Chine est à la fois un grand bénéficiaire de la mondialisation, et un élément moteur de l'économie mondiale. L'afflux des investissements étrangers en Chine et la croissance des investissements chinois à l'étranger en sont la meilleure illustration. Il s'agit de deux mouvements parallèles : l'investissement étranger en Chine et l'investissement chinois à l'étranger. À l'appui de ces mouvements, le gouvernement adopte une double politique : l'ouverture du marché chinois aux capitaux étrangers, et le lancement de projets politiques assurant la promotion des investissements chinois à l'étranger.

7. **La politique de l'ouverture du marché chinois aux capitaux étrangers.-** Dans son discours au Boao Forum pour l'Asie 2018, le président Xi Jinping s'est félicité du résultat de 40 années de réforme et d'ouverture, et a également confirmé que le gouvernement poursuivrait l'ouverture du marché chinois aux capitaux étrangers : d'abord

---

<sup>9</sup> Les villes de la zone économique spéciale étaient, en 1979, Shenzhen, Xiamen, Zhuhai et Shantou.

<sup>10</sup> Il s'agit d'une réforme économique initiée par Deng Xiaoping en 1978, qui a adopté le modèle économique moderne dans la zone économique spéciale à titre expérimental, en les ouvrant aux investissements étrangers.

<sup>11</sup> V. *infra* n°190.

par le relâchement des conditions d'accès au marché sur un vaste périmètre<sup>12</sup> ; deuxièmement, par la création d'un environnement d'investissement plus attractif ; troisièmement, en renforçant la protection de la propriété intellectuelle ; quatrièmement, par l'augmentation active des importations<sup>13</sup>. À partir de 2017, la Chine a allégé considérablement les restrictions sur la proportion d'investissements étrangers dans le secteur financier. Par exemple, les mesures autorisant les investisseurs étrangers à investir directement ou indirectement dans des titres, des sociétés de gestion de fonds et des sociétés à terme avaient plafonné leur investissement à 51 % ; aujourd'hui, cette proportion n'est plus limitée<sup>14</sup>. En effet, l'attitude du gouvernement chinois pour attirer les investissements étrangers vers les marchés chinois n'a pas varié depuis le lancement de la politique de réforme et d'ouverture en 1978.

**8. Les projets politiques assurant la promotion des investissements chinois à l'étranger.-** Le gouvernement chinois a pris conscience de la nécessité de nouvelles stratégies pour maintenir le rythme de la croissance économique. L'orientation des investisseurs chinois dans leur recherche d'opportunités sur les marchés étrangers en fait partie. Les Investissements Directs à l'Étranger (IDE) ont constitué un moteur essentiel de la croissance économique chinoise au cours des trente dernières années. En 2014, la Chine a remplacé les États-Unis en tant que première destination pour l'IDE dans le monde<sup>15</sup>. Cette même année, les investissements chinois à l'étranger dépassaient l'IDE vers la Chine, faisant du pays un exportateur net de capitaux à la faveur des politiques « *Go Out* » (*zou chu qu 走出去*), « *Belt and Road Initiative* »<sup>16</sup> (*yi dai yi lu 一带一路*) et « *Made in China 2025* » (*zhong guo zhi zao 中国制造 2025*)<sup>17</sup> mises en œuvre par le gouvernement. En 2015,

---

<sup>12</sup> Dans le secteur des services, en particulier financiers, les principales mesures annoncées à la fin de 2017 pour libéraliser les plafonds de participation étrangère dans les secteurs de la banque, des valeurs mobilières et de l'assurance doivent encore être actées. Il reste également à assouplir les restrictions à la création d'institutions financières à capitaux étrangers, élargir le champ des activités des institutions financières à capitaux étrangers en Chine et renforcer la coopération entre les marchés financiers chinois et étrangers. L'industrie manufacturière, quant à elle, a été essentiellement libéralisée, à l'exception de certaines industries dont l'automobile, la construction navale et l'aéronautique, pour lesquelles il convient de lever, dès que possible, les restrictions sur la participation étrangère.

<sup>13</sup> J. Xi, « Discours à la cérémonie d'ouverture de la Conférence annuelle 2018 du Forum de Boao pour l'Asie », 2018.

<sup>14</sup> G. Zhu, « Discours prononcé à l'occasion de la conférence de presse du 10 novembre 2017 ».

<sup>15</sup> UNCTAD, *World Investment report 2015*, United Nations Publication, 2015, p. 16.

<sup>16</sup> Dans cette thèse, ces termes se traduisent par « nouvelle Route de la Soie » ou « la Ceinture et la Route », selon la désignation du gouvernement chinois.

<sup>17</sup> Conseil des affaires de l'État, avis sur le programme *Made in China 2025*, 19 mai 2015. L'avis présente des objectifs stratégiques poursuivis en trois étapes. Première étape : intégrer les rangs des puissances industrielles au cours des dix prochaines années. Deuxième étape : d'ici à 2035, l'industrie chinoise dans son

le plan « *Made in China 2025* » est lancé avec pour mission d'atteindre l'objectif stratégique d'une montée en puissance industrielle. Il doit accompagner la modernisation industrielle de la Chine, qui constitue un pilier du nouveau modèle économique dont le gouvernement a posé les conditions et les moyens au cours de la troisième session plénière du 18<sup>ème</sup> Comité central du Parti communiste de Chine de 2013. Il couvre une dizaine de domaines : nouvelles technologies de l'information ; machines-outils à commande numérique et robots ; équipement spatial ; équipement de génie maritime et navires de haute technologie ; équipement ferroviaire ; économies d'énergie et nouveaux équipements énergétiques et de transport ; technologies agroalimentaires ; nouveaux matériaux ; biomédecine et équipement médical ; et machines agricoles<sup>18</sup>. Ces secteurs sont également des cibles stratégiques pour les investissements chinois à l'étranger en raison de leur importance pour la modernisation industrielle de la Chine. Dans ce cadre, la réforme du secteur bancaire a permis aux banques commerciales ainsi qu'aux banques multilatérales de développement d'appuyer les opérations de fusion et acquisition menées par les investisseurs chinois à l'étranger. En parallèle, la réforme des entreprises publiques a renforcé leur compétitivité internationale et leur capacité d'investir à l'étranger.

**9. Les flux d'investissements directs étrangers dans les relations entre la Chine, la France et l'Union européenne.-** La Chine et l'Europe étaient autrefois des piliers de la stratégie rimland visant à assurer aux États-Unis le contrôle des zones frontalières de l'Union soviétique. Depuis le début de la guerre commerciale entre la Chine et les États-Unis en 2018, l'Union européenne constitue une soupape pour équilibrer les intérêts conflictuels des deux parties, voire permettre l'ébauche d'un rapprochement. Pour l'UE, le besoin d'autonomie stratégique est le résultat d'une nouvelle donne internationale marquée par la montée en puissance de la Chine. L'engagement commercial mutuel entre la Chine et l'UE est profond : la Chine est le premier partenaire commercial de l'UE, et l'UE est le deuxième partenaire commercial de la Chine. Néanmoins, l'UE a considéré la Chine comme un « rival systémique » en réaction aux évolutions géopolitiques depuis 2019. L'Europe a également lancé sa propre version de la nouvelle Route de la Soie en 2021 avec le « *Global Gateway* », pour concurrencer la Chine avec des projets

---

ensemble devra se situer au niveau intermédiaire ou mieux de la production industrielle mondiale. Troisième étape : cent ans après la naissance de la République populaire de Chine (2049), sa position en tant que grand pays producteur devra être consolidée et sa puissance industrielle figurer parmi les toutes premières du monde.  
<sup>18</sup> R. Garnaut, F. Cai, L. G. Song et L. Johnston, « Domestic Transformation in the Global Context », *in China's domestic transformation in a global context*, Australian National University Press, 2015, spéc. p. 6.

d'infrastructure dans le monde entier. La nouvelle Route de la Soie est lancée en 2013 et vise à recréer l'ancienne Route de la Soie qui avait fait en son temps la prospérité de la Chine. Cette initiative montre que la Chine vise désormais un rôle de premier plan dans les affaires internationales à travers des projets multilatéraux d'investissement à l'étranger. Qu'il s'agisse de la nouvelle Route de la Soie chinoise ou du *Global Gateway* européen, les conflits liés aux investissements posent de nouveaux défis aux mécanismes de résolution des différends en matière d'investissements étrangers.

10. En effet, les enjeux politiques autour des investissements étrangers dépassent le simple cadre des relations commerciales. En 2021, les flux d'investissement de la Chine vers l'UE se sont élevés à 7.86 milliards de dollars et la Chine y avait créé plus de 2700 entreprises d'investissement direct, réparties sur l'ensemble des 27 États membres et employant près de 270,000 salariés européens<sup>19</sup>. En parallèle, au cours de la même année, l'UE a créé 2078 nouvelles entreprises en Chine, pour un montant d'investissement global de 5.1 milliards de dollars<sup>20</sup>. Ces chiffres montrent que la proportion d'investissements réciproques entre la Chine et l'UE n'est pas très éloignée. En revanche, les investissements étrangers entre la Chine et la France ne sont pas aussi équilibrés. En 2021, la France a créé 364 nouvelles entreprises en Chine, pour un investissement de 710 millions de dollars, alors que les flux d'investissements directs de la Chine vers la France n'ont atteint que 152 millions de dollars cette même année<sup>21</sup>. Le montant de l'investissement chinois en France reste donc modeste par rapport à l'investissement français en Chine. Les inquiétudes européennes concernant les investissements chinois, et plus généralement étrangers, ne sont pas liées aux volumes, qui demeurent nettement en faveur de la France. Les tensions politiques concernent en réalité plus particulièrement la préservation de la souveraineté dans le cadre des transferts de technologie sensible. La recherche d'un juste milieu entre développement économique et protection de la sécurité nationale par le biais du contrôle des investissements étrangers constitue à ce titre un défi majeur dans le cadre de la mondialisation.

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 36-38.

<sup>20</sup> Ministère chinois du Commerce, *Statistical bulletin of FDI in China 2022*, p. 10.

<sup>21</sup> Ministère chinois du Commerce, *The Guidance of Countries (Regions) Outbound Investment Cooperation 2022*, p. 34.



**11.** Afin de lever ces craintes, l'Union européenne et certains États membres ont à la fois renforcé les mesures existantes de contrôle des investissements étrangers, et mis en place de nouveaux contrôles. Par exemple, les opérations bénéficiant d'un soutien public font l'objet d'un contrôle sur les subventions étrangères par l'UE depuis 2023<sup>22</sup>. Il semble en revanche que ce contrôle cible en particulier les entreprises publiques chinoises<sup>23</sup>, qui sont soupçonnées de présenter un risque accru de distorsion de la concurrence par rapport à d'autres nationalités. En réponse, la réforme des entreprises publiques en Chine a peut-être négligé certains aspects liés à la gouvernance et ne satisfait pas aux critères internationaux en la matière<sup>24</sup>. Une autre explication à ces nouvelles exigences, plus politique, pourrait être une méfiance particulière de l'UE quant aux motivations des autorités chinoises, conduisant à des doutes sur la transparence des finances et de la gouvernance des entreprises publiques chinoises.

**12.** Le statut actuel de l'accord sur les investissements entre l'Union européenne et la Chine est révélateur à cet égard. Conclu à la fin de l'année 2020 sur la base du principe de concurrence équitable pour les investissements européens et les investissements chinois, cet accord « Win-Win » voit sa mise en œuvre suspendue en raison de tensions politiques. Cette situation témoigne de la soumission du droit international de l'investissement à des considérations politiques.

**13. Dilemmes géopolitiques et juridiques en matière d'investissements étrangers.-** Selon la CNUCED, les pays développés ont à la fois continué de créer de nouveaux régimes de filtrage des investissements étrangers et renforcé ceux existants sur la base de préoccupations de sécurité nationale alors que les pays en développement ont continué d'adopter des mesures favorables aux fins de faciliter les investissements étrangers<sup>25</sup>. Les événements « cygne noir » dans la sphère géopolitique conduisent de

---

<sup>22</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil *relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur*, 14 déc. 2022, n° 2022/2560.

<sup>23</sup> V. « L'offensive de Bruxelles contre les entreprises chinoises dopées aux subventions », *Le Monde* 6 mai 2021 ; Parlement européen, « Le Parlement veut lutter contre les subventions publiques étrangères », 8 nov. 2022. Ce dernier article énonce que « le financement public des entreprises est en hausse dans le monde, notamment en raison du rôle croissant de la Chine dans l'économie mondiale ».

<sup>24</sup> V. *infra* n° 460 et s.

<sup>25</sup> CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2022. Les réformes de la fiscalité internationale et l'investissement durable*, Publications des Nations Unies, 2022, p. 16 : « Les pays développés ont principalement créé de nouveaux régimes de filtrage des investissements, renforcé les régimes existants sur la base de préoccupations de sécurité nationale ou prolongé les régimes qu'ils avaient mis en place à titre temporaire pendant la pandémie pour protéger certaines entreprises stratégiques d'une prise de contrôle

nombreux pays à modifier ou renforcer la réglementation en matière d'investissements étrangers, comme par exemple, la pénurie de semi-conducteurs causée par l'épidémie de Covid-19 ; la crise énergétique ; et la guerre russo-ukrainienne. Par ailleurs, l'hypothèse d'une guerre entre la Chine et Taïwan a également incité certains investisseurs étrangers en Chine à relocaliser leur production ailleurs afin de réduire leur dépendance aux chaînes industrielles chinoises. Ainsi a-t-il été demandé à l'entreprise taïwanaise TSMC d'installer des usines aux États-Unis, au Japon et en Europe afin de garantir l'approvisionnement en puces électroniques.

**14.** Les États-Unis et l'Union européenne ont refondé leur stratégie vis-à-vis de la Chine. Ils ne cherchent plus à s'en dissocier, mais à réduire les risques associés à l'investissement chinois sur leur territoire, notamment en révisant leurs systèmes de contrôle des investissements étrangers. Par exemple, l'Union européenne a élargi le champ d'application de son règlement sur l'examen des investissements étrangers, et la France a pris des mesures pour abaisser le seuil de déclenchement d'un examen des investissements étrangers de 25 % à 10 % post Covid-19 tout en élargissant la liste des secteurs concernés<sup>26</sup>. Le contrôle de la sécurité nationale en matière d'investissements étrangers n'est plus une simple question de réglementation, mais intègre des enjeux politiques. En effet, la sécurité nationale n'est pas une notion juridique d'une part. D'autre part, elle n'est pas clairement définie par le législateur, de sorte qu'au fur et à mesure des évolutions géopolitiques, les secteurs relevant de la sécurité nationale évoluent également. Par exemple, la loi « *Chips and Science Act* »<sup>27</sup> promulguée aux États-Unis en 2022 attribue un soutien financier de 52,7 milliards de dollars à l'industrie nationale des semi-conducteurs, encourage les entreprises à développer et à fabriquer leurs processeurs sur le territoire national, et empêche les entreprises américaines de soutenir la recherche et le développement (R&D) ou la production de semi-conducteurs dans des pays tels que la Chine, afin d'assurer la protection des intérêts de sécurité nationale américain. L'Europe a institué son propre « *Chips Act* » en 2023 pour garantir la résilience des chaînes d'approvisionnement, réduire

---

étrangère. Le nombre de pays où les investissements sont filtrés à des fins de sauvegarde de la sécurité nationale est ainsi passé à 36 ».

<sup>26</sup> B. Le Maire, « Bruno Le Maire cherche à rassurer le patronat dans son discours de rentrée », *Le Point* 24 août 2023. Il annonce d'un décret visant à étendre la liste des secteurs concernés, tels que l'énergie, l'eau ; les transports, l'agriculture, les télécoms, les médias et la santé.

<sup>27</sup> Loi *Chips and Science Act*, 9 août 2022, n° H.R.4346.

les dépendances extérieures, et ainsi sauvegarder la souveraineté technologique de l'UE<sup>28</sup>. De plus, un nouveau décret du 9 août 2023<sup>29</sup> restreint les investissements des entreprises américaines en Chine trois des principaux secteurs concernant la sécurité nationale, à savoir l'intelligence artificielle (IA), les technologies de l'information quantique et la microélectronique couplée aux semi-conducteurs. Ce décret américain cible donc directement les investissements dans la seule Chine. En outre, l'UE élabore actuellement un instrument pour éviter que des capitaux et des technologies européens ne soient utilisés pour le renforcement des capacités militaires de « rivaux stratégiques » par le biais d'investissements à l'étranger<sup>30</sup>. Le contrôle des investissements sortants est donc devenu un levier de « *de-risking* » dans le domaine de la sécurité nationale. La restriction des investissements entrants ou sortants est désormais une arme politique. La notion de sécurité nationale imprègne l'ensemble de la politique industrielle et de la réglementation des investissements étrangers en Chine, en France, aux États-Unis, ainsi que dans le reste du monde. Le processus de mondialisation connaît donc un ralentissement à la suite d'événements internationaux majeurs qui modifient le contexte géopolitique. Les nations réorientent leurs politiques industrielles et réglementations des investissements étrangers pour faire face aux incertitudes qui en découlent.

**15.** Deux tendances existent en matière d'investissements étrangers à l'échelle mondiale selon le niveau de développement économique des parties. Tandis que les pays développés cherchent à protéger leur économie interne des investissements étrangers, notamment ceux relatifs à la sécurité nationale, les pays en développement et les pays les moins avancés (PMA) cherchent au contraire à attirer au maximum les investisseurs étrangers. À cette dernière fin, ils ont lancé en 2017 un dialogue sur l'amélioration de l'investissement. À la suite, l'OMC a mis en place une réforme dont l'un des fruits est l'annonce de l'accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement adopté en juillet 2023. Cet accord tend à faciliter l'investissement pour tous les investisseurs dans

---

<sup>28</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de mesures pour renforcer l'écosystème européen des semi-conducteurs et modifiant le règlement (UE) 2021/694 (règlement sur les puces), n° 2023/1781.

<sup>29</sup> J. R. Biden, « Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern », *La Maison blanche*, 9 août 2023.

<sup>30</sup> J. R. Biden et U. Von der Leyen, « Joint Statement by President Biden and President von der Leyen », *La Maison blanche*, 10 mars 2023; F. Bermingham, « Biden plan to curb China investments focuses EU minds as deadline looms », *South China Morning Post* 19 août 2023.

tous les secteurs de l'économie<sup>31</sup>. Néanmoins, le champ d'application de cet accord n'inclut pas l'accès aux marchés, la protection de l'investissement et le règlement des différends entre investisseur et État<sup>32</sup>. Les pays en développement et les PMA adoptent également des réformes nationales, telles que la transparence réglementaire et la simplification des procédures administratives au moyen de guichets uniques<sup>33</sup>. Ces méthodes font partie de la stratégie adoptée par la Chine pour capter les capitaux étrangers. Face à ces tendances internationales contraires. Le défi est de trouver un équilibre entre des intérêts nationaux de protection et de facilitation.

**16. Objet de la thèse : Le cadre juridique des investissements étrangers dans les relations entre la Chine, la France et l'Union européenne.-** Si la question semble *a priori* d'ordre politique et économique, elle est également juridique et requiert un traitement idoine. Cette étude juridique comparative analyse les droits chinois, français et européen<sup>34</sup>, mais juxtapose également l'investissement entrant et sortant dans le cas chinois. Alors que chacun de ces aspects est habituellement envisagé de manière isolée, leur examen parallèle permet une comparaison plus riche en matière d'investissements étrangers. L'expérience chinoise des investissements étrangers entrants a-t-elle influencé la stratégie nationale d'investissement à l'étranger ? Inversement, est-ce que l'investissement chinois à l'étranger a fait évoluer sa propre pratique de l'accueil des investissements sur son territoire ? Plus techniquement, cette comparaison nécessite de comparer les systèmes juridiques et donc la matière du droit international de l'investissement : les règles légales ou réglementaires nationales et européennes, les règles issues des institutions internationales, et les traités qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux. D'ailleurs, le droit international de l'investissement, à la croisée du droit privé international et du droit public international, occupe une position stratégique dans le droit international économique. Ainsi, cette étude traversera non seulement les législations de différents pays, mais également des matières différentes en raison du chevauchement des contrôles : le contrôle

---

<sup>31</sup> OMC, « Facilitation de l'investissement pour le développement », 17 déc. 2021.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Dans cette étude, l'expression droit européen renverra au seul droit de l'Union européenne.

des investissements étrangers, le contrôle des concentrations<sup>35</sup> et le contrôle des subventions étrangères.

**17. La définition des investissements étrangers.-** Les investissements étrangers sont avant tout un fait économique, qui peut néanmoins être traduit en termes juridiques selon la finalité spécifique des différentes matières amenées à en prévoir la régulation ou l'appréhension. La définition retenue est donc fonction du domaine juridique envisagé, comme par exemple, le droit de la concurrence, le droit fiscal, voire le droit du commerce international ou encore le droit international de l'investissement étranger. Mais il faut encore rappeler que ces définitions de l'investissement sont encore fonction du territoire dans lequel le droit s'applique, qu'il soit par exemple français ou chinois. Chaque pays adopte ainsi une définition qui lui est propre en fonction de son système de contrôle des investissements étrangers, ou des conditions de protection des investissements étrangers auxquels il a souscrit par le biais de lois, mais également de traités bilatéraux ou multilatéraux. Ces lois et traités peuvent encore se référer à des mécanismes plus élaborés et d'une portée plus large visant à protéger les investissements étrangers, comme le centre international pour le règlement – d'arbitrage comme de médiation – pour régler les litiges nés entre investisseurs étrangers et État. Même dans ce dernier domaine, la notion d'investissement est plurielle ou dépend de divers instruments qui font que, même si la notion d'investissements étrangers renvoie à des critères convergents, il est difficile d'arriver à une définition unifiée. C'est dire la difficulté de définir la notion d'investissements étrangers au cœur de la présente étude. À titre liminaire, nous observerions qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle au regard de l'intérêt qu'elle protège, et traversante d'un domaine juridique à l'autre. C'est sans doute là le seul point commun que nous pouvons trouver à la définition de l'investissement retenu d'une matière à l'autre d'une part, et d'un pays à l'autre part. Cette observation oblige ainsi à définir les « investissements étrangers » dans le cadre d'une étude comparée entre les droits chinois, français et européens, à travers différentes matières et en référence à leurs systèmes respectifs de contrôle des investissements étrangers. Afin de définir les « investissement étrangers » (C), il est ainsi indispensable de préciser au préalable la notion d'investisseurs étrangers (A), puis la notion d' « investissement » (B).

---

<sup>35</sup> L. Idot, « Contrôle des concentrations et contrôle des investissements étrangers : Réflexions de juriste », *Concurrences* n°2-2015, p. 54-66.

## **A. La notion d'investisseur étranger**

**18. Intérêt de la notion d'investisseur étranger :** L'article R. 151-1 du Code monétaire et financier (CMF) définit les catégories d'investisseurs étrangers. La définition d'investisseur est la première question posée par la procédure d'autorisation préalable du contrôle des investissements étrangers. La notion d'investisseur est économique autant que juridique. Lorsqu'un gouvernement réglemente les investissements étrangers par une loi ou un décret, il doit naturellement faire la distinction entre investisseurs nationaux et étrangers au préalable. La définition d'investisseur étranger devient alors une question primaire qui permettra d'éviter une application déraisonnable de la procédure ainsi que d'empêcher certains investisseurs étrangers de contourner la réglementation.

**19. Définition de la notion d'investisseur étranger.-** Les investisseurs étrangers sont classés en tant que personnes physiques ou morales. La nationalité d'une personne physique est un élément essentiel pour déterminer si elle est un sujet de droit économique international. En effet, le droit international des investissements se distingue du droit du commerce international notamment par la prise en compte prépondérante de la nationalité des acteurs là où elle n'est pas secondaire dans cette autre branche du droit international<sup>36</sup>. De manière générale, une personne est étrangère si elle ne détient pas la nationalité du pays. En France, une personne est considérée comme étrangère si elle n'a pas la nationalité française en vertu du droit français. Les droits et obligations des étrangers en France sont déterminés par le droit interne ainsi que par les traités bilatéraux ou multilatéraux auxquels la France est partie en plus des normes de droit international applicables.

**20.** La plurinationalité étant admise par la France, une personne de nationalité française qui n'est pas domiciliée en France pourra être considérée comme un investisseur étranger. La Chine en revanche n'autorise pas ses ressortissants à détenir de nationalité autre que chinoise. Un chinois non domicilié en Chine peut-il pour autant être qualifié d' « investisseur étranger » ? Le droit chinois ne le précise pas. En général, un ressortissant

---

<sup>36</sup> M. Forteau, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes moral, actionnaires (minoritaire) », in C. Leben, (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, p.167.

chinois n'est pas considéré comme un investisseur étranger en raison de la mentalité chinoise et du système Hukou<sup>37</sup>.

**21.** En l'espèce, en vertu du droit interne français, les investisseurs étrangers sont soumis à l'obligation de déclaration prévue par le dispositif des investissements étrangers en France (IEF). D'après l'article R. 151-1 du CMF, sont considérés investisseur personne physique ou morale : «

- 1° Toute personne physique de nationalité étrangère ;
- 2° Toute personne physique de nationalité française qui n'est pas domiciliée en France au sens de l'article 4 B du Code général des impôts<sup>38</sup> ;
- 3° Toute entité de droit étranger ;
- 4° Toute entité de droit français contrôlée par une ou plusieurs personnes ou entités mentionnées au présent 1°, 2° ou 3° ».

**22.** En droit chinois, les investisseurs étrangers sont définis de manière générique comme « *les personnes physiques, les entreprises ou autres organisations étrangères* » investissant en Chine, selon les dispositions de l'article 2 de la loi sur les investissements étrangers. Le projet de commentaire de la loi sur les investissements étrangers de 2015<sup>39</sup>,

---

<sup>37</sup> Règlement *relatif à l'enregistrement sur Hukou*, 9 janv. 1958, art. 13. Selon cette disposition, les ressortissants chinois qui reviennent de l'étranger peuvent déposer une nouvelle demande auprès du bureau d'enregistrement du Hukou à son arrivée avec un passeport ou un document d'entrée. Ainsi, les ressortissants peuvent conserver leur Hukou à condition de ne pas renoncer à leur nationalité chinoise.

<sup>38</sup> CGI, art. 4 B, al. 1 : « 1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A :

- a. les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;
  - b. celle qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ; Les dirigeants des entreprises dont le siège est situé en France et qui y réalisent un chiffre d'affaires annuel supérieur à 250 millions d'euros sont considérés comme exerçant en France leur activité professionnelle à titre principal, à moins qu'ils ne rapportent la preuve contraire. Pour les entreprises qui contrôlent d'autres entreprises dans les conditions définies à l'article L. 233-16 du Code de commerce, le chiffre d'affaires s'entend de la somme de leur chiffre d'affaires et de celui des entreprises qu'elles contrôlent. Les dirigeants mentionnés au deuxième alinéa du présent b s'entendent du président du conseil d'administration lorsqu'il assume la direction générale de la société, du directeur général, des directeurs généraux délégués, du président et des membres du directoire, des gérants et des autres dirigeants ayant des fonctions analogues ;
  - c. celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques.
2. Sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France les agents de l'État, des collectivités territoriales et de fonction publique hospitalière qui exercent leurs fonctions ou sont chargés de mission dans un pays étranger et qui ne sont pas soumis dans ce pays à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus. »

<sup>39</sup> Projet de loi, *sur les investissements étrangers*, 19 janv. 2015, art. 11.

se fait plus précis et considère comme investisseurs étrangers les entités suivantes qui investissent en Chine : «

- 1° une personne physique qui n'est pas un citoyen chinois, c'est-à-dire n'ayant pas la nationalité chinoise ;
- 2° une entreprise établie conformément à la législation de tout autre pays ou territoire ;
- 3° le gouvernement de tout autre pays ou territoire, ou tout département ou organisation relevant de ce gouvernement ;
- 4° une organisation internationale ;
- 5° une entreprise nationale sous le contrôle de l'une des parties susmentionnées est également considérée comme un investisseur étranger ».

**23.** Dans le droit chinois, l'investisseur étranger est une entreprise, tandis que le droit français s'appuie sur la notion d'entité. D'après le Dictionnaire du vocabulaire juridique, les entreprises sont des « établissements réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l'accomplissement d'activités économiques, commerciales, industrielles ou de services »<sup>40</sup>. L'entreprise a une double raison d'être : le « profit » et « produire »<sup>41</sup>. L'entité quant à elle est définie par le Larousse comme « *la chose considérée comme un être ayant son individualité : la société, l'État sont des entités* »<sup>42</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne conçoit l'entité économique comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif économique »<sup>43</sup>. Les entreprises, les organisations internationales, ou non gouvernementales, les États ou organismes publics, ou encore toute personne exerçant une activité économique peuvent être qualifiés d'« investisseurs étrangers », laquelle n'implique donc pas nécessairement un objectif de profit. La qualification d'investisseur étranger en droit français est plus souple que celle du

---

<sup>40</sup> R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2021*, 12<sup>e</sup> éd., LexisNexis, p.234, v<sup>o</sup> Entreprise.

<sup>41</sup> A. Collot-Trognon, H. Desbrousses et B. Peloille, « Étude du contenu de la notion d'«entreprise» », *Langage & société* 1992, p. 55-59.

<sup>42</sup> *Larousse de poche 2024*, Larousse, 2023, v<sup>o</sup> Entité.

<sup>43</sup> CJCE, 2 déc. 1999, affaire C-234/98, G. C. Allen e. a. contre Amalgamated Construction Co. Ltd.



droit chinois. Ainsi, la détermination de la nationalité des personnes morales fait l'objet d'un renvoi aux droits internes et à leurs multiples solutions par le droit coutumier<sup>44</sup>.

**24.** En droit de l'Union européenne, les investisseurs étrangers peuvent être des individus de nationalité étrangère ou des entreprises étrangères publiques ou privées. L'article 2-2) du règlement (UE) 2019/452 pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union définit un investisseur étranger comme « une personne physique d'un pays tiers ou une entreprise d'un pays tiers qui a l'intention de réaliser ou a réalisé un investissement direct étranger ». Le règlement introduit également le concept d'entité d'État, élargissant le champ des entreprises publiques pour inclure les entreprises contrôlées par l'État ainsi que les entreprises dans lesquelles l'État détient une participation. La définition des investisseurs étrangers en droit de l'Union européenne est assez similaire à celle retenue par le droit chinois, mais n'inclut pas l'« organisation étrangère » qui est prévue dans ce dernier.

**25.** Du point de vue du droit des investissements internationaux, la définition d'un investisseur étranger commence par la détermination de sa nationalité, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale.

**26. Dans le cas d'une personne physique.-** Cette question est relativement simple : tant que la nationalité de la personne physique est acquise en vertu du droit interne, elle bénéficie de la nationalité de cet État ainsi que de la protection des traités bilatéraux ou multilatéraux signés par ce pays, et du droit à l'arbitrage international. Si l'investisseur n'a qu'une seule nationalité, il est facile de la qualifier, alors qu'en cas de double ou de plurinationalité, la situation est plus compliquée. Selon l'article 25 (2) - (a) de la Convention et règlements du CIRDI<sup>45</sup>, si un investisseur étranger personne physique détient une double nationalité et que l'État contre lequel il a initié un arbitrage se trouve être l'une

---

<sup>44</sup> Le souligne Carole Santulli : « La pratique internationale accepte les différents modèles, et établit donc une règle générale identique à celle que la Commission a déjà retenue pour les personnes physiques (et dont rien ne justifie qu'elle s'en écarte ici) : les sociétés commerciales acquièrent leur nationalité conformément aux règles étatiques pertinentes ». V. M. Forteau, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes moral, actionnaires (minoritaire) », *op.cit.*, p.172.

<sup>45</sup> Art. 25 (2)-(a) : « toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ».

de ses nationalités au moment de l'engagement à l'arbitrage ou au moment de la demande d'arbitrage, alors le CIRDI n'est pas compétent, c'est-à-dire que l'affaire est irrecevable sous l'égide de la Convention de Washington. Pour l'examen des investissements étrangers, aucun des investissements réalisés par un investisseur dans ses deux pays de nationalité n'est pas alors considéré comme des investissements étrangers. Ils ne sont pas non plus soumis à l'examen des investissements étrangers.

**27. Concernant la nationalité d'une personne morale.**- Trois théories en droit international peuvent s'appliquer : (1) le critère de l'incorporation, (2) le critère du contrôle et (3) le critère du siège. À titre d'exemple, c'est ce second critère que retient le Règlement CIRDI en son article 25 (2) - (b)<sup>46</sup>. Le droit interne se réfère également souvent à l'un ou plusieurs de ces trois critères. Concernant le critère du siège, l'article 1837 du Code civil français dispose que « toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ». Le critère du siège est adopté en France ainsi que dans l'ensemble de l'Union européenne. L'article 58 du Code civil chinois dispose que « les personnes morales sont établies par la loi », et l'article 2 du droit des sociétés chinois<sup>47</sup> dispose que « une société est une société à responsabilité limitée ou une société par actions établie sur le territoire chinois conformément à la présente loi ». Ainsi, la Chine comme la France adoptent le critère du siège pour localiser une société, plutôt que le critère de l'incorporation.

**28.** Mais le critère du contrôle trouve également à s'appliquer à côté de celui du siège pour servir de pondération ou de correcteur<sup>48</sup>. Traditionnellement, le Code monétaire et financier pose la distinction entre investisseur étranger et investisseur national selon que le siège soit hors ou en France : (1) une entreprise dont le siège social se situe hors de France est un investisseur étranger<sup>49</sup>. Mais le critère du contrôle permet d'étendre la catégorie des investisseurs étrangers : y compris pour les entreprises ayant leur siège social

---

<sup>46</sup> Art.25(2)-(b) : « toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

<sup>47</sup> Loi chinoise, 26 oct. 2018, *des sociétés*, art. 2.

<sup>48</sup> Le droit actuel est issu de *la loi PACTE* ; du décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France ; de l'arrêté relatif aux investissements étrangers en France du 27 avril 2020.

<sup>49</sup> CMF, art. R. 151-1.

en France, une nouvelle disposition issue de la loi PACTE s'étend désormais aux organisations sans statut personnel, c'est-à-dire toutes les entités juridiques soumises au droit français dès lors que (2) une entreprise dont le siège social se situe en France serait en réalité contrôlée par une entité étrangère ou une personne étrangère<sup>50</sup>. Ainsi même si l'entreprise est basée en France, elle est réglementée comme un investisseur étranger dès lors qu'elle est contrôlée par une entité étrangère ou une personne étrangère. Dans la pratique, la difficulté consiste à identifier l'entité ou la personne qui exerce le pouvoir de contrôle. Techniquement, la seule question qui devrait se poser est : « qui est l'investisseur ? » Si l'investisseur est une personne physique, cela dépend de sa nationalité. Toutefois, s'il s'agit d'une personne morale, cela dépend du siège de sa société : si le siège est hors de France, il s'agit évidemment d'un investisseur étranger. Mais le droit contemporain a intégré dont la réalité pouvait être plus nuancée. Désormais, si le siège est en France, alors il faut encore rechercher d'éventuels investisseurs secondaires pour vérifier la réalité du contrôle. S'il y a d'autres investisseurs qui exercent le pouvoir de contrôle, les deux hypothèses suivantes sont analysées avec encore une fois une distinction selon que ces investisseurs qui contrôlent soient des personnes physiques ou morales :

- **(1).** Pour une personne physique contrôlante, trois cas de figure sont à distinguer.
  - (i) Si la personne physique détenant la nationalité française et est domiciliée en France, l'examen des investissements étrangers n'a pas vocation à s'appliquer. (ii) Toutefois si elle détient la nationalité française mais n'est pas domiciliée en France, ce cas est soumis à l'examen car elle est considérée comme investisseur étranger. (iii) Enfin, si elle détient une nationalité étrangère et n'a pas une double nationalité française, ce cas est également soumis à l'examen.
- **(2).** Pour une personne morale, il existe pareillement plusieurs hypothèses. (i) Si le bénéficiaire effectif de cette entité est une entreprise française, ce cas n'est pas soumis à l'examen. (ii) À l'inverse, s'il s'agit d'une entreprise étrangère, elle est soumise à l'examen en tant qu'investisseur étranger. (iii) Dans le cas d'une structure de contrôle à participations multiples, toute entité ou personne physique peut déposer une notification d'examen des investissements étrangers au nom de l'ensemble du groupe. (iv) Si un investisseur étranger est présent dans l'une des

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

participations multiples, qu'il contrôle une entité française et qu'il exerce des activités touchant à la sécurité nationale, ce cas est soumis à l'examen : une obligation de notification préalable doit être remplie par la personne ou l'entité qui peut décider de réaliser l'investissement. C'est dire toute la complexité introduite par la question du contrôle effectif. Pour percer le voile de la personnalité morale, un examen est effectué afin de déterminer qui possède le contrôle réel de la société. Étonnement, les méthodes utilisées par le droit chinois sont assez similaires sur les points qui viennent d'être évoqués. Il en est de même pour les sociétés cotées en bourse, où le droit français<sup>51</sup> et chinois sont également similaires. Le droit français impose à ces sociétés de divulguer les informations relatives à leur structure de contrôle. Pareillement le droit chinois, en vertu de l'article 6 des *Mesures pour l'administration de la divulgation d'informations par les sociétés cotées en bourse*<sup>52</sup>, dispose que « les engagements publics pris par les sociétés cotées, leurs actionnaires qui exercent le pouvoir de contrôle, les bénéficiaires effectifs, les administrateurs, les superviseurs et les cadres supérieurs doivent être divulgués ». Ainsi, l'identité de la personne exerçant le pouvoir de contrôle réel d'une société cotée en bourse rentre donc dans le champ des informations à divulguer, ce qui permet au régulateur compétent de mener de manière relativement facile le processus d'examen des investissements étrangers.

**29.** En conclusion, l'objectif de la recherche de la personne ou de l'entité qui exerce le pouvoir de contrôle est de déterminer si la personne morale doit être traitée comme un « investisseur étranger ». Si le bénéficiaire effectif est une personne physique étrangère ou une société étrangère, alors l'acquisition ou la fusion réalisée par cet investisseur étranger en France ou en Chine remplit la première condition. La deuxième condition est de savoir si l'investisseur étranger a investi d'une manière qui respecte le seuil. L'approche de l'examen des investissements étrangers se fait en deux étapes : premièrement, qui est l'investisseur et s'agit-il d'un investisseur étranger ? Deuxièmement, les conditions d'investissement répondent-elle aux critères de notification ? Si c'est le cas, une procédure de l'examen d'autorisation de l'investissement est lancée par l'autorité compétente.

---

<sup>51</sup> V. 223-1 et s. du Règlement général de l'AMF sur les franchissements de seuil de contrôle.

<sup>52</sup> Mesures, 18 mars 2021, *pour l'administration de la divulgation d'informations par les sociétés cotées en bourse*, art. 6.

## B. La notion d'investissement

**30.** Le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu contient la définition suivante de l' « investissement » : « placement, emploi de fonds, plus précisément, action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme et résultat de cette action ». Nous retiendrons que l'investissement est constitué lorsqu'une ou plusieurs personnes physiques ou entités placent des capitaux dans une entreprise en vue de générer un profit sur une durée supérieure à dix ans. En droit français, l'article R. 151-2 du CMF caractérise l'investissement par le fait :

« 1° d'acquérir le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>53</sup>, d'une entité de droit français. Ce critère s'applique à tous les investisseurs, y compris les investisseurs de l'UE et de l'EEE ainsi définis : toute entité dont la structure de contrôle de l'actionariat est régie exclusivement par les lois des États membres de l'UE et/ou de l'EEE, ou encore dont le siège est situé dans un État membre de l'UE ou de l'EEE ; ainsi que toute personne détenant la nationalité d'un État membre de l'UE ou de l'EEE et résidant dans un État membre de l'UE ou de l'EEE ;

2° d'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français ;

3° de franchir, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 25 % de détention des droits de vote d'une entité de droit français<sup>54</sup>. »

---

<sup>53</sup> C. com., art. L. 233-3 : I. Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

a. lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

b. lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

c. lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieur à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

<sup>54</sup> CMF, art. R. 151-2, al. 2 : Ces situations excluent : une personne physique possédant la nationalité d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale et domiciliée dans l'un de ces États, ni à une entité dont l'ensemble des membres de la chaîne de

31. En résumé, l'acquisition du contrôle d'une branche d'activité ou de 25 % des droits de vote d'une entité constitue un investissement en France. La crise du Covid-19 a conduit au renforcement des mesures du contrôle des investissements étrangers, notamment par le décret relatif à l'abaissement « temporaire » du seuil de contrôle des investissements étrangers<sup>55</sup>, qui a diminué le seuil de 25 % à 10 % de détention des droits de vote d'une société de droit français. Il convient de préciser que le ministère de l'Économie et des Finances souhaite pérenniser cette mesure dans un futur proche<sup>56</sup>.

32. Quant aux nouvelles créations, elles ne sont pas soumises à l'approbation du contrôle des investissements étrangers. Les conditions de création d'une société en vertu du droit français des sociétés font abstraction de la nationalité des investisseurs à ceux qui s'appliquent les mêmes critères et procédures. À la différence du droit chinois qui estime qu'un investisseur étranger de personne physique entraîne nécessairement la qualification de cet investissement comme étranger, le droit français ne qualifie pas d'investissement étranger tout investissement opéré par un étranger dans le cas d'une création d'entreprise. En effet, la nouvelle création d'une entreprise n'est pas incluse dans la législation relative au contrôle des investissements étrangers au sens de l'article R 151-2 du CMF. Il en résulte que, si une personne physique de nationalité chinoise établit une entreprise en France, ce cas n'est pas considéré comme un investissement étranger. La solution sera toutefois différente en cas de transfert du contrôle ; dans ce cas le seuil de 10 % susmentionné s'applique. En conséquence, s'il n'y a pas un transfert ou une acquisition du contrôle (contrôle exclusif ou relatif), les activités ne sont pas soumises à l'examen des investissements étrangers. Exceptionnellement, en cas de création d'entreprises dans un secteur sensible touchant à la sécurité nationale, des conditions administratives spéciales, comme l'obtention d'une licence, devront être remplies.

---

contrôle, au sens du II de l'article R. 4151-1, relèvent du droit de l'un de ces mêmes États ou en possèdent la nationalité et y sont domiciliés.

<sup>55</sup> Décret n° 2022-1622 du 23 déc. 2022, *relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers* dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

<sup>56</sup> B. Le Maire, « Bruno Le Maire cherche à rassurer le patronat dans son discours de rentrée », préc. Le contrôle est automatique lorsqu'un investisseur non européen achète 10 % ou plus du capital d'une forme.

**33.** Le droit chinois retient des critères différents. Selon l'article 2 de la loi sur l'investissement étranger chinois, un « investissement » (direct ou indirect) correspond au fait :

« 1° d'établir une entreprise sur le territoire chinois ;

2° d'acquérir des actions, des actifs immobiliers ou tout autres droits et intérêt similaire à une entreprise sur le territoire de la Chine ;

3° de financer le lancement d'un nouveau projet sur le territoire chinois ;

4° d'investir de toute autre manière prévue par la loi, les règlements administratifs ou les dispositions du Conseil des affaires de l'État ».

**34.** En droit de l'Union européenne, la notion d'investissement recouvre toutes les participations où il y a « contrôle » d'une entreprise et où la gestion de celle-ci peut faire l'objet d'une influence déterminante. La forme d'investissement comprend :

« 1° les acquisitions ou les fusions d'entreprises réalisées dans les États membres de l'Union européenne par des entreprises étrangères de court terme à long terme ;

2° les nouvelles coentreprises entre des investisseurs étrangers et des entreprises dans des États membres ;

3° une nouvelle filiale, succursale ou usine établie par un investisseur étranger ».

**35.** En droits français et européen, le contrôle est un critère constitutif essentiel d'un « investissement », contrairement au droit chinois pour lequel le contrôle ou précisément ici le transfert du contrôle n'est pas nécessaire, parce qu'une nouvelle création d'entreprise est qualifiée comme un « investissement » en droit chinois. Par ailleurs, si une nouvelle création d'entreprise n'est pas considérée comme un « investissement » en droit français, le droit de l'Union européenne qualifie d'investissement : la nouvelle création de coentreprise, filiale, succursale ou usine. Les formes d'investissements varient donc entre les trois droits.

### **C. La notion d' « investissements étrangers »**

**36.** À titre liminaire, il est important de rappeler le contenu de la notion d'investissements étrangers dans les droits comparés dans la présence d'étude, avant d'expliquer les difficultés suscitées par la spécificité de chaque système envisagé dans la définition et l'interprétation concrètes de cette notion.

**37. En droit chinois.-** Les investissements étrangers sont naturellement le fait d'investisseurs étrangers réalisant un investissement dans le pays d'accueil. En Chine, la définition des investissements étrangers est posée par l'article 2 de la loi sur l'investissement étranger : « Les investissements étrangers visés dans la présente loi concernent les activités d'investissement de personnes physiques, d'entreprises ou d'autres organisations étrangères directement ou indirectement en Chine, y compris dans les cas suivants: (1) un investisseur étranger établit une entreprise à capitaux étrangers sur le territoire chinois, indépendamment ou conjointement avec tout autre investisseur ; (2) un investisseur étranger acquiert des actions, des actifs immobiliers ou tout autre droit et intérêt similaire d'une entreprise sur le territoire de la Chine ; (3) un investisseur étranger investit pour lancer un nouveau projet sur le territoire chinois, indépendamment ou conjointement avec tout autre investisseur ; (4) un investisseur étranger investit de toute autre manière prévue par la loi, les règlements administratifs ou les dispositions du Conseil des affaires de l'État ».

**38. En droit français.-** Le CMF précise les critères justifiant la qualification d'investisseur étranger et d'investissement, mais ne définit pas explicitement les investissements étrangers. En combinant les articles R151-1 et R151-2 du CMF, nous pouvons déduire que la notion d'investissement étranger exprime la situation où des investisseurs étrangers effectuent des investissements. À titre d'exemple, le cas de figure d'une personne de nationalité chinoise franchissant le seuil de 10 % de détention des droits de vote d'une entité de droit français sera considéré comme un investissement étranger.

**39. En droit de l'Union européenne.-** L'article 2-1 du règlement (UE) 2019/452 pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union définit



l'investissement direct étranger comme « un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique ». Les activités d'investissement indirect sont exclues du champ de l'examen des investissements étrangers car les investissements indirects ne procurent généralement ni influence déterminante ni contrôle de l'entreprise. Ce type d'investissement ne donne donc pas lieu à un changement de contrôle et ne touche pas aux secteurs stratégiques de la sécurité nationale du pays hôte ; il ne fait en conséquence l'objet d'aucune restriction auprès des investisseurs de pays tiers. Toutefois, à l'exception de certains pays dont le droit des sociétés prévoit que les actionnaires détiennent une participation spécifique de 5 %, lorsque des investisseurs peuvent détenir des droits spécifiques tels que des droits de vote ou de veto, ces activités d'investissement indirect entreront également dans le champ d'application de l'examen.

**40. Conclusion sur les notions d'investissements étrangers retenues.-** Les droits français ou chinois ne font pas de distinction entre investissements étrangers directs ou indirects, tandis que pour le droit de l'Union européenne, l'investissement étranger ne peut être que direct. Le contrôle des investissements étrangers suppose naturellement de définir la notion des investissements étrangers afin de délimiter le champ d'application du contrôle. Les droits chinois, français et de l'Union européenne adoptent des définitions différentes, et prévoient donc des règles différentes en matière de contrôle des investissements étrangers. Une création d'entreprise échappe au contrôle en droit français, là où cette même création en Chine par un investisseur étranger peut déclencher la procédure de contrôle des investissements étrangers<sup>57</sup>. Ainsi, le système du contrôle des investissements chinois est plus rigoureux que le français. Cette affirmation est d'autant plus visible lorsque nous comparons les différents pays et systèmes juridiques sur la question de la mise en œuvre de ce droit des investissements étrangers.

**41. Prolégomènes sur le système juridique chinois en matière d'investissements étrangers.-** Le système législatif et réglementaire chinois est divisé

---

<sup>57</sup> V. *infra* n°271 et s.

entre le niveau central et le niveau local ; ainsi qu'entre le pouvoir législatif de l'Assemblée nationale populaire (ANP) et son Comité permanent (CPANP) d'un côté, et le pouvoir réglementaire des ministères et les commissions du Conseil des affaires de l'État de l'autre. La hiérarchie des normes est comparable à celle que l'on connaît en France : le législateur central a une compétence générale, tandis que les pouvoirs locaux, qui interviennent également en matière d'investissements étrangers, n'ont qu'une compétence d'application des textes nationaux. En outre, le pouvoir central dispose d'une compétence exclusive dans certains domaines, comme le droit de la concurrence, excluant toute possibilité d'intervention locale ; à l'inverse, en matière d'investissements étrangers, les pouvoirs locaux peuvent adopter des règles d'application des lois centrales. Sous cet angle des rapports entre textes centraux et dispositions locales, le système chinois peut être rapproché du système européen avec néanmoins quelques nuances. Si le législateur européen a une compétence exclusive dans certains domaines, sa compétence n'est pas générale en cette matière.

42. Pour autant, l'ensemble des dispositions adoptées par le pouvoir central s'imposent aux acteurs locaux car ces derniers n'ont aucune compétence exclusive en Chine. En Europe, le système est plus complexe : d'une part, le droit de l'Union européenne n'est supérieur aux droits internes que dans certains domaines et d'autre part, le droit de l'Union européenne bénéficie parfois d'une compétence exclusive, écartant toute possibilité pour le législateur interne d'intervenir. Les rapports entretenus entre ces deux normes sont similaires à ceux qui existent entre le droit de l'Union européenne et les droits internes, à la différence que le droit de l'Union européenne n'a pas de domaine général. Typiquement, en matière de droit de la concurrence, les dispositions centrales s'imposent aux acteurs locaux alors que le droit de l'Union européenne ne s'impose aux droits internes que si certains critères sont réunis. Pour reprendre l'exemple du contrôle des investissements étrangers et du contrôle des concentrations, la Commission européenne ne dispose pas d'un droit de veto sur une opération de fusion-acquisition concernant la matière des investissements étrangers : c'est l'autorité nationale qui décide d'autoriser ou non l'opération. À l'inverse, s'agissant du contrôle des concentrations, la Commission européenne a une compétence exclusive pour les opérations de grande envergure ou si l'opération concerne plusieurs marchés nationaux.

**43.** La Chine a également quelques points de comparaison possibles avec la France. En effet, la Chine est un État centralisé qui utilise le Code civil, possède une Constitution, ainsi que des organes d'élaboration des règles juridiques, qui sont soumis à un principe de hiérarchie des normes. L'article 10 de *la loi sur la législation de Chine*<sup>58</sup> dispose que : « l'Assemblée nationale populaire (ANP) et le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire (CPANP) exercent le pouvoir législatif national conformément à la Constitution ». Le système juridique chinois est fondé sur le système de l'Assemblée nationale populaire ainsi que sur un découpage administratif et hiérarchique des territoires<sup>59</sup>. Ainsi, la hiérarchie des normes est la suivante : 1. Constitution ; 2. Conventions internationales ; 3. Lois promulguées par l'ANP et le CPANP, ainsi que les interprétations de lois promulguées par cette dernière<sup>60</sup> ; 4. Règlements administratifs promulgués par le Conseil des affaires de l'État ; 5. Règlements locaux promulgués par l'ANP et le CPANP à l'endroit des provinces, régions autonomes et municipalités relevant directement du gouvernement central ; 6. Règlements locaux promulgués par l'ANP de la ville et le CPANP de la ville ou Règlements sur les zones économiques spéciales promulgués par l'ANP de la zone et le CPANP de la zone; 7. Règlements dits « autonomes » qui s'appliquent à toutes les localités autonomes et règlements dits « individuels » propres à certaines localités autonomes promulgués par les régions autonomes; 8. Règles promulguées par les ministères et les commissions du Conseil des affaires de l'État ; 9. Règles promulgués par les autorités locales ; 10. Documents normatifs généraux promulgués par l'ANP et le CPANP ou par les ministères et les Commissions du Conseil des affaires de l'État et intitulé diversement : décision, avis, opinion, circulaire, mesure, etc.

**44.** Quelques spécificités du système chinois doivent toutefois être relevées. Il est important de préciser d'une part que ces différents textes sont obligatoires malgré leur intitulé trompeur « d'avis » ou « d'opinion » promulgués par le ministère du Commerce

---

<sup>58</sup> Loi, 13 mars 2023, *sur la législation de Chine*, art. 10.

<sup>59</sup> Le découpage territorial est le suivant : État, puis province ou région autonome (qui correspond à une province où habite généralement une minorité ethnique) ou municipalités relevant directement du gouvernement central (qui correspondent aux villes les plus importantes démographiquement et économiquement), puis ville ou zone économique spéciale (qui est également une ville mais qui est une ville-test pour de futures réformes) puis des localités autonomes (qui sont des villes de petites tailles dans lesquelles habitent des minorités au sein de la province).

<sup>60</sup> Loi, *sur la législation de Chine*, préc., art. 49 : le Conseil des affaires de l'État, la Commission militaire centrale, la Commission de supervision de l'État, la Cour populaire suprême, le Parquet populaire suprême et les commissions de l'ANP peuvent soumettre des demandes ou propositions d'interprétation des lois au CPANP. Ces interprétations ont force de loi.

(MOFCOM) (*shang wu bu* 商务部), la Commission nationale du Développement et de la Réforme (CNDR) (*guojia fazhan gaige weiyuanhui* 国家发展改革委员会), ou le Conseil des affaires de l'État (*guo wu yuan* 国务院), qui ne se réfère qu'à leur fonction d'explication d'une norme supérieure. De façon générale, en Chine, tous les textes adoptés par une autorité centrale sont obligatoires, nonobstant leur intitulé ; ainsi une « circulaire » prise par exemple par le Conseil des affaires de l'État a une valeur impérative, tandis que la même circulaire adoptée par une autorité locale n'aura qu'une fonction informative. D'autre part, ces textes sont quantitativement les plus importants en matière d'investissements étrangers en Chine là où en France, les différents niveaux de réglementation des investissements directs sont la loi, le décret, l'arrêté et la circulaire<sup>61</sup>.

45. Un point commun en termes de sources peut toutefois être observé. La jurisprudence en matière d'investissements étrangers n'est pas quantitativement importante en droits chinois, français, ou européen ni significatif comme une source de droit. Le droit est d'abord issu des textes dans une matière qui est essentiellement pratique et en constante évolution. S'agissant des sources non obligatoires, doctrine et pratique, on retrouve ces singularités du droit des investissements étrangers. En effet, si les auteurs et les praticiens sont largement consultés lors de l'élaboration des textes, force est de constater qu'il n'y a pas de travaux théoriques sur ce sujet ni de coutume source de droit<sup>62</sup>. Les avis et lignes directrices des instances nationales, européennes ou des organisations internationales comme l'OCDE sont également très consultés tant pour l'application pratique des textes que pour leur révision régulière.

46. Des divergences fondamentales doivent néanmoins encore une fois être relevées quant aux sources relatives à la régulation d'investissements étrangers. En effet, le droit français des investissements se trouve en partie dans des codes comme le Code de commerce ou le Code monétaire et financier. À l'inverse, en Chine, le seul code qui existe est le Code civil dont la codification est récente et qui n'intéresse pas les investissements étrangers. Jusqu'à une époque récente, les investissements étrangers étaient réglementés par les trois lois sur l'investissement étranger en Chine (*San zi qi ye fa*, 三资企业法) : (1) la

---

<sup>61</sup> P. Juillard, « Droit français des relations financières avec l'étranger », *droit et pratique du commerce international*, 1977, t. III, p. 675-689.

<sup>62</sup> La matière en investissement étranger est une matière nouvelle à la fois pour la Chine et pour la France. La pratique du droit a besoin de consistance, qui se construit dans la durée.

loi de la République populaire de Chine sur les coentreprises sinoétrangères avec participation au capital en 1979 (*Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Equity Joint-Ventures*, 中华人民共和国中外合资经营企业法); (2) la loi de la République populaire de Chine sur les coentreprises sinoétrangères en coopération en 1988 (*Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint-Ventures*, 中华人民共和国中外合作经营企业法); (3) la loi de la République populaire de Chine sur les entreprises à capitaux entiers étrangers en 1986 (*Law of the People's Republic of China on foreign-capital Enterprises*, 中华人民共和国外资企业法). En 2020, ces trois lois sont consolidées et remplacées par une nouvelle loi sur l'investissement étranger (*wai shang tou zi fa* 外商投资法).

47. En complément des trois lois, le gouvernement chinois met à la disposition des investisseurs étrangers un catalogue des secteurs interdits, restreints et encouragés, duquel une liste négative est extraite à l'occasion du passage de la nouvelle loi. Ce dispositif de liste négative est le fruit d'une évolution qui mérite d'être rappelée. En 1995, le Conseil des affaires de l'État avait approuvé le *Règlement provisoire sur le guide d'orientation des investissements étrangers*<sup>63</sup> ainsi que le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers par secteur d'activité* (ci-après : catalogue d'orientation). Ces deux règlements définissaient la posture et l'orientation normative du gouvernement chinois en matière d'investissement étranger. Après deux ans de rodage, le catalogue d'orientation est officiellement lancé en 1997 et demeure constamment mis à jour jusqu'en 2017. Le gouvernement se fait de plus en plus accueillant envers les investisseurs étrangers, et certaines restrictions ou interdictions d'investissement sont levées, passant de 180 dans l'édition 2011 du catalogue à 63 dans sa version 2017. Dans la version 2019 apparaît un système de liste négative.

48. **La définition de la liste négative.** La Chine utilise une méthode de régulation des investissements étrangers appelée « liste négative », consistant à prévoir des mesures spéciales en fonction de catégories d'investissement, qui sont, soit interdits, soit restreints, les autres investissements étant par principe autorisés. La liste négative en

---

<sup>63</sup> La version finale intitulée « Règlement sur le guide d'orientation des investissements étrangers » est publiée en 2002.

matière d'investissement international peut se retrouver à deux niveaux<sup>64</sup>, ce qui conditionne son régime. Il peut, tout d'abord, y avoir une liste négative internationale<sup>65</sup>, c'est-à-dire une liste prévue dans un traité international d'investissement et qui s'impose donc aux investisseurs des pays signataires. En pratique, cette liste prend la forme d'une clause de « mesures non conformes » détaillées en annexe. On la trouve aujourd'hui dans le traité CAI entre la Chine et l'UE, mais cette méthode est plus ancienne et on en trouve une trace dans l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en 1994<sup>66</sup>. Il est, ensuite, possible qu'une réglementation interne d'un pays hôte puisse prévoir une liste négative, qualifiée de liste négative nationale. Cette liste s'impose également à tous les investisseurs étrangers. L'une des spécificités de la Chine est qu'elle utilise le modèle tant au niveau international qu'au niveau national. Il est donc primordial pour un investisseur étranger de déterminer si son investissement sera régulé selon une convention internationale spéciale, ou s'il dépend de la loi nationale qui pose une liste de secteurs interdits ou autorisés sous conditions plus limitée.

49. En 2019, le catalogue est rebaptisé *Catalogue des investissements étrangers encouragés par secteur d'activité* (*guli wai shang touzi mulu 鼓励外商投资产业目录*), témoignant d'un changement de perspective de la part du gouvernement chinois. Le contrôle des investissements étrangers est entré dans l'ère de la « liste négative ». Les catégories restreintes et interdites quittent le catalogue, pour réapparaître dans les *Mesures administratives spéciales pour l'accès aux investissements étrangers* (liste négative) (*waishang touzi zhunru tebie guanli cuoshi 外商投资准入特别管理措施 (负面清单)*). La version 2021 de la liste négative nationale contient 10 catégories restreintes et 21 catégories

---

<sup>64</sup> UNCTAD, *Series on International Investment Policies for Development, Preserving Flexibility in IIAs: The use of reservations*, Presses des Nations Unies, 2006.

<sup>65</sup> « To date, international investment agreement which includes national treatment and liberalization at the pre-establishment stage have generally adopted lists and schedules indicating specific reservations and commitments related to the fulfilment of agreement obligations, as appendixes to the agreement; the modalities adopted for these reservations and commitments can be broadly divided into two types. Under the negative list approach, member countries grant national treatment for all areas in principle, registering particular areas as exceptions ». V.OMC, 28 juin 2002, communication from Japan, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, p.3.

<sup>66</sup> L'article VII du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé entre les États-Unis et le Japon en 1953 prévoyait que « Chaque des deux Parties se réserve le droit de restreindre la possibilité pour les étrangers de créer ou de faire fonctionner dans ses territoires des entreprises de services publics ou des entreprises se consacrant aux constructions navales, aux transports aériens ou maritimes, aux opérations bancaires de dépôt ou de gestion ou à l'exploitation des terres ou d'autres ressources naturelles (...) ». Par conséquent, la réserve est considérée comme une exception au traitement national, d'où le principe de la liste négative. V. Nations Unies, Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique et le Japon, Recueil des traités, n°2788, le 2 avril 1953.

interdites<sup>67</sup> ; elle n'a jamais été aussi réduite. Les politiques et les mesures concernant les investissements étrangers leur sont de plus en plus favorables et continuent sur le chemin de l'ouverture, bien que ne répondant pas encore complètement aux attentes des autres pays. Il s'agit sans doute là à la fois du fil directeur de l'évolution du droit des investissements étrangers chinois mais également d'un nœud gordien qu'il convient d'étudier pour en comprendre la complexité et envisager des directions à prendre dans le sens d'une meilleure harmonisation, ou non, de cette branche du droit.

**50. Enjeux pratiques.-** Le sujet de cette étude ne saurait ainsi être purement juridique en raison de l'importance des aspects politiques, géopolitiques et économiques. Les investissements chinois en Europe sont fondamentaux compte tenu des liquidités dont la Chine dispose et réciproquement, les investissements en Chine sont indispensables car il s'agit de « l'usine du monde ». Ces interactions économiques posent de nombreux problèmes politiques nouveaux : rôle de l'État chinois dans les entreprises publiques ainsi que le rôle des entreprises publiques dans l'investissement étranger ; dichotomie entre une économie européenne plutôt ouverte et une économie chinoise plus fermée ; compréhension des mécanismes à l'œuvre dans les différents pays entre d'un côté un système libéral et de l'autre côté un système d'origine communiste ; déséquilibre éventuel entre l'attrait pour l'investissement venu de l'étranger et les mesures de protection de l'économie locale.

**51.** Il pourrait sembler que les investisseurs chinois bénéficient de conditions favorables pour investir en Europe, alors qu'en sens inverse, les investisseurs étrangers sont confrontés à la liste négative chinoise. En fait, l'UE et l'État français ont modifié leurs réglementations sur le contrôle des investissements étrangers de sorte que les opérations de fusion et acquisition de leurs entreprises par des entreprises étrangères sont désormais soumises à des conditions draconiennes pour des motifs de sécurité nationale. Or, le concept de sécurité nationale est flou et son domaine a des frontières incertaines de sorte qu'il est plus difficile pour les investisseurs chinois de connaître précisément les barrières à leurs investissements en Europe. Une entreprise publique chinoise qui investit en Europe pourra en conséquence faire l'objet de plusieurs examens : l'examen des investissements étrangers, l'examen des concentrations et l'examen des subventions étrangères en droit

---

<sup>67</sup> Mesures administratives spéciales pour *l'accès aux investissements étrangers*, 2021.

interne et en droit de l'Union européenne. Ces contrôles multiples risquent de décourager les entreprises étrangères, notamment chinoises, de sorte que le processus de mondialisation pourrait connaître un nouveau cycle défavorable au développement des entreprises à l'international.

**52. Enjeux théoriques.-** Il s'agit également de déterminer les règles existantes applicables et plus particulièrement les règles de droit chinois moins connues. Dans ce dernier cadre, nous avons voulu résolument avoir une démarche prospective : les règles actuelles permettent-elles de remplir les objectifs d'un bon droit de l'investissement, à savoir faciliter les investissements tout en trouvant un équilibre politique ? Le modèle chinois sur le contrôle des investissements étrangers ou plus généralement, le droit de l'investissement chinois évolue-t-il vers le modèle français ou le modèle européen ? Il faut relever une double problématique ici. D'une part, doit-on traiter juridiquement les investissements chinois comme n'importe quel autre investissement étranger ou y a-t-il des règles particulières compte tenu de la singularité de ces investissements. D'autre part, le régime juridique actuel a-t-il vocation à perdurer en ce qu'il représente un point d'équilibre juridique, ou n'est-il qu'une étape d'un droit en construction.

**53. Résultats et plan de l'étude.-** En tant que destination privilégiée pour les capitaux étrangers, la Chine s'est appliquée à améliorer les conditions d'investissement sur son territoire. La nouvelle loi sur les investissements étrangers et ses règles d'application offrent davantage de garanties en matière de propriété intellectuelle, interdisent les transferts forcés de technologie, mettent en place un mécanisme de plainte afin d'améliorer la résolution des traitements administratifs abusifs rencontrés par les investisseurs étrangers, accélèrent les démarches administratives et optimisent l'environnement des affaires. Grâce à une politique de soutien aux investisseurs chinois à l'étranger ainsi que des réformes du système bancaire et des entreprises publiques, la Chine est passée d'un pays importateur net de capitaux étrangers à un pays exportateur de capitaux. Étonnement, cette évolution trouve sa source dans un autre phénomène : face aux critiques occidentales sur les restrictions d'accès au marché à l'investissement étranger en Chine, celle-ci a continuellement œuvré à l'ouverture économique en se rapprochant des normes internationales. On peut relever à cet égard deux changements majeurs de politique économique : d'une part, le gouvernement chinois s'emploie à réduire la liste négative des



secteurs restreints ; d'autre part, il conclut des traités bilatéraux ou multilatéraux afin de répondre à la demande des autres pays pour une équivalence de traitement pour les investissements étrangers, comme le traité bilatéral signé avec l'Union européenne : l'accord global sur les investissements entre l'Union européenne et la Chine (CAI Chine-UE)<sup>68</sup>.

**54.** Au final, il est important de donner un éclairage en sociologie à la question des investissements étrangers, car les investisseurs chinois, comme tous les investisseurs étrangers, aspirent à être traités de manière équitable par un pays hôte. Or, deux phénomènes tendent à se télescoper en ce moment avec plus d'intensité que par le passé. En effet, si les États n'ont jamais autant tenté de favoriser et de protéger les activités de leurs investisseurs en concluant des accords bilatéraux ou multilatéraux afin de leur garantir le bénéfice du traitement national par le pays d'accueil, ils n'ont jamais procédé avec autant de minutie à un contrôle sur leur propre territoire des investissements étrangers pour protéger leur sécurité nationale. Dans la mesure où le traitement national ne profitera aucunement à une opération rejetée au titre de la sécurité nationale, ces deux objectifs sont contradictoires et doivent faire l'objet d'un arbitrage intrinsèquement politique. En effet, l'opération de fusion-acquisition ne bénéficiera de la protection issue des conventions internationales qu'une fois admise au regard des règles du contrôle national des investissements étrangers préalables. De plus, la sécurité nationale étant une notion politique, l'examen tient autant du fait politique que du fait juridique.

**55.** Dans le contexte de géopolitique où le protectionnisme et le nationalisme menacent la mondialisation, le contrôle des investissements étrangers relatif à la sécurité nationale constitue donc un enjeu majeur. Si l'intérêt collectif est de parvenir à une harmonisation et une plus grande transparence des normes réglementaires entre pays, la tendance est à l'inverse plutôt à l'augmentation des domaines contrôlés et à la multiplication des contrôles au gré des contingences politiques. À titre d'exemples, la crise en Ukraine a eu comme conséquence l'intégration du domaine de l'énergie à la sécurité nationale ; de même qu'à la suite de la crise du Covid-19, le domaine pharmaceutique fait désormais partie des domaines sensibles. C'est encore la concurrence dans l'industrie des nouvelles technologies qui implique que la production des matières premières – comme les

---

<sup>68</sup> V. *infra* n°552 et s.

puces ou batteries pour véhicules électriques – soit intégrée dans les domaines sensibles. Le juste équilibre entre ouverture aux investissements étrangers et contrôle plus strict de ces derniers semble ainsi difficile à atteindre. Quoiqu’il en soit, le principe des contrôles est acquis malgré l’évolution continuelle de leurs régimes. Il n’en demeure pas moins que le régime en matière d’investissements étrangers actuel est un chantier en cours et le chemin vers la stabilité sera long.

**56.** Finalement, il existe deux modèles de droit de l’investissement. En Chine, il existe un véritable droit de l’investissement étranger issu de la loi éponyme. En France, ce droit est éparpillé entre plusieurs codes<sup>69</sup> et plusieurs textes<sup>70</sup>. Ainsi, les deux systèmes ont une méthode différente en matière de droit des investissements étrangers.

**57.** Pour présenter les résultats de l’étude de manière pertinente, il sera nécessaire de commencer par la présentation de *l’investissement favorisé par le droit chinois (partie 1)*, afin d’appréhender un double phénomène relatif à l’investissement étranger en Chine et l’investissement chinois à l’étranger ; avant d’envisager *l’investissement encadré par les droits chinois, français, européen et international (partie 2)*, qui nous guidera dans une étude comparée en droit interne et européen portant sur les contrôles de ces investissements d’un côté, et les règles conventionnelles internationales appliquées aux contrôles de l’autre.

---

<sup>69</sup> Le Code de commerce et le Code monétaire et financier, notamment.

<sup>70</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE », préc., décret n° 2019-1590 du 31 déc. 2019 relatif aux investissements étrangers en *France*, préc., et arrêté du 27 avr. 2020 relatif aux investissements étrangers en *France*, préc.

---

# PARTIE I

## L'INVESTISSEMENT FAVORISÉ PAR LE DROIT CHINOIS

---

**58. Historique.** Pour comprendre le phénomène de l'investissement chinois à l'étranger, il faut se figurer la spécificité du modèle économique de la Chine, car ce modèle est le principal moteur de la croissance des entreprises chinoises sur le territoire national et de leur transformation en des entreprises modernes capables de se développer à l'international. Les entreprises chinoises occupent aujourd'hui le deuxième rang du classement « Fortune Global 500 ». C'est l'aboutissement d'une stratégie visant à se mesurer aux entreprises les plus compétitives du monde pour orienter et renforcer la transformation des entreprises chinoises. Une analyse des 249 entreprises participant à des opérations internationales parmi les 500 premières entreprises chinoises en 2020 montre que plus la taille de l'entreprise est importante, plus elle est capable d'opérer à l'international. En revanche, la marge bénéficiaire des entreprises chinoises participant à des opérations internationales ne s'élève qu'à 2,86 %, tandis que la marge des entreprises chinoises opérant uniquement sur le territoire national est de 6,93 % ; cela prouve que le taux de rentabilité du marché chinois est très élevé par rapport à d'autres marchés dans le monde. C'est la raison pour laquelle les investisseurs étrangers arrivent massivement sur le marché chinois. Cependant, le résultat d'exploitation de ces 249 entreprises internationales est bien supérieur à celui des entreprises chinoises locales. Par conséquent, les entreprises chinoises ont pour ambition de se moderniser. Parmi ces 249 entreprises, 161 sont des entreprises publiques détenant 12,7 % de leurs actifs à l'étranger, et 88 sont des entreprises privées détenant 9,44 % de leurs actifs à l'étranger. Les avantages compétitifs des entreprises publiques existent bien, mais leur rentabilité est inférieure à celle des entreprises privées comparables avec un taux de profit des actifs nets de 6,17 %, contre 13,79 %<sup>71</sup>. Au final, les deux modèles ont chacun leurs avantages. Les entreprises privées et publiques se

---

<sup>71</sup> Fédération chinoise de l'Industrie et du Commerce, *Analysis report on China's top 500 enterprises in 2020*, 2021, p. 111-112.

sont mondialisées dans un même mouvement et investissent conjointement les marchés internationaux grâce à une politique du développement de l'investissement.

**59.** Une seconde approche consiste en l'étude de la réforme juridique de l'investissement chinois à l'étranger. Son histoire est relativement récente par rapport à celle des nations occidentales. Des premiers projets d'investissement à l'étranger des années 1980 à la stratégie « *Go Out* » initiée par le gouvernement en 1999, les flux d'investissement chinois sortants ont connu une croissance exponentielle, passant de 2,7 milliards de dollars en 2002 à 136,9 milliards de dollars en 2019, soit une part mondiale de 10,4 %. Plus particulièrement dans ses relations avec l'Europe, les flux d'investissement chinois vers cette région du monde, ont augmenté de 59,6 % en 2019 par rapport à 2018. Il faut dire que les entreprises européennes disposent de la technologie dont les entreprises chinoises ont besoin, et l'accès au marché de consommation intégré de l'UE constitue la principale raison d'investir en Europe.

**60.** En parallèle, un nouveau système public des enregistrements a été adopté en 2014 pour le contrôle des investissements chinois à l'étranger. La liste établit tout d'abord le périmètre des secteurs interdits à l'investissement chinois à l'étranger, puis soumet les investissements dans certains pays, régions ou industries sensibles à une approbation des autorités, enfin les autres sont soumis à une procédure d'enregistrement. Le système de déclaration des investissements à l'étranger est institué en 2019, il permet au gouvernement d'obtenir directement le statut et les informations sur les investissements chinois à l'étranger grâce aux rapports mensuels que doivent lui transmettre les investisseurs. C'est également ainsi que le gouvernement chinois obtient des informations sur les entreprises investissant à l'étranger, afin de formuler de nouvelles politiques pour répondre aux changements dans l'environnement d'investissement international.

**61.** L'ouverture de la Chine aux investisseurs étrangers a fait d'elle l'« usine du monde » tandis que les dernières années ont vu les entreprises chinoises investir massivement à l'étranger. Derrière ces évolutions, il demeure une donnée constante, celle de l'emprise du politique sur le juridique qui s'explique par le dirigisme chinois. La compréhension des règles juridiques suppose ainsi nécessairement l'appréhension de l'environnement politique chinois quant à l'investissement étranger. En conséquence, il

convient d'envisager le cadre politique du développement de l'investissement (**titre I**), puis le cadre juridique du développement de l'investissement (**titre II**).



# TITRE I

## LE CADRE POLITIQUE DU DÉVELOPPEMENT DE L'INVESTISSEMENT

---

**62. Les objectifs de la politique chinoise en matière d'investissement.-** L'essor d'une industrie en Chine et ses perspectives de développement sont largement tributaires des orientations politiques du gouvernement. Dans le cadre de leurs choix stratégiques de développement, les entreprises publiques comme privées se doivent d'œuvrer dans le sens des lignes directrices établies par l'État. Les objectifs actuels de la politique chinoise sont les suivants : extension verticale de la chaîne de valeur mondiale ; promotion de l'innovation technologique et de l'investissement recherche-développement (R&D) ; renforcement de la position de la Chine dans les chaînes de valeur mondiale. Se développe également une politique de valorisation des marques chinoises grâce à la technologie, la gestion et un marketing plus évolué dans la fabrication de produits conçus à l'étranger, vers la conception et le développement de marques originales. Les objectifs de la politique chinoise sont également tournés vers la fabrication de composants, ainsi que le développement et la fabrication de machines entières. En somme, la Chine se positionne désormais en passant de la mondialisation manufacturière à la mondialisation multiservice<sup>72</sup>. Ces évolutions sont le fruit d'une progression du modèle économique.

**63. Un modèle économique modifié.-** En effet, l'ancien modèle économique de la Chine était basé sur la croissance des investissements internes, plus particulièrement concernant les activités industrielles et la construction d'infrastructures urbaines. La croissance économique de la Chine en ce début de XXIe siècle se fonde essentiellement sur un modèle d'investissement intensif, fortement consommateur d'énergie et de métaux. Entre 2000 et 2011, la Chine contribue largement à l'accroissement de la demande mondiale de ces matières premières. Avec la crise financière (2008-2009), cette demande connaît un repli généralisé, sauf en Chine. Alors que la communauté internationale a pris conscience des actions nécessaires pour atténuer les changements climatiques induits par

---

<sup>72</sup> R. Garnaut, F. Cai, L. G. Song et L. Johnston, « Domestic Transformation in the Global Context », in *China's domestic transformation in a global context*, préc., spéc. p. 288.

l'homme, en 2010, la Chine s'est engagée auprès de la communauté internationale à réduire ses émissions de gaz à effet de serre dans le cadre de ses activités économiques. C'est ainsi que la politique officielle s'est orientée vers la réduction de la dépendance énergétique et la promotion des énergies de remplacement à faibles émissions de carbone. À partir de 2012, la Chine a adopté un nouveau modèle de croissance économique, qui encourage la croissance de la consommation et la baisse de l'investissement interne de la Chine<sup>73</sup>.

**64. Le nouveau modèle économique.-** Avec l'apparition d'une surcapacité de production et une baisse de la rentabilité en Chine, les opportunités d'investissement interne sont de moins en moins intéressantes. En conséquence, les sorties de capitaux se sont accélérées, et les investissements chinois à l'étranger ont franchi de nouveaux paliers. Le modèle économique chinois change à partir de 2012, une année pivot qui nous amène à distinguer ce que nous appellerons l'ancien modèle, et le nouveau modèle de croissance. Ce changement de modèle était non seulement essentiel pour maintenir la croissance de l'économie chinoise, mais aussi un moteur de la réforme des entreprises publiques (**chapitre 1**) et de la réforme du système bancaire (**chapitre 2**).

---

<sup>73</sup> R. Garnaut, F. Cai, L. G. Song et L. Johnston, « Domestic Transformation in the Global Context », in *China's domestic transformation in a global context*, préc., spéc. p. 300.



# CHAPITRE 1 : LE DÉVELOPPEMENT DES INVESTISSEMENTS CHINOIS PERMIS PAR LA RÉFORME DES ENTREPRISES PUBLIQUES

---

**65. Le rôle des entreprises publiques<sup>74</sup> dans les investissements.-** Les entreprises publiques chinoises jouent un rôle central dans le développement économique du pays. Elles contribuent à l'économie nationale par leurs activités de production, mais jouent également un rôle social en assurant des emplois, des services sociaux, d'éducation, de santé, de retraite<sup>75</sup>. À la naissance de la République populaire de Chine en 1949, le pays était pratiquement un désert économique, sans entreprises privées, dans lequel toute activité relevait du monopole de l'État alors que les structures étatiques pour reconstruire l'économie sociale chinoise étaient absentes. Dans ce contexte, les entreprises publiques constituaient le vecteur de la volonté des dirigeants politiques de développer l'économie et la société. Après la réforme et l'ouverture de 1978, l'économie chinoise a connu de profondes évolutions. Celles-ci furent avant tout le fruit des investissements étrangers qui permirent l'importation de capitaux et de méthodes de gestion modernes, rendant possible un véritable essor de l'économie nationale chinoise.

**66. La cause de la réforme des entreprises publiques.-** Avec le temps, l'économie chinoise introduisit un système de concurrence, avec des prix de plus en plus déterminés par le marché et non par le gouvernement. Ceci entraîna une baisse des profits des entreprises publiques, et par conséquent de nombreuses faillites au cours de la première moitié des années 1990. Les entreprises industrielles publiques chinoises ont cessé de transférer leurs bénéfices au gouvernement, drainant au contraire des ressources

---

<sup>74</sup> Dans cette étude, on tiendra pour synonymes les expressions « entreprise publique chinois » et « entreprise d'État ».

<sup>75</sup> « Les entreprises d'État ne sont pas seulement des unités de production ou de commercialisation, mais aussi des communautés sociales de salariés et de leurs proches. Chaque entreprise d'État doit non seulement prendre en charge la protection sociale de ses personnels, mais aussi créer des structures annexes pour offrir du travail et la même protection sociale aux enfants et aux conjoints de ces derniers ; c'était aussi à l'entreprise de payer les pensions des anciens salariés à la retraite. À la veille du lancement des réformes, la vie de la quasi-totalité de la population urbaine dépendait ou indirectement du secteur public ». V. J. Wu, *Le contrôle des concentrations en Chine, Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence, Étude comparée des droits chinois, européen et américain*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, P. 87

budgétaires ou quasi budgétaires atteignant 5 % du PIB<sup>76</sup>. Le gouvernement prit conscience de la nécessité de réformer les entreprises publiques pour les rendre compétitives avec le secteur privé, ainsi qu'avec les nouveaux arrivants étrangers. Les entreprises publiques chinoises entamèrent ainsi des réformes progressives à long terme.

**67. Problématique.-** Même si le droit européen de contrôle des concentrations et de contrôle des subventions ne repose pas directement sur la notion d'entreprise publique, sa délimitation est dans les faits particulièrement utile. Dans l'absolu et selon la culture économique et juridique de chaque pays, plusieurs critères, alternatifs ou cumulatifs, peuvent être retenus. Le premier est celui du capital : serait une entreprise publique, toute entreprise dans laquelle l'État détient un certain pourcentage de capital. Le deuxième est celui du contrôle : serait une entreprise publique, celle dans laquelle l'État dispose du contrôle de l'actionnariat ; ce critère se distingue du précédent en ce qu'un actionnaire peut disposer du contrôle de l'actionnariat même s'il dispose de moins de la moitié du capital. Le troisième est celui de la gestion de l'entreprise : serait une entreprise publique, celle dont la décision n'est pas autonome de l'État ; ce critère se distingue du précédent en ce que l'État, même s'il a le contrôle du capital ou de l'actionnariat, ne prend pas les décisions de l'entreprise. Avant la réforme des entreprises publiques, ces dernières étaient appréhendées comme une émanation de l'État, avec une confusion totale entre l'État et l'entreprise en tant qu'entités et entre le patrimoine public et le capital de l'entreprise. Avec la réforme des entreprises publiques – réforme qui s'est faite en plusieurs temps, le gouvernement adopte un principe de « séparation de l'État et de l'entreprise, de l'État et du capital »<sup>77</sup>. De ce fait, la direction des entreprises publiques acquiert une autonomie par rapport à l'État. D'ailleurs, la finalité de cette réforme est d'aboutir à une gestion autonome des entreprises, y compris celles dont le capital est détenu par l'État, afin de se conformer à des exigences internationales.

**68.** S'il n'y a plus de gestion directe des entreprises publiques par l'État, il n'en demeure pas moins que ce dernier doit exercer les prérogatives qui découlent de sa qualité d'actionnaire. Un organe de gestion a été créé en 2003 : la Commission chinoise

---

<sup>76</sup> G. Fan et N. C. Hope « The Role of State-Owned Enterprises in the Chinese Economy », in *US-China Economic Relations in the next ten years*, US-China Economic Relations, 2022, p.4.

<sup>77</sup> Plurieurs avis, 25 oct. 2015, sur la réforme et l'amélioration du système de gestion des actifs appartenant à l'État.

d'Administration et de Supervision des Actifs d'État<sup>78</sup> (ci-après : SASAC). Le droit actuel est donc le fruit d'une évolution de la notion d'entreprise publique qu'il convient de retracer. Deux périodes se distinguent. De prime abord, il s'agit de les différencier au regard de l'évolution du droit des sociétés qui a abouti à une modification de l'entreprise publique. Pour autant, le moment de rupture tient davantage à l'apparition de la SASAC comme moyen de superviser les entreprises publiques. Dès lors, à une définition de l'entreprise publique indifférente à son mode de gestion avant 2003 (**section 1**) succède une définition de l'entreprise publique reposant sur son mode de supervision depuis 2003 (**section 2**).

## SECTION 1 : UN DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE INDIFFÉRENTE À SON MODE DE GESTION AVANT 2003

**69. Le principe de la réforme.-** Les entreprises publiques ont également entamé leur propre réforme en 1978 dans le cadre de la réforme et de l'ouverture. Avant 1978, les entreprises publiques n'avaient pas d'autonomie opérationnelle ; elles ressemblaient davantage à un service public qu'à une entreprise. Le gouvernement mit alors en place une gestion unifiée qui l'amena à assumer directement la responsabilité des pertes des entreprises publiques. Au cours des années suivantes, le gouvernement proposa donc des réformes aux entreprises publiques, tendant à étendre leurs droits de gestion et à développer les capacités d'autofinancement. À la suite de la tournée du sud de Deng Xiaoping en 1992, le gouvernement central a proposé d'établir un système économique de marché à caractère socialiste, prévoyant une période de 10 années (1993-2003) pour transformer les entreprises publiques en entreprises modernes. Les principes directeurs incluent certains adages tels que celui qui se traduirait par « saisissez grand et lâchez petit » (*Zhuada Fangxiao 抓大放小*), lesquels consistent à fermer des entreprises publiques en difficulté, restructurer certaines petites et moyennes entreprises publiques non compétitives, en se concentrant sur les entreprises publiques compétitives à grande échelle,

---

<sup>78</sup> Les deux sphères d'action de la SASAC sont : (1) au niveau national, en tant que représentant des investisseurs, il met en œuvre les méthodes et les moyens de promouvoir la réforme et le développement des entreprises publiques qui tranchent avec ceux promus par le gouvernement dans le passé, qui visaient à renforcer l'activité principale, optimiser la gestion, ou encore réduire les coûts ; (2) au niveau régional, les antennes régionales de la SASAC ont systématiquement étudié les questions relatives à la surveillance des actifs publics et à la réforme et au développement des entreprises publiques, et adopté des mesures plus directes et plus efficaces pour empêcher la perte d'actifs publics pendant la restructuration et le transfert des entreprises publiques.

qui deviennent une priorité nationale. Afin de mieux cerner les origines de la réforme, posons d'abord le critère de définition de l'entreprise publique (§1), avant d'examiner les modes de direction de l'entreprise publique (§2).

## §1. LE CRITÈRE DE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE

**70. Une proposition de définition de l'entreprise publique chinoise.-** La notion d'entreprise publique chinoise n'était clairement définie ni en doctrine ni dans la loi. En revanche, un florilège de lois et de règlements offrait et offre leurs propres définitions de l'entreprise publique. L'article 7 de la *Constitution de la République populaire de Chine* indique : « L'économie publique, à savoir, l'économie socialiste détenue par le peuple tout entier, est la principale force de l'économie nationale. L'État assure la consolidation et la croissance de l'économie publique. Les entreprises publiques sont la clé de voûte de l'économie publique »<sup>79</sup>. Les *Dispositions sur la classification économique en statistiques*<sup>80</sup> établissent que l'économie publique désigne la composante de l'économie dont les actifs sont la propriété de l'État ou des citoyens collectivement. L'article 3 des *Dispositions sur le type de catégorie d'enregistrement des entreprises*<sup>81</sup> indique que « les entreprises publiques se réfèrent à tous les actifs sociaux appartenant à l'État, et constituent des organisations économiques non corporatives, enregistrées selon les « règlements administratifs de la République populaire de Chine régissant l'enregistrement des sociétés juridiques », à l'exclusion des sociétés publiques détenues à 100% par l'État sous forme de société à responsabilité limitée (SARL) ». Dans les dispositions portant sur les catégories d'entreprises publiques, trois critères cumulatifs sont pris en compte : c'est une entreprise non corporative<sup>82</sup>, qui échappe au droit des sociétés, et surtout l'ensemble de ses actifs est la propriété de l'État.

---

<sup>79</sup> Les actifs appartenant à l'État chinois sont divisés en trois catégories : la production, l'administration et les ressources. Les entreprises publiques forment l'essentiel de la première catégorie.

<sup>80</sup> Dispositions, 27 mars 2008, sur la classification économique en statistiques, art. 4-6.

<sup>81</sup> Dispositions, 1<sup>er</sup> nov. 2011, sur le type de catégorie d'enregistrement des entreprises, art. 3.

<sup>82</sup> L'une des grandes différences entre l'entreprise classique et l'entreprise non-corporative tient au capital social. Le droit des sociétés chinois a été réformé en 2018, avec deux évolutions majeures. La première évolution est l'institution d'un système de libération partielle du capital. Ce nouveau système d'enregistrement prévoit la libération intégrale du capital social dans les deux années suivant la création de la société (cinq ans pour une société d'investissement). Les promoteurs doivent indiquer dans les statuts le montant, la méthode, le délai, etc. de l'apport en capital convenu. La seconde évolution majeure est la suppression du capital social minimum. Auparavant, le capital social minimum était de 30 000 yuans pour les sociétés à responsabilité limitée (SARL), 100 000 yuans pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité

**71. L'effet du nouveau système centralisé sur la réforme.-** En 2003, le gouvernement a publié de nouveaux règlements portant sur les entreprises publiques. Lors de cette année charnière pour la réforme des entreprises publiques, le gouvernement chinois adopte un système centralisé. Plus précisément, la SASAC est instituée par le Conseil des affaires de l'État de la République populaire de Chine<sup>83</sup> (ci-après : le Conseil des affaires de l'État). Un avis<sup>84</sup> définit la notion d'entreprise contrôlée par l'État. Il s'agit ici d'un contrôle absolu, signifiant que la part du capital de l'État dans l'ensemble du capital de l'entreprise est supérieure à 50 %. Il est aussi indiqué que les grandes et moyennes entreprises publiques seront soumises aux mêmes exigences que les autres entreprises.

**72. Les deux critères d'identification de l'entreprise publique.-** Cette même année, un *Avis du ministère des Finances sur la définition de l'entreprise publique*<sup>85</sup> (ci-après : avis du ministère des Finances) propose d'identifier les entreprises publiques sur le fondement des deux critères suivants : (1) les entreprises publiques et les sociétés publiques<sup>86</sup> doivent refléter les droits et intérêts de l'État, du point de vue du contrôle de l'entreprise; (2) il est également nécessaire que l'État contrôle la société, du point de vue de la formation du capital de l'entreprise, c'est-à-dire qu'il doit détenir plus de 50 % des actions de la société. Par exception, les entreprises où l'État ne dispose que d'un contrôle relatif (c'est-à-dire moins de 50 % des actions) peuvent parfois être qualifiées d'entreprises publiques. Cependant, dans ce cas, il faut demander directement l'avis du ministère des Finances pour en être certain.

**73. Les catégories d'entreprises publiques.-** Selon un *Avis du Bureau national des statistiques de Chine sur la détermination des entreprises publiques* (ci-après : avis du

---

limitée (EURL) et 5 millions de yuans pour les sociétés par actions. Le minimum de capital social pour l'entreprise non-corporative reste inchangé à 30,000 yuans (environ 3927 d'euros). V. Editorial Board of Corporate Law of the Peoples Republic of China, *The Company Law of the People's Republic of China: Practical Problems*, 2012.

<sup>83</sup> Le Conseil des affaires de l'État représente le Gouvernement chinois. Il comprend notamment le Premier ministre et les ministres.

<sup>84</sup> Avis, 15 juill. 2003, concernant des éclaircissements supplémentaires sur les questions liées à la réforme de la séparation des industries principales et auxiliaires des grandes et moyennes entreprises publiques.

<sup>85</sup> Ministère des Finances, Avis, 23 avr. 2003, *sur la définition de l'entreprise publique*.

<sup>86</sup> Parmi les entreprises publiques, il est possible de trouver par exemple toutes sortes d'entreprises soumises à l'ajustement exigé par le droit des entreprises : une société publique, une société à responsabilité limitée financée par un certain nombre d'entités publiques ou une société par actions enregistrée après la publication requise par le droit des sociétés.

Bureau national des statistiques)<sup>87</sup>, l'entreprise publique se conçoit au sens large ou au sens étroit. Les entreprises publiques au sens large se réfèrent aux entreprises à capitaux publics, qui peuvent être divisées en trois catégories :

- (1). Les entreprises publiques pures, détenues à 100 % par l'État, qui peuvent prendre trois formes : l'entreprise publique, la société publique, et enfin la joint-venture d'État (state-owned joint-venture).
- (2). Les entreprises contrôlées par l'État. Il en existe deux formes :
  - Les entreprises sous contrôle absolu de l'État : ce sont des entreprises dont plus de 50 % des capitaux sont détenus par l'État.
  - Les entreprises sous contrôle relatif de l'État : ce sont les entreprises dont la participation de l'État est inférieure à 50 % du capital, mais néanmoins supérieure à celles des autres parties ; ou bien celles pour lesquelles la participation n'est pas supérieure aux autres parties, mais l'État exerce un contrôle réel<sup>88</sup>.
- (3). Les entreprises dans lesquelles l'État détient une participation mais pas le contrôle.

**74.** Les entreprises publiques au sens strict appartiennent à la première catégorie. Les catégories (2) et (3) regroupent les entreprises publiques au sens large.

**75. Une évolution dans la définition.-** Au fil du temps, la définition d'entreprise publique s'élargit. De 1998 à 2003, les formes d'organisation des entreprises chinoises se font plus varier pour s'adapter aux évolutions du marché. La société publique était exclue des dispositions de 1998, mais en revanche figure clairement dans l'avis du ministère des Finances. L'avis du ministère des Finances et celui du Bureau national des statistiques se recoupent concernant la définition d'entreprise publique, qui désigne donc

---

<sup>87</sup> Bureau national des statistiques de Chine, Avis, 18 avr. 2003, *sur la détermination des entreprises publiques*.

<sup>88</sup> La loi et la jurisprudence françaises prennent en considération le pouvoir réel au sein des assemblées d'actionnaires. V. Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-13.721, *JCP G* 2013, 563, note S. Schiller; *adde.* P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 8<sup>e</sup> éd., Montchrestien, p. 1022.

la société publique, ainsi que l'entreprise sous contrôle absolu de l'État (plus de 50 % des actions). En revanche, concernant l'entreprise sous contrôle relatif de l'État (moins de 50 % des actions), ils ne sont pas arrivés à une position commune, le ministère des Finances n'ayant pas rendu un avis définitif. Ainsi, en pratique, l'entreprise sous contrôle relatif n'est pas considérée comme une entreprise publique. Or, selon l'avis du Bureau national des statistiques, l'entreprise sous contrôle relatif est considérée comme une entreprise publique dans deux cas : (1) lorsque l'État contrôle une plus grande part du capital que toute autre partie, même si cette participation est inférieure à 50 %, ou (2) lorsque l'État exerce un contrôle réel.

76. L'avis du Bureau national des statistiques est plus détaillé et complet que celui du ministère des Finances. La société d'actionariat public est également considérée comme une entreprise publique dans cet avis. Cependant, les ministères de tutelle n'ont pas formulé d'opinion sur ce point. Dans cette étude, les entreprises publiques sont définies au sens large, c'est-à-dire qu'elles comprennent : les entreprises publiques détenues à 100 % par l'État, les entreprises publiques sous contrôle absolu de l'État (plus de 50 % d'actions) ou bien sous contrôle relatif (l'État détient moins de 50 % des actions mais exerce un contrôle réel).

## §2. LES MODES DE DIRECTION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE

77. **Les deux éléments essentiels de la direction.-** Le statut particulier des entreprises publiques dans l'ensemble de l'économie nationale reflète son importance. Le dirigeant d'entreprise publique s'est progressivement professionnalisé, passant du statut de fonctionnaire à celui de cadre dirigeant. En outre, la supervision des actifs publics au nom du gouvernement, qui a longtemps relevé de plusieurs organismes de régulation différents, évolue vers un modèle de régulation concentré. Afin de mieux comprendre les mécanismes et les modèles de fonctionnement, ainsi que les organismes de régulation des entreprises publiques, seront successivement étudiés le dirigeant d'entreprise publique (**A**), et le système de gestion des actifs appartenant à l'État (**B**).

## A) LE DIRIGEANT D'ENTREPRISE PUBLIQUE

**78. Les niveaux du système de délégation.-** Les entreprises publiques entretiennent naturellement des liens étroits avec le gouvernement et la sphère politique. Cependant, cela ne signifie pas qu'elles agissent toujours dans l'intérêt du pays et/ou au service des objectifs politiques de l'État. En raison des distorsions induites par la problématique complexe de la délégation et de la représentation, les entreprises publiques sont davantage susceptibles de poursuivre leurs propres intérêts que ceux de leurs actionnaires publics. Dans cette mesure, il est nécessaire de bien appréhender les enjeux de la délégation et de la représentation des entreprises publiques. Le système de délégation et de représentation dans l'entreprise publique comporte trois niveaux : au sommet, l'État ou l'ensemble des citoyens ; en position intermédiaire, les superviseurs ou les régulateurs, qui exercent leur rôle d'actionnaire public ; enfin, le dirigeant de l'entreprise publique<sup>89</sup>.

**79. L'évolution du système de la direction des entreprises publiques.-** L'entreprise publique chinoise appartient à l'ensemble des citoyens chinois, ainsi que le prescrivent tous les règlements. Cependant, l'entreprise publique n'est pas directement gérée par les citoyens, c'est aux dirigeants qu'incombe cette tâche. Le système de direction des entreprises publiques connaît plusieurs évolutions :

- (1). Dans les années 1950, la Chine met en œuvre un système de gestion économique planifié et hautement centralisé : les entreprises publiques n'ont aucun pouvoir de décision en matière de production ni de contrôle financier, de fixation des prix, de vente ou de distribution. L'entreprise est entièrement inféodée au gouvernement, la nomination et le contrôle des dirigeants d'entreprise publique se faisant de manière tout à fait analogue à celles des cadres fonctionnaires du Parti communiste et du gouvernement.
- (2). Avec les réformes et l'ouverture en 1978, l'évaluation des entreprises publiques par l'État a davantage porté sur la rentabilité et les bénéfices. En ce qui concerne la

---

<sup>89</sup> R. Garnaut, F. Cai, L. G. Song et L. Johnston, « Domestic Transformation in the Global Context », *in China's domestic transformation in a global context*, préc., spéc. p.305-306.



sélection des dirigeants, les méthodes du droit de regard des cadres fonctionnaires du Parti et du gouvernement ont encore été essentiellement appliquées.

- (3). En 1988, le Conseil des affaires de l'État a mis en place l'Administration des biens appartenant à l'État. Les institutions de gestion des actifs publics se sont progressivement établies et renforcées conformément au principe de direction unifiée et de contrôle hiérarchique<sup>90</sup>.
  
- (4). Une décision de 1993<sup>91</sup> fixe les lignes directrices de la réforme de l'entreprise publique. Premièrement, les titulaires de droits de propriété sont définis et les actifs appartenant à l'État dans l'entreprise publique précisés. Deuxièmement, l'entreprise est responsable de ses propres profits et pertes, paie des impôts et assume la responsabilité de la préservation de la valeur et de l'appréciation des actifs. Troisièmement, le bailleur de fonds jouit des droits et des intérêts du propriétaire en fonction du capital investi dans l'entreprise. Quatrièmement, l'entreprise organise la production en fonction de la demande du marché. Le gouvernement n'intervient pas directement dans les activités de production et d'exploitation des entreprises. Le concept de séparation institutionnelle entre le gouvernement et le capital des entreprises publiques est proposé pour la première fois, et vient s'ajouter à celui de la séparation entre le gouvernement et le contrôle opérationnel des entreprises publiques<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> V. l'article 7, de la Circulaire du Conseil des affaires de l'État, 02 juill. 1990, *sur le renforcement de la gestion des actifs appartenant à l'État*. Cette circulaire n'est plus d'actualité ; Interprétation, 27 févr. 2007, *des mesures provisoires relatives à l'administration des savoirs des unités administratives appartenant à l'État*.

<sup>91</sup> Décision du Comité central du Parti communiste chinois, 14 nov. 1993, *sur plusieurs questions relatives à l'établissement d'un système économique du marché socialiste*. Par cette décision, le gouvernement chinois prononce également des mesures concernant la transformation des mécanismes de fonctionnement des entreprises publiques et la mise en place d'une gouvernance d'entreprise moderne. Elle indique que pour les grandes et moyennes entreprises publiques remplissant les conditions requises, une entité d'investissement unique peut être réorganisée en une entreprise individuelle conformément à la loi, et que plusieurs entités d'investissement peuvent être restructurées en société à responsabilité limitée ou en société anonyme. Les transformations en société cotée en bourse ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent faire l'objet d'un examen et d'une approbation rigoureuse. Les entreprises militaires et les entreprises qui produisent certains biens ou services spéciaux doivent appartenir entièrement à l'État, ainsi que les entreprises dans les industries principales et les industries de base. L'État doit s'efforcer de racheter les participations non publiques pour accroître le rôle prépondérant de l'économie publique.

<sup>92</sup> À partir de 1993, Shenzhen, Shanghai et d'autres villes ont commencé à mettre en œuvre la réforme du système de gestion des actifs publics. Le gouvernement a souligné qu'il ne fallait pas modifier le système de responsabilité des dirigeants pour les entreprises publiques qui se transforment en sociétés telles que des SARL ou des SA. Il est nécessaire de mettre en place une organisation interne en conformité avec le droit des sociétés. Les représentants du Parti dans les entreprises doivent jouer un rôle politique central et assurer la supervision de la mise en œuvre de la politique du Parti et de l'État.

- (5). En 1998, une décision<sup>93</sup> détaille le programme des réformes et du développement<sup>94</sup>, par exemple, la mise en œuvre d'une réforme de la nomination des dirigeants. En effet, les dirigeants des entreprises publiques sont liés au Parti communiste ; de même, les entreprises publiques et le gouvernement sont factuellement liés, alors que la décision exige de ne plus prendre en compte le rang au sein du Parti dans le cadre des nominations de dirigeants d'entreprises publiques. D'ailleurs, dans le sens de cette décision, on constate qu'avec la réforme des entreprises publiques, ces dernières se concentrent de plus en plus sur les profits. La sélection en amont des dirigeants ainsi que le droit de regard lorsqu'ils sont en poste jouent un rôle primordial dans leur performance. Le gouvernement est également conscient de la nécessité d'établir un mécanisme de sélection et de recrutement des dirigeants pour les entreprises publiques.
  
- (6). En 2000, un schéma<sup>95</sup> note qu'il faudrait combiner un bilan organisationnel, l'introduction de mécanismes de marché et l'ouverture du recrutement au public dans la réforme des entreprises publiques. Ce schéma préconise la mise en place d'un système de mandat de représentation des actionnaires et d'un système de nomination des dirigeants d'entreprise<sup>96</sup>. Par ces moyens, le gouvernement entend moderniser le système de direction de ces entreprises en supprimant notamment la hiérarchie de direction préexistante. Un avis<sup>97</sup> précise également des éléments de la réforme concernant l'organisation des entreprises publiques. Tout d'abord, il confirme que les dirigeants ne bénéficieront plus du statut de fonctionnaires.

---

<sup>93</sup> Décision du Comité central du Parti communiste chinois, 22 sept. 1999, *sur les principales questions concernant la réforme et le développement des entreprises publiques*. Aux termes de cette décision, les industries et les secteurs que l'économie d'État doit contrôler comprennent principalement : (1) les industries impliquant la sécurité nationale ; (2) les industries qui sont des monopoles naturels ; (3) les industries qui fournissent des biens et services publics d'importance vitale et les entreprises-clés au sein des industries principales, et enfin (4) les industries de haute technologie.

<sup>94</sup> Lors de la réforme institutionnelle du Conseil des affaires de l'État, l'Administration des biens appartenant à l'État a été retirée au ministère des Finances.

<sup>95</sup> Schéma, juin. 2000, de l'approfondissement du système de réforme du personnel d'encadrement.

<sup>96</sup> Plus précisément, les institutions de placement agréées et représentant des actionnaires des entreprises affiliées sont situés à tous les niveaux du gouvernement, nommés par lui et les institutions d'investissement. Le directeur est nommé par le conseil d'administration. Les autres propositions incluent également la réalisation d'une évaluation annuelle et sur la durée pour les dirigeants des entreprises publiques ; en fonction du résultat de cette double évaluation (annuelle et sur un plus long terme), l'entreprise peut fixer le salaire annuel des dirigeants ainsi notamment que les dividendes des actionnaires ; la formulation de plans de formation pour les dirigeants d'entreprise publique ; le renforcement de la réforme du système de gestion du personnel dans les entreprises publiques.

<sup>97</sup> Avis de la Commission d'État sur l'économie et les échanges, 13 mars. 2001, sur l'approfondissement de la réforme de la gestion du personnel, du travail et du système de distribution dans les entreprises publiques.

Ensuite les dirigeants devront concourir pour les postes : à l'exception du directeur général qui sera nommé et/ou révoqué par le gouvernement, tous les cadres doivent être recrutés sur concours externe, donc ouvert au public.

- (7). En 2002, la création d'un nouveau système de gestion d'actifs publics confiés à une institution sous l'autorité du gouvernement central ou d'une administration locale pour exercer les fonctions d'investisseur public est annoncée. Le résultat de cette déclaration est la création de la SASAC, qui représente le Conseil des affaires de l'État, agit comme bailleur de fonds de l'ensemble de ces entreprises<sup>98</sup>. Le périmètre de supervision de la SASAC est limité aux entreprises centrales<sup>99</sup>, à l'exclusion des entreprises centrales financières.
  
- (8). En 2003, une décision a procédé à la mise en place d'un système de supervision des actifs publics, et à l'amélioration structurelle de la gouvernance dans l'entreprise publique<sup>100</sup>. Les organisations du Parti communiste dans les entreprises doivent s'adapter aux exigences de la structure de gouvernance d'entreprise, assister l'assemblée générale, le conseil d'administration, le conseil de surveillance et la direction dans l'exercice de leurs pouvoirs.

**80. Le double rôle de dirigeant et fonctionnaire.-** La création de la SASAC<sup>101</sup> en 2003 peut être considérée comme le point de départ du nouveau système de gestion des

---

<sup>98</sup> Mesures, 7 janv. 2011, pour la surveillance et l'administration des actifs publics étrangers des entreprises centrales, art. 1<sup>er</sup> ; Mesures, 7 janv. 2017, de contrôle et d'administration des investissements des entreprises centrales, art.2.

<sup>99</sup> Les entreprises centrales se divisent en trois niveaux : (1) celles supervisées par la SASAC ainsi que les entreprises fournissant des biens ou services publics ; (2) les grandes banques qui sont placées sous la tutelle exclusive soit du ministère des Finances, soit de la société centrale Hui Jin ; (3) celles gérées par d'autres départements du Conseil des affaires de l'État. Au 27 juin 2023, on comptait 98 entreprises centrales.

<sup>100</sup> Décision du Comité central du Parti communiste chinois, 14 oct. 2003, *sur plusieurs questions relatives à l'amélioration d'un système économique du marché socialiste*. Il s'agit de réglementer les droits et les responsabilités de l'assemblée générale des actionnaires de la société, du conseil d'administration, du conseil de surveillance et de direction ainsi que d'améliorer le système de recrutement et le droit de regard des dirigeants d'entreprise. L'assemblée générale des actionnaires élit les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, et le conseil d'administration nomme le directeur général.

<sup>101</sup> Les principales responsabilités de la SASAC sont les suivantes : faire un guide de la réforme et de la restructuration des entreprises publiques ; déterminer les membres du conseil de surveillance de certaines grandes entreprises pour le compte de l'État ; récompenser ou sanctionner en fonction des performances commerciales ; contrôler la préservation et l'appréciation des actifs publics au moyen de statistiques et d'audits ; formuler des lois, des règlements administratifs et des règles pour la gestion des actifs publics. Avant l'établissement de la SASAC, la nomination et le licenciement des dirigeants d'entreprises centrales étaient principalement gérés par l'intermédiaire du Département de l'organisation centrale et du Comité de travail des entreprises centrales. Il y avait 196 entreprises centrales en 2003, et parmi elles, 53 étaient considérées comme particulièrement importantes. Avant la création de la SASAC, les postes de direction de

entreprises publiques. Cependant, à en juger par le processus de réforme de ce système, la direction des entreprises publiques a appliqué les méthodes des cadres du Parti et du gouvernement. Le gouvernement chinois s'est toujours comporté à l'égard du dirigeant d'entreprise publique comme il aurait fait d'un fonctionnaire du gouvernement. Bien que le statut administratif des cadres d'entreprise ait été aboli à ce jour, celui des entreprises publiques n'a pas fondamentalement changé : dans une certaine mesure, les dirigeants d'entreprises publiques sont considérés comme des fonctionnaires (*Guan yuan* 官员). Dans la pratique, le contrôle des dirigeants d'entreprise publique est également fonction de leur rang au sein du Parti, et les salaires sont alignés sur un barème commun. Pour cette raison, le gouvernement chinois attache depuis longtemps une grande importance aux réformes menées par les dirigeants des entreprises publiques : dans la mesure où ces derniers sont, pour certains, de fait des fonctionnaires, la prise de décision dans l'entreprise peut être considérée comme celle du gouvernement, même en l'absence de consignes directes. De cette manière, les entreprises publiques peuvent se prévaloir du soutien de l'État, ce qui pose un problème de concurrence déloyale. Il est également défavorable au développement à long terme des entreprises publiques elles-mêmes.

**81. Le lien entre la nomination des dirigeants et la gestion des actifs publics.-** Pour l'ensemble des raisons mentionnées ci-dessus, certaines grandes entreprises publiques multinationales ont commencé à recruter des cadres supérieurs à l'échelle mondiale, ce qui constitue un vecteur efficace d'innovation aussi bien dans la gestion des actifs publics que dans les méthodes de management. Cette étape est essentielle dans la réforme du système de nomination des dirigeants des entreprises publiques. C'est également un grand pas en avant dans la mise en œuvre progressive de la dépolitisation de la sélection des talents. La méthode de nomination des dirigeants se répercute nécessairement sur la gestion des actifs publics.

---

ces 53 entreprises publiques étaient pourvus par le gouvernement central au nom du Comité du parti, par l'intermédiaire du Département de l'organisation centrale, après consultation du Comité de travail de l'entreprise centrale, ainsi que des comités de Parti provinciaux et municipaux pour les nominations en province. Après la création de la SASAC, les responsables nationaux de ces 53 entreprises sont toujours nommés par le Département de l'organisation centrale, mais le reste des équipes dirigeantes est recruté et géré par la SASAC.

## B) LE SYSTÈME DE GESTION DES ACTIFS APPARTENANT À L'ÉTAT

**82. Les pouvoirs réglementaires.-** Depuis le lancement des réformes et l'ouverture en 1978, le système de gestion des entreprises publiques a fait l'objet de profondes réformes. Avant 2003, le pouvoir réglementaire sur les entreprises publiques était réparti entre plusieurs ministères. Un aspect important de la réforme des entreprises publiques a consisté à regrouper ces pouvoirs. Des organismes de régulation ont été créés pour servir d'interface entre les actionnaires et les dirigeants d'entreprises publiques. Ils jouent un rôle à la fois économique et politique. En modifiant la structure réglementaire, le gouvernement peut influencer sur les régulateurs en motivant et guidant leur comportement. À leur tour, les régulateurs peuvent influencer le comportement des entreprises publiques. Le système de gestion des actifs appartenant à l'État comporte deux aspects : les fonctions réglementaires (1), et l'élaboration du système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État (2).

### 1). Les fonctions réglementaires

**83. Les autorités réglementaires.-** Entre 1978 et 2003, la réglementation des entreprises publiques a donné naissance à cinq organismes distincts : (i) la Commission pour l'économie et le commerce, qui prépare la réforme et la restructuration des entreprises publiques ; (ii) le ministère des Finances qui gère les actifs, contrôle les finances, et sélectionne les dirigeants des entreprises publiques ; (iii) la Commission du travail pour les entreprises centrales, qui assure la bonne exécution des directives du Parti communiste ; (iv) la Commission d'État pour la planification du développement, qui planifie les programmes d'investissement des entreprises publiques et les grands projets d'infrastructure ; (v) le ministère du Travail et de la Sécurité Sociale, qui fixe le salaire des dirigeants et des employés des entreprises publiques.

**84. La Commission pour l'économie et le commerce.**- Elle constitua un département du Conseil des affaires de l'État<sup>102</sup> jusqu'au plan de réforme institutionnelle du Conseil des affaires de l'État de 2003, qui le supprima pour créer le ministère du Commerce (ci-après : MOFCOM). Cependant ce dernier n'a pas hérité de sa mission de supervision des entreprises publiques. Après la réforme du Conseil des affaires de l'État de 1998, la Commission prend désormais en charge dix secteurs industriels qui disposaient auparavant chacun d'un ministère dédié<sup>103</sup>. Ses principaux rôles sont : formuler des plans sectoriels ; gérer les stratégies industrielles ; guider l'ajustement de la production et maintenir la concurrence dans l'industrie<sup>104</sup>.

**85. Le ministère des Finances**<sup>105</sup>.- Une partie des responsabilités de supervision des entreprises publiques est transférée au ministère des Finances à partir de 1998<sup>106</sup>. Il supervise trois types d'entreprises publiques : (1) les entreprises centrales financières<sup>107</sup>, (2) les entreprises publiques relevant d'institutions administratives centrales, et (3) les

---

<sup>102</sup> La réforme du Conseil des affaires de l'État de 1998 recentre sa fonction selon trois axes. En premier lieu, le MOFCOM formule et supervise le catalogue des industries à capitaux étrangers dans le secteur industriel et commercial, propose des investissements aux entreprises industrielles et commerciales, étudie et formule des politiques permettant aux entreprises publiques de transférer des actifs, des fonds propres et des droits de gestion à des entreprises à capitaux étrangers, et surtout le plan annuel d'investissement à l'étranger de l'entreprise. en deuxième lieu, il supervise le fonctionnement des entreprises publiques, coordonne la gestion et l'activité d'entreprises avec des composantes économiques variées, normalise les règles de fonctionnement des entreprises, élabore des politiques et des plans de réforme des entreprises publiques, supervise la mise en œuvre des politiques et des stratégies de groupe, guide la réorganisation stratégique des entreprises publiques, oriente le financement direct des entreprises ainsi que la gestion financière et comptable des entreprises publiques, oriente la réforme et le développement des petites et moyennes entreprises, et pilote la formation des dirigeants d'entreprise. En troisième lieu, il coordonne la mission de supervision des actifs des entreprises publiques, en étudiant les politiques et les réglementations relatives à la surveillance des actifs des entreprises publiques, et en soumettant au Conseil des affaires de l'État une liste des entreprises publiques pour lesquelles une inspection spéciale est indiquée.

<sup>103</sup> En voici la liste : (1) ministère de l'Industrie Énergétique ; (2) ministère de l'Industrie du Charbon ; (3) ministère de l'Industrie Métallurgique ; (4) ministère de l'Équipement Industriel ; (5) ministère de l'Industrie Électronique ; (6) ministère de l'Industrie Chimique ; (7) ministère de la Géologie et des Ressources Minérales ; (8) ministère des Forêts ; (9) Conseil national de l'industrie légère de Chine ; (10) Association textile de Chine.

<sup>104</sup> Dans le cadre du « Plan de réforme institutionnelle du Conseil des affaires de l'État » de 1998, le Département de la gestion économique et industrielle doit mettre en œuvre la séparation des pouvoirs publics et des entreprises. L'État ne doit plus intervenir directement dans la gestion des entreprises. Dans le cadre de la nouvelle relation entre le Gouvernement et les entreprises publiques, ce premier jouit des droits et privilèges de l'actionnaire en fonction du capital investi dans l'entreprise. Ainsi, par exemple, l'État missionne un inspecteur dans l'entreprise publique pour superviser l'activité de l'entreprise et sa situation financière. L'État est responsable de l'évaluation, de la nomination et de la révocation des cadres dirigeants de l'entreprise.

<sup>105</sup> En 1954, le premier Congrès national du peuple est convoqué, et adopte la « Loi d'organisation du Conseil des affaires de l'État ». Le ministère des Finances du gouvernement populaire central a changé de nom et est devenu simplement le ministère des Finances.

<sup>106</sup> Les différents niveaux du bureau de gestion des actifs publics sont successivement supprimés.

<sup>107</sup> Dans la mesure où le principal objet de surveillance du ministère des Finances est l'entreprise financière centrale, nous discutons ici principalement de la définition de l'entreprise financière centrale et de la manière de la superviser.

entreprises publiques avec une gestion financière autonome<sup>108</sup>. La définition d'une entreprise financière centrale se retrouve dans neuf réglementations au total<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Les entreprises publiques appartenant à des institutions administratives centrales comprennent : (1) les entreprises relevant d'unités administratives centrales, par exemple le Conseil des affaires de l'État ou un ministère ; (2) les entreprises relevant d'institutions publiques centrales, telles que les organisations publiques créées par le Conseil des affaires de l'État pour gérer les affaires publiques ; (3) les entreprises relevant à la fois d'unités administratives centrales et d'institutions publiques centrales ; (4) les entreprises culturelles centrales. Les six entreprises publiques bénéficiant d'une gestion financière autonome sont: (1) China Arts and Entertainment Group Ltd.; (2) China Publishing Group Corp.; (3) China Broadcast Network; (4) China National Tobacco Corporation; (5) China Post Group Company; (6) China State Railway Group Co., Ltd.

<sup>109</sup> (1) L'article 3 des « Mesures provisoires pour l'administration des droits de propriété et d'enregistrement des actifs publics d'entreprises financières »<sup>109</sup> publiées en 2006 indique que « ces mesures s'appliquent à toutes les entreprises titulaire d'une licence d'exploitation délivrée par un organisme de réglementation financière, y compris, mais non limité aux : banques commerciales, banques politiques, caisses d'épargne postales, sociétés de gestion d'actifs financiers, sociétés de valeurs mobilières, compagnies d'assurance, sociétés de fiducie et d'investissement ».

(2) L'article 2 des « Mesures provisoires pour l'administration de l'évaluation et de la supervision des actifs publics d'entreprises financières »<sup>109</sup> publiées en 2008 indique que « ces mesures s'appliquent à l'évaluation des actifs des entreprises financières, des sociétés de portefeuille financières et des sociétés de garantie établies sur le territoire de la République populaire de Chine et détenant des actifs publics ».

(3) L'article 2 des « Mesures administratives pour le transfert des actifs publics d'entreprises financières »<sup>109</sup> publiées en 2009 indique que « les entreprises financières, telles que mentionnées dans ces mesures, désignent toutes les entreprises et sociétés de contrôle financier (groupe) qui ont obtenu une licence d'exploitation financière ; les actifs publics des entreprises financières, telles que mentionnées dans ces mesures, se réfèrent aux droits et intérêts constitués par les différentes formes d'investissement dans les entreprises financières par les gouvernements populaires à tous les niveaux et les investisseurs autorisés par eux ».

(4) Selon l'article 2 des « Mesures provisoires pour l'administration des frais de représentation des cadres dirigeants des entreprises financières centrales »<sup>109</sup> publiées en 2012, l'entreprise centrale financière désigne « une entreprise financière entièrement publique, ou bien appartenant à l'État dans laquelle le Conseil des affaires de l'État ou ses institutions autorisées assument les responsabilités d'investisseur ».

(5) L'article 1 de l' « Avis du ministère des Finances sur la clarification des questions de gestion d'actifs liées aux investissements directs en actions effectués par des entreprises financières publiques »<sup>109</sup> de 2014 dispose que « les entreprises financières publiques comprennent toutes les entreprises publiques, les holdings financières d'État, les sociétés de garantie d'État et les autres entreprises financières d'État titulaires d'un permis d'exploitation financière ».

(6) L'article 6 des « Mesures provisoires pour l'administration des budgets de fonctionnement des immobilisations appartenant au gouvernement central »<sup>109</sup> publiées en 2016 indique que « les entreprises centrales comprennent China National Tobacco Corporation, China Railway Corporation, China Post Group Corporation, les entreprises à capitaux publics entièrement, entreprises contrôlées par l'État et entreprises financières participant à l'État (y inclus China Investment Co., Ltd.), relevant du Conseil des affaires d'État et ses institutions autorisées exercent des rôles d'actifs de l'État ».

(7) L'article 2 des « Dispositions provisoires sur la gestion des achats centralisés des entreprises financières publiques » publiées en 2018 indique : « les entreprises financières publiques mentionnées dans ces règlements comprennent toutes les entreprises publiques titulaires d'une licence d'exploitation financière, ainsi que les sociétés de portefeuille financières d'État, les sociétés de garantie d'État et les autres entreprises financières d'État ».

(8) L'article 1 de l' « Avis concernant une clarification supplémentaire des questions liées à la gestion de l'augmentation de capital et de l'émission d'actions des entreprises financières publiques »<sup>109</sup> de 2019 indique que « Les entreprises financières publiques mentionnées dans le présent avis se réfèrent aux entreprises financières qui peuvent être effectivement contrôlées par l'État (y compris tous types d'entreprises financières établies conformément à la législation sur les licences commerciales, des fonds nationaux, des sociétés de portefeuille financières, des sociétés d'investissement et d'exploitation financières et des infrastructures financières, etc. ainsi que toute autre entreprise ou institution exerçant des activités financières ».

(9) L'article 2 des « Mesures concernant l'administration de l'enregistrement des droits de propriété sur le capital financier public (pour mise en œuvre à titre d'essai) »<sup>109</sup> publiées en septembre 2019 définit ainsi le capital financier public : « le capital généré par l'investissement direct ou indirect de l'État et de ses entités d'investissement autorisées dans les institutions financières ainsi que les droits et intérêts qui en découlent ». Il ajoute : « Les institutions financières comprennent diverses entreprises financières légalement établies et qui sont titulaires d'une licence pour des activités financières, des fonds souverains, des sociétés de portefeuille financières, des sociétés d'investissement financier, des infrastructures financières et d'autres entreprises ou institutions qui exercent une activité financière substantielle ».

**86. Le Comité central du travail pour les entreprises centrales.-** Il est créé le 18 juin 1998 par le Comité central du Parti communiste pour superviser les grandes entreprises sous le contrôle direct du gouvernement central. Un avis<sup>110</sup> donne naissance à ce Comité pour les entreprises centrales, c'est-à-dire l'ensemble des entreprises publiques, quelle que soit leur taille. Ses deux principales missions sont : (1) la responsabilité de la création d'entreprises publiques, la nomination ou le licenciement des dirigeants, et la gestion des inspecteurs spéciaux, et (2) la nomination et la révocation des postes de direction et la détermination des primes et des sanctions. Le Comité représente le Parti communiste au sein des entreprises publiques. La direction des 163 entreprises supervisées par le Conseil des affaires de l'État est à cette époque administrée par le Comité. Il existe alors une répartition des tâches entre la Commission pour l'économie et le commerce, et le Comité pour les entreprises publiques soumises au système des inspections spéciales. La commission propose une liste d'entreprises publiques à soumettre aux inspecteurs, tandis que le Comité est chargé de la gestion des inspecteurs et nomme les assistants de ces derniers. Cependant la nomination des inspecteurs est exclusivement du ressort du Conseil des affaires de l'État. Ce comité est remplacé par la SASAC en 2003.

**87. Le système de surveillance externe des entreprises publiques.-** Il existe un système de surveillance des actifs publics caractéristique du modèle chinois<sup>111</sup>. Ce système de surveillance a connu deux temps : le premier temps se caractérisait par une inspection spéciale de l'entreprise publique ; puis le second se limitait à l'existence d'un conseil de surveillance des entreprises publiques<sup>112</sup>. Le système des inspections a été inauguré en 1998<sup>113</sup> ; le Conseil des affaires de l'État dépêchait des inspecteurs dans les entreprises publiques, suivant les modalités d'un règlement<sup>114</sup>. Le dispositif des inspecteurs

---

<sup>110</sup> Avis du Comité central du Parti communiste chinois, 1<sup>er</sup> déc. 1999, sur la création du Comité central du travail du Parti communiste chinois pour les entreprises centrales et questions connexes.

<sup>111</sup> Les entreprises publiques en France, en Allemagne, à Singapour ou aux États-Unis n'ont pas de conseil de surveillance ou de système de surveillance externe. La France utilise le système des inspecteurs spéciaux. En Allemagne, les entreprises publiques ont un conseil de surveillance interne et une assemblée générale des actionnaires. Les entreprises publiques de Singapour sont soumises à un modèle de contrôle qui ne fait pas de distinction entre le gouvernement et les entreprises publiques : en tant qu'actionnaire, il exerce à la fois ses prérogatives et une surveillance indirecte. Tandis qu'aux États-Unis, l'assemblée générale des actionnaires élit le conseil d'administration, qui à son tour sélectionne les dirigeants.

<sup>112</sup> Z. Jiang, D. Zhou, P. Wang, D. Zhao, Q. Yang, Y. Zhang « recherche sur le système du conseil de surveillance des entreprises publiques », *École centrale du Parti communiste chinois*.

<sup>113</sup> Décision du Conseil central, 8 juill. 1993, sur le plan de réforme institutionnelle du Conseil des affaires de l'État.

<sup>114</sup> Le Règlement des inspecteurs du Conseil des affaires de l'État fut remplacé par le Règlement sur le Conseil de surveillance des entreprises publiques, le 15 mars 2000.



déployés dans les entreprises publiques est destiné à permettre au gouvernement de contrôler les actifs appartenant à l'État<sup>115</sup>. Le Conseil des affaires de l'État missionne des inspecteurs spéciaux dans les grandes entreprises publiques<sup>116</sup>. Des liens étroits unissent le Parti communiste et les entreprises publiques avec le corps des inspecteurs au vu de l'étendue des pouvoirs de ces derniers, qui peuvent enquêter et vérifier la situation financière de l'entreprise à tout moment ; ils transmettent les décisions du Conseil des affaires de l'État en matière de prime ou de sanction, ainsi que de nomination ou licenciement des dirigeants d'entreprise<sup>117</sup>.

**88. La fin du système de surveillance externe.-** Le système de l'inspection comportait trop d'incertitudes quant à la nature et la portée de leur supervision. Après une période d'essai de deux ans, le gouvernement a décidé de le remplacer par un Conseil de surveillance des grandes entreprises publiques<sup>118</sup>. Ce Conseil prend en charge la supervision des actifs des entreprises centrales à partir de 2008. En effet, ce système de Conseil de surveillance externe pour les entreprises publiques est supprimé en 2018. Les deux raisons principales de la fin du le système de supervision sont suivantes : (1) les entreprises publiques sont devenues des entreprises internationales dans le cadre de la stratégie « *Go Out* », diversifiant leur capital et investissant fréquemment à l'étranger ou détenant des filiales cotées à l'étranger. La double tutelle du Conseil de surveillance externe et du conseil de surveillance de la société elle-même avait créé une certaine confusion sur le plan de la gouvernance, à laquelle s'ajoutait une difficulté à contrôler efficacement les actifs de la société à l'étranger ; (2) le Conseil des autorités de surveillance avait pour mission de surveiller tous les actifs appartenant à l'État, y compris ceux des entreprises privées dans

---

<sup>115</sup> Ce système de Commissaire spécial de l'inspecteur du Conseil des affaires de l'État est inauguré en 1998.

<sup>116</sup> Le 7 mai 1998, le Conseil des affaires de l'État publie un « Plan du Conseil des affaires de l'État pour l'envoi d'inspecteurs spéciaux dans les grandes entreprises publiques » et un « Règlement de la Commission spéciale des inspecteurs du Conseil des affaires de l'État » en juin afin de standardiser l'action des inspecteurs et les guider dans leur mission.

<sup>117</sup> À l'issue de sa mission, l'inspecteur soumet un rapport comprenant quatre volets : (1) analyse et évaluation de la situation financière et de la gestion de l'entreprise inspectée ; (2) analyse et évaluation des performances du principal responsable de l'entreprise inspectée ; (3) récompenses et sanctions, nominations et révocations du personnel de l'entreprise ; (4) tout autre question que le Conseil des affaires de l'État doit étudier ou que les inspecteurs estiment devoir signaler.

<sup>118</sup> Règlement, 15 mars 2000, *des inspecteurs du Conseil des affaires de l'État et Règlements intérimaires*, 10 janv. 2000, sur le Conseil de surveillance des principales institutions financières publiques. L'article 2 dispose que le Conseil de surveillance des grandes entreprises publiques est institué par le Conseil des affaires de l'État, devant lequel il est responsable. Au nom de l'État, il supervise les actifs appartenant aux grandes entreprises publiques. L'article 3 dispose que le Conseil de surveillance supervise les activités financières des entreprises publiques ainsi que la gestion des dirigeants d'entreprises afin de s'assurer que les actifs de l'État ainsi que ses droits et intérêts sont préservés.

lesquelles l'État détient une participation, une contrainte qui risquait d'entamer la compétitivité des capitaux publics.

**89. Le Conseil des contrôleurs des grandes entreprises publiques.-** Il supervise non seulement les investissements des entreprises publiques en Chine, mais également ceux à l'étranger. En 2017, il avait à date supervisé et contrôlé 793 projets étrangers menés par 67 entreprises centrales, représentant un total de 2,55 milliards de yuans (310 millions d'euros) d'actifs, ainsi qu'émis des réserves concernant 2600 projets à risque, pour une valeur contractuelle totale de 490 milliards de yuans (59,4 milliards d'euros)<sup>119</sup>. L'Office national d'audit de Chine prit la relève à partir de 2018.

**90. La Commission d'État pour la planification du développement.-** Elle est créée en décembre 1952. L'une des fonctions de cette Commission est d'établir et de publier, en collaboration avec le ministère du Commerce et d'autres ministères, une « liste négative »<sup>120</sup> des admissions à l'investissement étranger, une « liste négative » pour la zone de libre-échange pilote, le « catalogue d'orientation des investissements étrangers par secteurs d'activité » (ci-après : le catalogue d'orientation) et le « catalogue des industries prioritaires pour l'investissement étranger dans la région du centre ouest ». Avec la création de la SASAC, la mission de supervision des entreprises publiques de la commission prend fin.

**91. Le ministère du Travail et de la Sécurité Sociale.-** Créé dès 1949, il est chargé de la rédaction des lois et règlements sur le travail et les assurances sociales, de l'organisation et de la formulation des classifications professionnelles, et d'établir des normes nationales pour les compétences professionnelles. Son rôle dans la supervision des entreprises publiques se cantonne à la formulation de la politique de rémunération des dirigeants d'entreprises publiques, ainsi qu'au contrôle des politiques salariales dans les

---

<sup>119</sup> X.Chao, « Après la dissolution du conseil de surveillance des grandes entreprises publiques : changement dans la surveillance des actifs appartenant à l'État », *China Economic weekly*, n°13, 2018.

<sup>120</sup> L'article 4 de la loi *sur les investissements étrangers de la République populaire de Chine* dispose que la liste négative fait référence aux mesures spéciales de contrôle des investissements étrangers dans des domaines spécifiques stipulés par l'État. Plus précisément, son article 28 divise la liste négative en trois catégories : (1) en catégorie « interdit », les investisseurs étrangers ont l'interdiction d'investir ; (2) en catégorie « restreinte », les investisseurs étrangers doivent remplir certains critères ; (3) hors catégorie, les investisseurs étrangers sont sur un pied d'égalité avec les investisseurs nationaux.

entreprises publiques<sup>121</sup>. En 2008, il est rebaptisé ministère des Ressources Humaines et de la Sécurité Sociale. Il n'exerce plus aucun rôle dans la supervision des entreprises publiques.

2). L'élaboration du système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État (*State-Owned Capital Authorized Operation System*)

**92. Le système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État.-** Il fait référence à une procédure par laquelle le gouvernement accorde le droit d'investir du capital appartenant à l'État à des sociétés *holding*, des sociétés de gestion d'actifs publics ou des sociétés détenues par l'État, celles-ci exerçant par délégation les pouvoirs d'investisseur au nom du gouvernement<sup>122</sup>. L'article 66 du droit chinois des sociétés dispose : « les institutions de supervision et de gestion des actifs appartenant à l'État peuvent autoriser le conseil d'administration d'une société à capital entièrement public à exercer une partie des pouvoirs de l'assemblée générale pour statuer sur les affaires importantes de la société ».

**93. La structure du système d'exploitation.-** L'une des réformes les plus importantes des entreprises publiques porte sur le système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État. Ce système assure les responsabilités de supervision, de gestion et d'exploitation des actifs publics. Structurellement, il est divisé en un système organisationnel, un système de surveillance et un système d'exploitation. Le système d'exploitation des actifs appartenant à l'État est la partie centrale du système d'exploitation<sup>123</sup>. L'exploitation autorisée est la méthode adoptée pour la gestion des actifs appartenant à l'État. Le mode de fonctionnement de ce système a été l'objet d'une réforme des entreprises publiques. Le processus de réforme des entreprises publiques se divise en trois phases : (1) 1978-2002, la séparation opérationnelle du gouvernement et des entreprises publiques ; (2) 2003-2012, la séparation financière du gouvernement et des

---

<sup>121</sup> À partir de 2003, la SASAC récupère la fonction de supervision des rémunérations dans les entreprises publiques.

<sup>122</sup> P. Luo et G. Gu, « Recherche sur les questions juridiques liées à l'exploitation autorisée d'actifs appartenant à l'État », *Company law review*, 2005 (00).

<sup>123</sup> J. Liu et L. Cao, « On the Capital Operation System of State-Owned assets », *Journal of Central South University (Social Science)* 2003 n° 5, p. 631-635.

entreprises publiques ; (3) 2013-aujourd'hui, la transition d'un contrôle des actifs publics (*Asset*) vers un contrôle du capital (*Capital*)<sup>124</sup>.

**94. La division du système d'exploitation autorisée.-** En 1979, le gouvernement accorde aux entreprises la pleine autonomie en matière de production, d'achat de matières premières, de ressources humaines et de commercialisation, afin de leur permettre d'assurer leur propre développement<sup>125</sup>. Cependant, cette réforme n'aborde pas le concept de la propriété. À cette époque, aucun organe central n'exerce le droit de propriété au nom de l'État. En l'absence d'un tel organe, la perte d'actifs publics atteint des proportions inquiétantes. La réforme des entreprises publiques aboutit alors à une séparation du gouvernement et du capital, lequel se trouve dorénavant sous la tutelle d'une institution de surveillance unifiée des entreprises publiques : la SASAC. En 2003, il est proposé d'établir un système de gestion des actifs appartenant à l'État, sous l'appellation de « système d'exploitation autorisé pour les actifs appartenant à l'État »<sup>126</sup>. Dans cette structure organisationnelle, le système d'exploitation autorisé est divisé en trois niveaux : la SASAC, la société d'investissement et d'exploitation d'actifs appartenant à l'État, et les entreprises publiques<sup>127</sup>.

**95.** Jusqu'à 2003, l'une des conséquences de la réforme des entreprises publiques est l'acquisition par les entreprises publiques d'une expérience à internationale dans le cadre de fusions et acquisitions. Avec la réforme et l'ouverture, l'afflux de capitaux étrangers vers la Chine s'accompagne désormais de l'exportation de capitaux chinois. Ces changements ont donné une impulsion à la réforme des entreprises publiques vers leur modernisation et leur internationalisation des entreprises publiques, tout en minimisant l'intervention publique du gouvernement chinois. Au cours de cette période, un vivier de cadres professionnels s'est développé, la réforme des cadres dirigeants constituant l'une des principales orientations de la réforme des entreprises publiques. Le gouvernement a commencé à réfléchir aux inconvénients d'une multiplicité des organismes de régulation

---

<sup>124</sup> Z. Xie et Y. Hu, « Surveillance des actifs appartenant à l'État : des actifs au capital », *Finance & Accounting* 2014, n°7.

<sup>125</sup> Plusieurs avis, 13 juill. 1979, visant à élargir l'autonomie de gestion des entreprises industrielles d'État.

<sup>126</sup> Lors de la troisième session plénière du 16<sup>ème</sup> Congrès national du Parti communiste chinois.

<sup>127</sup> D'abord déployé à Shenzhen en 1996, le système de gestion des actifs appartenant à l'État connaît des évolutions locales, selon les villes et les régions, donnant par exemple naissance au modèle de Shanghai ou de Wuhan.

des entreprises publiques. À partir de 2004, la réforme des entreprises publiques a toujours respecté la ligne initiale et s'est poursuivie en profondeur.

**96. Conclusion de la section.-** Au cours de cette période, la définition des entreprises publiques a exigé une participation de l'État à hauteur d'au moins 50 % du capital, sauf exceptions. Les directeurs des entreprises publiques ont été recrutés selon le même mode que les fonctionnaires. Enfin, la gestion des actifs appartenant à l'État a été répartie parmi différentes structures ministérielles, qui ont imprimé une direction politique forte, les entreprises publiques étant considérées comme des organismes gouvernementaux. Ainsi, le critère de définition de l'entreprise publique s'est appuyé sur le capital et excluait l'application du droit privé des sociétés. Pour moderniser les entreprises publiques, la réforme a accouché d'un système de supervision centralisé par la SASAC aboutissant à une évolution des critères de définition de l'entreprise publique.

## SECTION 2 : UNE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE REPOSANT SUR SON MODE DE SUPERVISION DEPUIS 2003

**97.** Afin d'éviter la superposition de tutelles exercées par différentes autorités, la réforme des entreprises publiques a abouti à l'adoption d'un système de supervision centralisé par la SASAC. Cette évolution a eu un impact direct sur la définition de l'entreprise publique (§1) ce qui implique de déterminer ces modalités de supervision (§2).

### §1. LA SUPERVISION PAR LA SASAC, CRITÈRE DE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE

**98. La délimitation indirecte de l'entreprise publique.-** Pendant longtemps, le droit chinois a fonctionné sans définition légale de l'entreprise publique. Pour autant, on considérait que « l'entreprise financée par l'Etat », pour reprendre une terminologie légale était une entreprise publique car l'État avait une participation dans le capital de celle-ci. En effet, l'article 5 de la *loi sur les actifs d'État détenus par les entreprises*<sup>128</sup> indique que les

---

<sup>128</sup> Loi, 28 oct. 2008, *sur les actifs d'État détenus par les entreprises*.

entreprises financées par l'État sont (1) les entreprises détenues à 100 % par l'État ; (2) les sociétés détenues à 100 % par l'État ; (3) les sociétés contrôlées par l'État car il a plus de la moitié des actions (contrôle) ; (4) les sociétés dans lesquelles l'État a moins de 50% des actions (participation). À ce stade, l'entreprise publique est donc définie soit par un critère de contrôle (hypothèse 1 à 3), soit par un critère de participation dans le capital de l'entreprise (hypothèse 4).

**99. Différence entre entreprise et société d'État.-** La distinction entre entreprise détenue à 100 % par l'État (ci-après : entreprise d'État) et société détenue à 100 % par l'État (ci-après : société d'État) porte sur trois points. Tout d'abord, le fondement juridique applicable est différent, l'entreprise d'État relevant de la *Loi sur les entreprises industrielles détenues par l'ensemble du peuple* (ci-après : la loi sur les entreprises industrielles)<sup>129</sup>. L'article 2 de cette loi indique que l'entreprise d'État est une unité dédiée à la production et la gestion socialiste, ainsi que juridiquement indépendante avec une comptabilité et un financement autonome.

**100.** *A contrario*, la société d'État est soumise au droit des sociétés. L'article 64 indique qu'une société d'État est « une société à responsabilité limitée financée exclusivement par l'État et habilitée par le Conseil des affaires de l'État ou le gouvernement local à autoriser l'institution publique de contrôle et d'administration des biens du gouvernement à assumer les fonctions d'investisseur ».

**101.** Deuxième point, la société d'État est un type de société à responsabilité limitée, et a donc le statut de personne morale comme toutes les autres en droit commun des sociétés, avec la particularité de n'avoir qu'un seul actionnaire, en l'occurrence l'État. Tant que les conditions sont remplies, son enregistrement est automatique. L'entreprise d'État reçoit également la qualification de personne morale, mais selon des modalités différentes. En effet, l'entreprise d'État appartient en théorie à l'ensemble du peuple et les entreprises doivent demander l'enregistrement en tant que personne morale<sup>130</sup>. La loi sur

---

<sup>129</sup> Loi, adoptée le 13 avr. 1988 et révisée le 27 août 2009, *sur les entreprises industrielles détenues par l'ensemble du peuple*.

<sup>130</sup> L'article 2 des Règles détaillées, adoptés le 3 nov. 1988 et dernière révision 23 oct. 2020, pour la mise en œuvre de la réglementation sur la gestion de l'enregistrement des entreprises personnes morales. Selon cette disposition, « les entreprises appartenant à l'ensemble du peuple, les entreprises sous propriété collective, les

les entreprises industrielles<sup>131</sup> dispose que « l'entreprise obtient la qualification de personne morale conformément à la loi et porte la responsabilité civile de la propriété que l'État a accordée à son fonctionnement et à sa gestion » et l'article 16 indique que l'établissement d'une entreprise d'État doit être signalé à l'autorité compétente pour approbation.

**102.** Troisième point, les structures de gouvernance sont différentes. L'entreprise d'État est soumise à un régime de responsabilité juridique du dirigeant, sur le fondement de l'article 7 de la loi sur les entreprises industrielles qui dispose : « les entreprises mettent en œuvre le système de responsabilité du directeur. Et le directeur exerce son pouvoir conformément à la loi et bénéficie de sa protection ». Les deux procédures possibles pour la nomination du directeur sont (sauf arbitrage contraire du Conseil des affaires de l'État)<sup>132</sup> : (1) nomination ou recrutement par les autorités compétentes, après validation par le comité des employés ; (2) élection par les représentants des employés de l'entreprise, avec soumission à l'autorité compétente pour approbation.

**103.** *À contrario*, la société d'État adopte un système collégial la dotant d'un conseil d'administration. Étant donné qu'elle n'a pas d'assemblée des actionnaires, en application de l'article 66 du droit des sociétés<sup>133</sup>, l'agence de supervision et d'administration des actifs de l'État exerce les pouvoirs de l'assemblée des actionnaires et autorise le conseil d'administration à exercer une partie des pouvoirs de l'assemblée, ainsi qu'à déterminer les grandes orientations stratégiques de la société.

**104. Définition des entreprises financières publiques par le ministère des Finances.-** Le ministère des Finances<sup>134</sup> affine la définition des entreprises financières publiques au fil du temps, tout en précisant le champ et le mode de la tutelle qu'il exerce sur elles. Les entreprises financières publiques pouvant être contrôlées par le ministère des Finances peuvent avoir différents statuts : être détenues à 100 % par l'État, ou être sous contrôle absolu, ou bien encore subir un contrôle réel. Dans le cas des entreprises

---

entreprises associées, les entreprises à capitaux étrangers établies en Chine (y compris les coentreprises chinoises et étrangères, coentreprises contractuelles sino-étrangères et entreprises à capitaux étrangers) ainsi que les entreprises qui remplissent les conditions pour une entreprise personne morale, doivent demander l'enregistrement de l'entreprise personne morale.

<sup>131</sup> L'article 2 alinéa (3).

<sup>132</sup> L'article 44 de la loi sur les entreprises industrielles.

<sup>133</sup> V. *supra* n°91.

<sup>134</sup> Règlement relatif à la gestion des entreprises financières centrales, 13 juill.2020.

financières publiques, une entreprise sous contrôle réel est assimilée à une entreprise publique. Tant qu'il existe des accords ou d'autres arrangements par lesquels l'État exerce un contrôle réel sur une entreprise financière, celle-ci relève de la tutelle du ministère des Finances. Toute entreprise financière d'État doit non seulement remplir les critères des entreprises publiques, mais elle doit également être titulaire d'une licence d'exploitation financière, parmi ces entreprises financières publiques, on trouve les fonds nationaux, les holdings financières, les sociétés d'investissement financières et d'exploitation financières<sup>135</sup>.

**105. L'entreprise publique définie par l'OCDE.-** Le processus de réforme des entreprises publiques chinoises consiste en un désengagement progressif de la politique économique socialiste. De la planification gouvernementale à l'autofinancement des entreprises, elles se sont progressivement muées en entreprises modernes en adéquation avec les normes internationales actuelles. Les Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (Édition 2015)<sup>136</sup> définissent l'entreprise publique ainsi : « toute entité juridique reconnue comme entreprise en vertu de la législation nationale et dans laquelle l'État exerce des droits d'actionnaire devrait être considérée comme une entreprise publique(...). Par ailleurs, les sociétés de service public dotées de la personnalité juridique en vertu d'une législation spécifique devraient être considérées comme des entreprises publiques dès lors que leur objet et leurs activités, ou certains segments de leurs activités, présentent un caractère économique. Les lignes directrices s'appliquent aux entreprises qui sont effectivement sous le contrôle de l'État, soit parce qu'il est le bénéficiaire effectivement de la majorité des actions assorties d'un droit de vote, soit parce qu'il exerce un contrôle équivalent par d'autres voies ». D'après les lignes directrices, une entreprise, c'est-à-dire une entité reconnue comme telle par le droit national dans laquelle l'Etat a une participation, est publique en vertu de deux critères alternatifs : le rôle de service public de la société ou le contrôle par l'État. Ces lignes directrices n'ont pas de valeur normative en Chine. Elles permettent toutefois d'envisager la question de la participation et du contrôle des entreprises chinoises par l'État. Ainsi, la participation au capital et le contrôle sont communs. D'autres critères comme le rôle de service public ou l'absence de gestion autonome d'entreprise ne sont pas nécessaires.

---

<sup>135</sup> Parmi elles, les entreprises financières centrales sont au nombre de vingt-quatre, selon la Divulgateion, 28 déc. 2017, *des informations sur la rémunération du cadre de l'entreprise financière centrale*.

<sup>136</sup> OCDE, Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, 2015.



**106. L'entreprise publique chinoise et son contrôle par l'État.-** Un critère supplémentaire est posé par les mesures du 1<sup>er</sup> août 2017<sup>137</sup> pour la définition des entreprises publiques: être supervisé par la SASAC. Ces mesures ont également été l'occasion d'une réforme du droit des sociétés en 2018. Les entreprises publiques entament des réformes en se dotant de structures d'actionariat et de gouvernance modernes, telles que la société anonyme (SA) ou la société à responsabilité limitée (SARL). Ainsi, les entreprises publiques appartiennent aux quatre catégories mentionnées dans la « loi sur les actifs d'État détenus par les entreprises »<sup>138</sup>, mais doivent en outre, satisfaire au critère supplémentaire de la supervision de la SASAC. Il y a donc adoption d'un troisième critère, celui de la gestion de l'entreprise par un organe de l'État, excluant toute gestion autonome. Il faut toutefois nuancer dans les faits la nouveauté de critère. En pratique la SASAC interviendra pour les seules entreprises contrôlées par l'État.

**107. Proposition de définition d'une entreprise publique.-** La définition des entreprises publiques est essentielle dans la réforme. La réforme des entreprises publiques retient les critères du capital public d'une part, et l'obtention d'une mission de service public d'autre part, mais sans les dissocier en réalité dans la définition des entreprises publiques. Le rôle de la SASAC à la fois dans le financement et dans le rôle de direction des entreprises publiques soulève un point épineux à cet égard car la définition des entreprises publiques pourrait tout simplement en pratique correspondre à la délimitation des fonctions de la SASAC. Or, cette distinction entre capital public et service public ne ressort pas suffisamment des critères actuels. L'approche actuelle du gouvernement chinois est de publier la liste de la délégation de pouvoir de la SASAC aux entreprises centrales ou entreprises publiques. Si l'on pouvait améliorer la distinction pratique posée par ces critères dans la définition, il serait plus facile pour les autorités compétentes étrangères d'effectuer un contrôle plus adéquat<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Article 2 des Mesures, 1<sup>er</sup> août 2017, pour la gestion financière des investissements à l'étranger des entreprises publiques.

<sup>138</sup> V. *supra* n°98.

<sup>139</sup> V. *infra* n°609 et s. sur le contrôle des subventions étrangères de l'Union européenne.

## §2. LES MODALITÉS DE SUPERVISION PAR LA SASAC

**108.** Le système de gestion des actifs de l'État sous la supervision de la SASAC(C) doit être appréhendée au regard des règles de direction de l'entreprise publique à partir de 2003 (A) et de la présence du Parti communiste dans l'entreprise (B).

### A) LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE CHINOISE À PARTIR DE 2003

**109. La nomination du dirigeant.-** À partir de 2003, la nomination du dirigeant relève de la compétence de la SASAC<sup>140</sup>. Cette dernière applique trois méthodes principales de sélection des dirigeants : le concours interne, le recrutement ouvert au public, et la cooptation. L'idée de constituer une équipe de cadres dirigeants est lancée dans un rapport gouvernemental<sup>141</sup>, lequel propose par ailleurs de mettre en place de manière progressive un système de formation professionnelle et, à la lumière des pratiques internationales, d'élaborer un système de management compatible avec les réalités des entreprises chinoises. Dorénavant, la création d'une nouvelle génération de dirigeants d'envergure internationale serait une composante essentielle de la réforme du système de l'entreprise publique.

**110. L'introduction de dirigeants venant de l'étranger.-** En 2009, des dispositions<sup>142</sup> décrivent les qualifications requises pour la fonction de dirigeant d'entreprise centrale<sup>143</sup>. Elles évoquent notamment le recours au recrutement des talents à l'étranger et précisent les qualifications spéciales éventuellement applicables. Le recrutement des compétences à l'étranger devient de plus en plus courant. Néanmoins, la

---

<sup>140</sup> Les entreprises financières ne relevant pas du périmètre de responsabilité de la SASAC, les dirigeants d'entreprises financières ne sont pas concernés.

<sup>141</sup> Aperçu, 16 mai 2002, du plan de construction de l'équipe nationale de talents 2002-2005.

<sup>142</sup> Dispositions provisoires, 2009, sur la gestion des dirigeants d'entreprises centrales.

<sup>143</sup> Article 5 : (1) le candidat doit avoir accumulé au moins dix années d'expérience professionnelle, ou bien avoir exercé des fonctions de cadre en entreprise ou au Parti communiste chinois ;

(2) Pour un poste de dirigeant d'une entreprise centrale, il faut justifier d'au moins deux années d'expérience professionnelle en tant que directeur adjoint, ou au moins cinq années à l'échelon inférieur.

(3) Détenir un diplôme de niveau bac+4.

supervision des dirigeants des entreprises centrales reste la prérogative du Conseil de surveillance du Conseil des affaires de l'État<sup>144</sup>.

**111. La réforme des fonctions de dirigeant d'entreprise publique.-** En 2013, une décision<sup>145</sup> propose de réformer les entreprises publiques afin de moderniser le système de gouvernance et mettre en place un système de gestion des cadres dirigeants<sup>146</sup>. Dans le cadre du plan de 2002, un système de collecte et d'évaluation des qualifications des cadres dirigeants avait déjà été proposé. Au fil du temps, la réforme des cadres dirigeants d'entreprises publiques devrait apporter davantage de rigueur et d'ouverture à la société<sup>147</sup>.

**112. La promotion d'un système de cadres dirigeants pour les entreprises à propriété mixte.-** Une série de réformes de fond des entreprises publiques a été lancée et la professionnalisation des dirigeants d'entreprise chinoise connaît une accélération sur la base des lignes directrices<sup>148</sup> établies en 2015<sup>149</sup>. Un avis<sup>150</sup> insiste tout particulièrement sur la promotion d'un système de cadres dirigeants pour les entreprises à propriété mixte. En appliquant une approche basée sur le marché, les cadres sont sélectionnés pour assumer la responsabilité de la gestion d'entreprise. Les cadres dirigeants sont responsables de la gestion du personnel et des contrats et déterminent les rémunérations conformément aux principes du marché. Le système de recrutement des cadres dirigeants passe de la phase de développement à la phase opérationnelle. En accord avec les politiques et règlements applicables, les voies de recrutement de cadres dirigeants sont les suivantes : (1) la

---

<sup>144</sup> Conformément aux dispositions du droit des sociétés, du droit des actifs appartenant à l'État et du *Règlement provisoire du conseil des autorités de surveillance des entreprises publiques*, la SASAC assumait les responsabilités des investisseurs au nom du Conseil des affaires de l'État, sauf concernant l'entreprise centrale Shanghai Nokia Bell jusqu'au 2018.

<sup>145</sup> Décision du Comité central, 12 nov. 2013, *d'approfondir les réformes*.

<sup>146</sup> Cette Décision préconise également que les entreprises publiques augmentent sensiblement la proportion de recrutement externe, et qu'elles gèrent de manière raisonnable les niveaux de rémunération, les avantages sociaux, le recrutement de collaborateurs et les notes de frais des directeurs d'entreprise publique.

<sup>147</sup> Le « Plan national de développement des talents à moyen et à long terme (2010-2020) » prévoit le recrutement de dirigeants des entreprises publiques à hauteur de 50% au moins sur concours externe. En outre, la volonté d'amélioration du système d'évaluation des compétences de dirigeants d'entreprise publique donne naissance à l'Association chinoise des cadres en 2012, qui organise une certification professionnelle à l'échelle nationale et promeut l'amélioration de la qualité ainsi que le flux et l'emploi des cadres. Il s'agit d'un service destiné à la constitution d'un réservoir de cadres en Chine. L'association ne couvre pas la certification des dirigeants d'entreprises publiques.

<sup>148</sup> Lignes directrices, 24 août 2015, sur l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques.

<sup>149</sup> Les dirigeants des entreprises publiques doivent adopter des méthodes de répartition différenciées des salaires qui correspondent à la méthode de sélection, s'adaptent à la nature des fonctions de l'entreprise et sont liées aux résultats, tout en continuant à approfondir la réforme du système de recrutement interne et en augmentant de manière raisonnable la proportion des cadres professionnels sélectionnés sur le marché. Il constitue un mécanisme de gestion pour tous les types de cadres et d'employés de l'entreprise.

<sup>150</sup> Avis du Conseil des affaires de l'État, 23 sept. 2015, sur le développement d'une économie de propriété mixte dans les entreprises publiques.

mutation des dirigeants actuels d'entreprise publique ; (2) la sélection interne (autres organisations à caractère public, telles que les ministères, les entreprises publiques) ; (3) le recrutement externe ; (4) la réforme de la propriété mixte, où les dirigeants d'entreprises privées apportent des parts et deviennent cadres dirigeants d'entreprises publiques.

**113. Les entreprises à propriété mixte.-** Le développement d'une économie de propriété mixte est un élément essentiel de l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques chinoises. Dans ce cadre, le gouvernement ouvre le capital au secteur privé dans le but de permettre aux entreprises publiques concernées d'être compétitives sur la scène internationale. En outre, la réforme du système de propriété mixte doit être modulée selon le secteur et l'activité des entreprises publiques, la proportion et la structure des capitaux privés doivent être ajustées de manière dynamique en fonction du temps et du lieu. En principe, les entreprises commerciales publiques appartenant à des secteurs compétitifs doivent mettre en œuvre une réforme de l'actionnariat<sup>151</sup>. Les entreprises commerciales publiques dont l'activité principale se situe dans des industries essentielles ou des domaines clés liés à la sécurité nationale doivent rester sous contrôle absolu de l'État. Les entreprises commerciales publiques appartenant à une industrie monopolistique naturelle doivent promouvoir activement une réforme fondée sur les principes de « séparation du gouvernement et de l'entreprise, la séparation du gouvernement et du capital (*zheng qi fen kai, zheng zi fen kai* 政企分开, 政资分开) ». Les entreprises publiques opérant dans le secteur des services publics peuvent adopter la forme d'entreprise publique détenue à 100 % par l'État. Lorsque les conditions sont remplies, l'ouverture à des capitaux privés peut être encouragée.

**114. La réforme de la gestion des entreprises publiques.-** Elle est menée par le gouvernement et a notamment conduit à un alignement sur les standards internationaux, et a également donné lieu à une série de documents d'orientation sur le renforcement du rôle du Parti communiste en 2015. Le rapport « Plusieurs avis »<sup>152</sup> manifeste la volonté de sélectionner rigoureusement les dirigeants des entreprises publiques et d'établir un mécanisme de recrutement et de gestion du personnel répondant aux exigences de

---

<sup>151</sup> Avis, 30 déc. 2015, sur la définition fonctionnelle et la classification des entreprises publiques.

<sup>152</sup> Plusieurs avis, 20 sep. 2015, sur l'adhésion à la direction du Parti communiste et le renforcement structurel du Parti communiste dans l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques.

modernité et de compétitivité, ainsi que de renforcer le contrôle des performances des cadres dirigeants d'entreprise publique, en particulier à la direction générale.

**115. L'évolution de la réforme de l'entreprise publique.-** Un grand nombre d'entreprises publiques ont subi des pertes année après année au cours des années 1990, dont près de 30 % en 1994 et 50 % en 1998. À partir du milieu de la décennie, la Chine procède à une réforme des entreprises publiques selon les axes suivants<sup>153</sup> :

- (1). Privatiser les petites et moyennes entreprises publiques gérées par les municipalités. Cette politique est baptisée « saisissez grand et lâchez petit ». Il s'agit de conserver les grandes entreprises publiques et de privatiser les petites et moyennes entreprises.
- (2). Restructurer entièrement les entreprises publiques restantes. Il s'agit de réduire le personnel et de supprimer les services sociaux (tels que la fourniture de logements).
- (3). Les entreprises publiques conservées sont transformées en personnes morales avec en parallèle la création d'une société de gestion d'actifs publics.

**116.** Entre 1995 et 2001, le nombre d'entreprises publiques chute de 60 %<sup>154</sup>. Le nombre d'entreprises publiques appartenant au gouvernement central passe de 196 en 2003 à 115 en mars 2013<sup>155</sup>, pour aboutir à seulement 97 entreprises centrales gérées par la SASAC en 2020. Grâce aux réformes et à l'adoption de méthodes de gestion modernes, les entreprises publiques centrales réalisent un résultat d'exploitation total de 14,5 milliards de yuans (1,76 milliard d'euros) au premier semestre 2019, en augmentation de 5,9 % en glissement annuel<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> H. Ho et A. Young, « China's Experience in Reforming its State-Owned Enterprises: Something New, Something Old and Something Chinese? » *International Journal of Economy, Management and Social Sciences* 2013, n° 2, p. 84-90.

<sup>154</sup> OCDE, *Reviews of Regulatory Reform-China: Defining the Boundary between the Market and the State*, Publications de l'OCDE, 2009, p.44.

<sup>155</sup> G. Fan, N. C. Hope, « The Role of State-Owned Enterprises in Chinese Economy », p.8.

<sup>156</sup> SASAC, *Le fonctionnement économique des entreprises centrales au premier semestre 2019*.

**117. Les résultats positifs de la réforme de l'entreprise publique.-** Les acquis de la réforme ont amélioré la compétitivité des entreprises publiques. Fondées sur l'amélioration progressive des lois chinoises<sup>157</sup>, ces réformes ont bâti une plate-forme de concurrence équitable pour les entreprises privées, les entreprises à capitaux étrangers et les entreprises publiques. C'est précisément grâce à la réforme des entreprises publiques et la forte productivité des entreprises privées qu'en 1999, la légitimité des entreprises privées est reconnue par la Constitution. En 2004, l'État encourage, soutient et guide le développement de l'économie privée et interdit la violation des droits de propriété privée. En 2005, plusieurs avis<sup>158</sup> autorisent les entreprises privées à opérer dans toutes les industries qui sont ouvertes aux entreprises à capitaux étrangers, ainsi qu'à d'autres secteurs qui sont fermés à ces dernières, telles que la santé, l'éducation, et la défense entre autres services publics. En conséquence, la contribution des entreprises privées au PIB prend désormais le pas sur celle des entreprises publiques<sup>159</sup>.

**118.** Au cours de la période 2008-2013, les entreprises publiques sont à l'origine de plus de 70 % des investissements directs étrangers de la Chine en Europe et en Amérique du Nord. Néanmoins, entre 2009 et 2015, la part des entreprises privées passe de 12 % à 53 %, les plaçant en première position<sup>160</sup>. C'est l'un des fruits de la réforme des entreprises publiques qui, paradoxalement, permet aux entreprises privées de se développer à armes égales par rapport aux entreprises publiques, dans un contexte de marchés d'investissements étrangers dynamisés. L'objectif majeur de la réforme des entreprises publiques est désormais le développement du système d'exploitation autorisé du capital appartenant à l'État. À partir de 2017, la surveillance des actifs appartenant à l'État se fonde sur un système de « liste négative »<sup>161</sup>, dans lequel les projets d'investissement sont divisés en catégories « interdites » et « surveillance spéciale ». Les entreprises centrales ne sont

---

<sup>157</sup> Les lois progressivement promulguées à partir de 1993 sont : le droit des sociétés, le droit du travail, le droit de la concurrence déloyale, le droit sur les banques commerciales ; et à partir de 2006 : le droit sur la faillite des entreprises, le droit de l'impôt sur le revenu des entreprises et le droit anti-monopole. Ces textes, parmi d'autres, garantissent un environnement commercial équitable aux entreprises d'État, aux entreprises privées et aux entreprises à capitaux étrangers.

<sup>158</sup> Plusieurs avis, 12 août 2005, sur l'encouragement au soutien et au développement de la propriété non publique et d'autres économies privées.

<sup>159</sup> OCDE, *Reviews of Regulatory Reform-China: Defining the Boundary between the Market and the State*, *loc. cit.*

<sup>160</sup> Baker McKenzie, *Bird's Eye View: Comparing Chinese Investment into North America and Europe*, 2016.

<sup>161</sup> En 2017, le Conseil des affaires de l'État révisé les « Mesures administratives sur la surveillance et la gestion des investissements des entreprises centrales » et les « Mesures administratives sur la surveillance et la gestion des investissements à l'étranger des entreprises centrales ». La nouvelle approche introduit une gestion par liste négative des investissements des entreprises centrales.

pas autorisées à investir dans des industries « interdites », et les projets dans des domaines qui font l'objet d'une « surveillance spéciale » doivent être autorisés par la SASAC.

**119. La qualification professionnelle requise.-** Le concept de qualification professionnelle est de plus en plus valorisé et le gouvernement propose d'en faire la première ressource du développement économique et social dans un avis<sup>162</sup> rendu en 2016. Cet avis confirme le rôle prédominant du Parti communiste chinois dans la sélection des compétences. Cependant, concernant les cadres dirigeants des entreprises publiques, ce texte évoque également l'intérêt d'augmenter de manière raisonnable la proportion de la sélection des compétences issues d'un recrutement externe, et de débloquer le flux de talents dans tous les types d'entreprises. Ainsi, le gouvernement est prêt à inviter les qualifiés dans tous les domaines et secteurs et tous les types d'entreprise. Cela n'empêche toutefois pas le Parti communiste de garder la main sur la sélection des compétences.

#### B) LA PRÉSENCE DU PARTI COMMUNISTE DANS L'ENTREPRISE PUBLIQUE

**120.** Un avis<sup>163</sup> continue d'insister sur la nécessité d'appliquer les consignes du Parti communiste et souligne que les formations assurées par le Parti sont un atout essentiel pour les entreprises publiques. Il confirme par ailleurs le cap mis sur l'économie de marché et le développement des entreprises publiques, celles-ci ayant vocation à devenir autonomes, autofinancées et à assumer leurs propres risques. Le Parti communiste se cantonne au rôle de bailleur de fonds visant à favoriser le développement d'entreprises modernes, dotées d'une personnalité et d'une structure indépendantes. Il est missionné par le gouvernement pour prévenir la perte d'actifs appartenant à l'État et la corruption des dirigeants d'entreprises publiques. Cependant, l'article 15 du *Règlement sur le travail des organisations primaires du Parti communiste chinois (essai)*<sup>164</sup> de 2020 publié par le Comité central du Parti communiste chinois dispose que les principales questions

---

<sup>162</sup> Avis, 21 mars 2016, sur l'approfondissement de la réforme du système et des mécanismes de développement des talents.

<sup>163</sup> Avis du Bureau général du Conseil des affaires de l'État, 2017, sur l'amélioration de la structure de gouvernance des entreprises publiques.

<sup>164</sup> Règlement, 5 janv. 2020, sur le travail des organisations primaires du Parti communiste chinois.

relatives<sup>165</sup> à la gestion des entreprises publiques doivent être étudiées et discutées par le Comité du Parti avant que les décisions ne soient prises par le conseil d'administration ou la direction. L'article 4 dispose que « si une entreprise publique compte au moins 100 membres du parti parmi ses salariés, alors un comité du Parti doit être établi ; si le nombre de membres est inférieur à 100, un comité peut également être établi avec l'approbation des instances supérieures du Parti ». Les entreprises publiques chinoises étant généralement de grande dimension, les comités du Parti sont omniprésents, la relation entre les entreprises publiques et le Parti est d'autant plus étroite. Ainsi, la réforme des entreprises publiques a épargné leur relation avec le Parti. Elles n'ont pas la maîtrise exclusive des choix stratégiques majeurs, qui doivent être discutés avec le comité du Parti avant soumission au conseil d'administration. Bien que cette influence politique s'exerce de manière consensuelle, elle suffit à démontrer que les entreprises publiques ne disposent pas pleinement d'une capacité de décision stratégique indépendante.

### C) LE SYSTÈME DE GESTION DES ACTIFS APPARTENANT À L'ÉTAT À PARTIR DE 2003

**121.** La gestion des actifs appartenant à l'État dans les entreprises publiques à compter de la réforme de 2003 s'organise entre les fonctions réglementaires, d'une part (1), et d'autre part, l'application du système d'exploitation autorisé par l'État (2).

#### 1). Les fonctions réglementaires

**122. Les autorités réglementaires.-** Depuis 2004, la supervision des entreprises publiques est assurée par un système à deux branches : la SASAC et le ministère des Finances. La SASAC supervise les entreprises publiques centrales, ainsi que les entreprises publiques locales par le biais de ses antennes régionales. Le ministère des Finances, quant

---

<sup>165</sup> Les questions à étudier et à discuter sont notamment les suivantes : 1. Une initiative majeure pour appliquer la décision et le déploiement du Comité central du Parti et pour mettre en œuvre la stratégie de développement national ; 2, les stratégies de développement des entreprises, les plans de développement à moyen et long terme, les programmes de réforme importants ; 3, les orientations en matière de réorganisation des actifs de l'entreprise, de transfert de droit de propriété, d'opérations de capital et de grands investissements ; 4, la mise en place et l'adaptation de la structure organisationnelle de l'entreprise, les règlements importants et les modifications ; 5, les questions majeure relatives à la sécurité de la production de l'entreprise, au maintien de la stabilité, aux droits et intérêts des employeurs, à la responsabilité sociale ; 6, d'autre questions importantes qui doivent être étudiées et discutées par le comité du Parti.



à lui, supervise les principaux types d'entreprises financières publiques, ainsi que les actifs publics des entreprises financières locales au niveau régional.

**123. Modalités du contrôle par la SASAC.** - En principe, les responsabilités de bailleurs de fonds incombent au Conseil des affaires de l'État, ou aux gouvernements locaux, mais dans la pratique, ce rôle est délégué à la SASAC. Pour ce faire, celle-ci dispose de deux échelons : un au niveau national, l'autre au niveau régional<sup>166</sup>. En résumé, une entreprise publique doit non seulement remplir le critère de détention par l'État du capital, ou du contrôle mais également être sous supervision de la SASAC. Cette double dimension de contrôle et de financement a d'ailleurs été envisagée par la Commission européenne, qui a notamment pris en considération l'ensemble des entreprises publiques chinoises d'un même secteur sous supervision de la SASAC pour le calcul du chiffre d'affaires dans l'affaire EDF/CGN/NNB<sup>167</sup> pour déterminer l'existence d'une concentration. La CE a même retenu que la SASAC ne joue pas le simple rôle de bailleur de fonds, mais intervient également dans la direction des entreprises.

**124. La création du Central Hui Jin.**- Elle répond à une exigence de la réforme du système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État. En effet, le modèle du Central Hui Jin adopte une structure à trois niveaux : le Conseil des affaires de l'État, le Central Hui Jin<sup>168</sup> et les institutions financières publiques. Pour accomplir sa mission en tant qu'actionnaire, le Central Hui Jin détache des administrateurs non exécutifs à plein temps dans les banques qu'elle détient pour exercer ses droits d'actionnaires au nom de l'État. Ces administrateurs non exécutifs sont des membres statutaires du conseil d'administration des institutions bancaires, mais ne reçoivent pas de salaire de la banque, étant rémunérés par le Central Hui Jin<sup>169</sup>. Des lignes directrices<sup>170</sup> donnent instruction au ministère des Finances de formuler un système unifié de gestion du capital financier public. Cette évolution majeure voit le représentant de l'État de nouveau transféré du Central vers

---

<sup>166</sup> V. *supra* n°68.

<sup>167</sup> V. *infra* n°498 et s.

<sup>168</sup> L'article 2 révisé des statuts du Central Hui Jin prévoit que la société prenne des participations dans des entreprises financières publiques clés avec l'autorisation du Conseil des affaires de l'État.

<sup>169</sup> C'est le Central Hui Jin qui nomme et révoque les administrateurs non exécutifs. Le conseil d'administration est composé d'administrateurs exécutifs et d'administrateurs non exécutifs en Chine, v. Lignes directrices, 19 juill. 2013, *pour la gouvernance d'entreprise des banques commerciales*. Les administrateurs non exécutifs désignent les administrateurs qui n'exercent pas de fonctions de direction dans les banques commerciales, tandis que les administrateurs non exécutifs représentent 41,6 % des effectifs.

<sup>170</sup> Lignes directrices, 18 juill. 2018, sur l'amélioration de la gestion du capital financier public.

le ministère des Finances. La désignation du Central en tant que représentant des banques est également supprimée. L'organisme d'enregistrement et de gestion des droits de propriété du capital financier public est désormais le ministère des Finances<sup>171</sup>.

**125.** Aujourd'hui, le Central Hui Jin partage le rôle d'investisseur représentant de l'État dans les banques publiques avec le Conseil national de sécurité sociale et le ministère des Finances<sup>172</sup>

## 2). L'application du système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État

**126.** En 2013, le système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État représentant une transition de la gestion « patrimoniale » des actifs publics vers la notion plus moderne de gestion du capital<sup>173</sup>. En 2015, des lignes directrices<sup>174</sup> proposent officiellement de réformer le système de gestion des actifs appartenant à l'État en se concentrant sur la gestion du capital<sup>175</sup>.

**127. La gestion des actifs appartenant à l'État.-** En 2017, Un programme<sup>176</sup> souligne une nouvelle fois les objectifs de séparation du « gouvernement et de l'entreprise, du gouvernement et du capital », ainsi que des droits de propriété et de gestion, et la surveillance des actifs appartenant à l'État. Le Conseil des affaires de l'État publie un avis<sup>177</sup> afin de donner un cadre aux « sociétés d'État d'investissement de capitaux »<sup>178</sup> et

---

<sup>171</sup> V. l'article 8 des Mesures, 20 sept. 2019, pour l'administration de l'enregistrement des droits de propriété sur le capital financier public (pour une mise en œuvre à titre d'essai).

<sup>172</sup> Y. Li, « Gouvernance des grandes banques commerciales publiques selon le modèle Hui Jin : *de facto et de jure* », *Academics* déc. 2019, n° 12, p. 64-76.

<sup>173</sup> Ce système est proposé lors de la troisième session plénière du 18<sup>e</sup> Congrès national du Parti communiste chinois.

<sup>174</sup> Lignes directrices, 24 août 2015, sur l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques par le Comité central du Parti communiste chinois.

<sup>175</sup> À partir de 2014, la SASAC lance des projets pilotes de sociétés d'État d'investissement et d'exploitation dans 21 entreprises centrales. À travers ces entreprises pilotes, le gouvernement accumule une expérience pertinente.

<sup>176</sup> Programme, 27 avr. 2017, de transformation des fonctions basées sur la gestion du capital par la SASAC.

<sup>177</sup> Avis, 14 juill. 2018, de mise en œuvre par le Conseil des affaires de l'État sur la promotion de la réforme des projets pilotes d'investissement et d'exploitation des sociétés d'État.

<sup>178</sup> Les sociétés d'investissement en capital appartenant à l'État utilisent principalement des actifs stratégiques de base pour servir les stratégies nationales et optimiser le déploiement du capital appartenant à l'État.

aux « sociétés d'État d'exploitation du capital »<sup>179</sup>. Ainsi, ce sont des sociétés publiques qui se situent dans le champ d'application de l'autorisation d'exploitation.

**128. Les fonctions des représentants des investisseurs.-** En 2019, une réforme<sup>180</sup> propose qu'en vertu du système d'opérations autorisées sur les capitaux appartenant à l'État, les institutions représentatives des investisseurs (y compris la SASAC, le ministère des Finances et d'autres départements) s'acquittent de leurs fonctions de quatre manières : (1) formuler et améliorer la liste négative ; (2) assumer des responsabilités des institutions représentatives des investisseurs, des assemblées d'actionnaires, du Parti communiste, du conseil d'administration, des dirigeants et des congrès des employés<sup>181</sup>. L'investisseur représente l'organisation et remplit les fonctions stipulées dans les statuts de la société, et exerce ses pouvoirs en assemblée générale. Il ne s'immisce pas directement dans la gestion de l'entreprise<sup>182</sup>. (3) L'institution représentative de l'investisseur reflète la volonté de ce dernier par le biais des administrateurs et envoie ou nomme des administrateurs dans les entreprises financées par l'État sur la base de la relation de fonds propres. (4) Les institutions représentatives des investisseurs assurent la gestion classifiée, l'agrément classifié et la décentralisation des entreprises publiques et réduisent le nombre de questions d'examen et d'agrément.

**129. Conclusion de la section.-** Lancée en 2003, la réforme des entreprises publiques a débouché sur l'adoption d'un système moderne de recrutement des cadres dirigeants, y compris de nationalités étrangères, en remplacement du système tourné vers la fonction publique. En outre, le modèle décentralisé de supervision est remplacé par un organisme gestionnaire dédié, la SASAC, tandis que le gouvernement délègue le pouvoir aux entreprises publiques elles-mêmes, dans le but de les rendre compétitives dans le monde moderne et elle n'intervient pas dans la gestion opérationnelle de l'entreprise en théorie. Enfin, la définition de l'entreprise publique évolue avec les modalités de supervision de la SASAC ; le critère du contrôle par l'État n'est plus la seule condition pour définir ces entreprises.

---

<sup>179</sup> Les sociétés d'exploitation du capital appartenant à l'État se concentrent principalement sur les avoirs financiers afin d'améliorer l'efficacité du capital public et d'augmenter les taux de rendement.

<sup>180</sup> Réforme, 19 avr. 2019, du système d'exploitation autorisé des capitaux appartenant à l'État.

<sup>181</sup> K. Guo, C. Jia et D. Li, « L'évolution et l'innovation de la réforme du système d'exploitation autorisé des capitaux publics », 30 avr. 2019.

<sup>182</sup> Le droit des sociétés et la Loi sur les biens appartenant à l'État sont précisés dans les statuts.

**130. Conclusion du chapitre.-** Les entreprises publiques doivent bénéficier d'une pleine autonomie en matière de gestion, à l'exception des industries stratégiques pour la sécurité nationale. Dans le cadre des réformes, l'exigence de supervision et de transparence des opérations des entreprises publiques est une condition nécessaire pour leur permettre de prospérer dans un environnement concurrentiel international. La Chine est un pays qui adhère à l'idéologie socialiste, le rôle du Parti dans le fonctionnement et le cadre réglementaire des entreprises publiques est un enjeu essentiel<sup>183</sup>. Les Avis de 2019<sup>184</sup> soulignent l'importance de réitérer la tutelle morale du Parti sur l'entreprise publique et ces dernières ont vocation à se développer de manière indépendante, tandis que les organismes de régulation exerceront un pouvoir de supervision complet, qui sera guidé par les directives du Parti. Le caractère évolutif du critère de définition de l'entreprise publique passe le capital au contrôle, plus concrètement la supervision de la SASAC. Le rôle de la SASAC ou la relation du parti communiste avec les entreprises publiques sont des obstacles.

La réforme des entreprises publiques n'est pas encore achevée. D'une part, vu l'évolution constante du critère de définition de l'entreprise publique chinoise, on peut légitimement se demander si la définition actuelle a vocation à la pérennité. D'autre part, le maintien d'un lien entre l'entreprise publique, la SASAC et surtout le Parti communiste est un obstacle à leur autonomie.

---

<sup>183</sup> OCDE, *Reviews of Regulatory Reform-China: Defining the Boundary between the Market and the State*, *loc. cit.*

<sup>184</sup> Avis de mise en œuvre de la Commission d'administration et de contrôle des actifs appartenant à l'État du Conseil des affaires de l'État, 28 nov. 2019, *sur l'accélération de la transformation de la surveillance des actifs publics en se concentrant sur la gestion des capitaux*.

## CHAPITRE 2 : LE DÉVELOPPEMENT DES INVESTISSEMENTS CHINOIS PERMIS PAR LA RÉFORME DU SYSTÈME BANCAIRE

---

**131. Histoire.-** Sous le système de planification sociale prévalant après 1949, le secteur bancaire chinois était quasiment inexistant. Avec le passage de l'économie planifiée d'État à l'économie de marché, des banques commerciales sont venues le combler. La création de quatre banques commerciales publiques fut suivie de l'essor des banques commerciales privées, puis de l'arrivée des banques étrangères, essayant des techniques de gestion modernes et favorisant un environnement propice pour stimuler la concurrence à travers l'ensemble du système bancaire chinois. Alors qu'on pouvait craindre une menace pour les banques chinoises, cette ouverture aux banques étrangères a permis de rassurer et de conforter les autorités chinoises dans cette option stratégique. Bien que le degré d'ouverture promis lors de l'adhésion à l'OMC ne soit atteint que progressivement, l'orientation générale des directives publiées par le gouvernement chinois est d'ouvrir davantage le secteur financier, y compris bancaire. À cet égard, un élément essentiel de cette ouverture repose sur la libéralisation du système bancaire afin de promouvoir les investissements à l'étranger.

**132.** L'une des conditions nécessaires pour que les entreprises chinoises puissent s'internationaliser est d'obtenir un soutien financier. Contrairement à certains pays occidentaux, le marché des capitaux n'est pas la principale source de financement des entreprises chinoises. En effet, 80 % à 90 % des fonds proviennent des institutions bancaires chinoises, grâce au soutien des banques politiques chinoises, dont la Banque de développement de Chine (BDC) et la Banque d'exportation et d'importation de Chine (BEIC). Celles-ci fournissent des fonds suffisants et favorisent les flux internationaux, afin que les entreprises chinoises puissent participer à des fusions ou acquisitions avec des entreprises à capitaux étrangers. À partir de 2013, la politique « *Belt and Road Initiative* », un projet de partenariat stratégique global qui doit relier les continents asiatique, européen et africain, ainsi que les routes maritimes, principalement fondé sur les infrastructures, a eu besoin de financements importants. Pour soutenir ce projet ainsi que des projets similaires, la Chine a créé un nouveau système financier multilatéral de développement pour soutenir

ce projet ainsi que des projets similaires. Ce nouveau système multilatéral se pose en alternative à celui hérité de Bretton Woods<sup>185</sup>, comblant les lacunes de ce dernier<sup>186</sup>. Un deuxième aspect fondamental résulte de la capitalisation du système bancaire afin de promouvoir l'investissement à l'étranger.

**133.** Ainsi, pour comprendre l'évolution du droit des investissements chinois, deux éléments essentiels du système bancaire pour la promotion de l'investissement à l'étranger doivent être envisagés : d'une part, la libéralisation du système bancaire (**section 1**), et d'autre part, une logique bancaire au service de la promotion des investissements étrangers (**section 2**).

## SECTION 1 : UNE LIBÉRALISATION DU SYSTÈME BANCAIRE POUR PROMOUVOIR L'INVESTISSEMENT À L'ÉTRANGER

**134. L'effet de la réforme de libéralisation.-** Les changements dans le secteur bancaire chinois reflètent les évolutions dans les autres secteurs de l'économie, en particulier dans les entreprises publiques. La réforme des entreprises publiques quant à elle favorise le développement et la réforme du secteur bancaire. De la création des banques publiques à l'essor des banques commerciales, en passant par l'arrivée des banques étrangères, le développement du secteur bancaire chinois a déclenché de vastes mouvements de capitaux, à la fois entrants et sortants. Afin de rendre le secteur bancaire chinois plus moderne et plus conforme aux normes internationales, son système de surveillance a fait également l'objet de réformes. L'étude du processus d'ouverture du système bancaire chinois (§1), sera suivie de celle du changement du système de réglementation (§2).

---

<sup>185</sup> Les accords de Bretton Woods fut un système monétaire international centré sur le dollar établi par les États-Unis après la Seconde Guerre mondiale pour remplacer le système monétaire international précédant centré sur l'or. Cependant, en raison de la dépréciation du dollar issue de multiples crises économiques, le système de Bretton Woods s'est finalement effondré en 1973, mais le dollar domine toujours l'économie et le commerce mondiaux.

<sup>186</sup> M. A. Carrai, « It Is Not the End of History: The Financing Institutions of the Belt and Road Initiative and the Bretton Woods System », in J. Chaisse et J. Gorski (dir.), *The Belt and Road Initiative*, p. 120-125.

## §1. LE PROCESSUS D'OUVERTURE DU SYSTÈME BANCAIRE CHINOIS

**135. L'apparition du processus.-** Le secteur financier joue un rôle tout aussi vital dans un pays socialiste que dans les pays occidentaux à économie de marché. C'est aussi un outil pour assurer la stabilité d'un pays. D'un point de vue historique, le développement du système bancaire chinois<sup>187</sup> débute par la création d'une seule banque centrale lors de la fondation de la République populaire de Chine, puis de son essor jusqu'à la mise en place d'un système bancaire international multilatéral moderne. Ses missions ont évolué, ainsi que sa responsabilité car celle-ci est passée d'une banque centrale servant l'économie planifiée nationale à celle d'une banque multilatérale de développement afin de soutenir divers projets d'infrastructure, d'énergie verte, etc.

**136.** Ce mouvement est similaire à l'ouverture du secteur bancaire aux quatre premières banques commerciales, puis aux banques privées ; ces changements ayant eux aussi complété le système bancaire chinois en quatre phases : 1978-1993, la récolte de fonds en devises **(A)** ; 1994-2002, la genèse du schéma général d'ouverture **(B)** ; 2003-2007, le développement rapide des atouts **(C)** ; 2008-2017, la quantité et la taille augmentent, la proportion diminue **(D)** ; 2018-aujourd'hui, qui marque une nouvelle politique pour une nouvelle ouverture **(E)**.

### A) 1978-1993 : LA RÉCOLTE DE FONDS EN DEVISES

**137. Le début de l'ouverture aux investissements.-** La Chine ouvre ses portes aux investisseurs étrangers en 1978. Le 5 décembre 1979, la Japon Export Bank<sup>188</sup> inaugure son bureau de représentation à Beijing (ou Pékin). La même année, la première loi sur les investissements étrangers entre officiellement en vigueur : c'est *la Loi sur les coentreprises sino-étrangères avec participation au capital*<sup>189</sup>. La création de la zone économique

---

<sup>187</sup> W. Chen, X. Zhang, Q. Xiong et X. Yuan, « Le secteur bancaire chinois est ouvert sur le monde extérieur: développement, influence et politique », in *Recherche en régulation financière (金融监管研究)*, n° 10, 2018.

<sup>188</sup> Dénomination actuelle: Japan Bank for International Cooperation.

<sup>189</sup> En octobre 1978, General Motors (États-Unis) propose le concept de *joint-venture* lors de négociations avec la partie chinoise sur le transfert de technologie pour les véhicules utilitaires lourds. Le président de la société, Thomas Murphy, a posé la question suivante à la délégation chinoise : « Pourquoi ne parlez-vous que du transfert de technologie avec nous, et pas d'une joint-venture ? ». Après que Li Lanqing (le chef du Bureau d'étude de l'usine de poids lourds) en eut fait part au gouvernement, Deng Xiaoping répondit : « Les joint-

spéciale de Shenzhen illustre l'objectif de mettre en place diverses politiques préférentielles au sein de zones dédiées afin d'attirer des fonds et des technologies du monde entier en Chine, par exemple : l'autonomie des entreprises, une fiscalité allégée, la mise à disposition de terrains, une gestion flexible des devises, etc. À cette époque, deux facteurs déterminants vont attirer les capitaux étrangers : la main-d'œuvre et les terrains bon marché. La Chine a besoin de la technologie, des capitaux et du savoir-faire étrangers. C'est l'origine du nouveau mantra du gouvernement : « Ouvrir le marché chinois en contrepartie d'un transfert technologique (*shi chang huan ji shu* 市场换技术)<sup>190</sup>. La Chine est prête à accueillir les investissements étrangers.

**138.** Dans le cadre de cette ouverture des marchés, les entreprises à capitaux étrangers débutent leurs activités sous d'excellents auspices. Parallèlement, la Nanyang Commercial Bank de Hongkong ouvre une succursale à Shenzhen en 1981, qui devient la première institution commerciale créée par une société hors du territoire national depuis le lancement des réformes et de l'ouverture. Dans l'objectif d'une adaptation continue aux besoins du développement économique et financier du pays, le secteur bancaire chinois s'est ouvert au monde extérieur et a progressivement étendu sa présence des zones économiques spéciales à plusieurs métropoles de l'intérieur et du littoral. Ainsi, une dizaine d'années plus tard (fin 1993) les banques étrangères avaient créé soixante-seize établissements dans treize villes de Chine, gérant des opérations de change pour les

---

ventures sont possibles ». La loi sur les joint-ventures est instituée l'année suivante. L'article 5 de cette loi dispose que « les Co-entrepreneurs étrangers doivent apporter des technologies et équipements d'investissement véritablement avancés et modernes, adaptés aux besoins de la Chine. S'ils trichent intentionnellement en fournissant des technologies ou des équipements obsolètes et causent ainsi des pertes, ils devront compenser ces pertes ». En outre, l'article 9 sur la vente des produits du joint-venture exhorte à « encourager les joint-ventures à vendre leur production hors de Chine (...) Les produits du joint-venture peuvent également être vendus sur le marché chinois. » Voir l'article « Évolution historique de la politique du marché de la technologie », L. Xia et L. Zhao, *Recherche en histoire chinoise contemporaine*, 15 mars 2012.

<sup>190</sup> La Chine, qui vient de se réformer et de s'ouvrir, a un besoin urgent de la technologie des pays occidentaux pour bâtir un pays moderne, tandis que les pays occidentaux traversent une période de morosité économique, la « stagflation ». Les gouvernements et entreprises occidentaux recherchent activement la coopération avec la Chine afin de s'ouvrir de nouveaux marchés. Cependant, la Chine souhaitant protéger son marché intérieur, ainsi qu'exporter davantage afin d'obtenir des devises et équilibrer sa balance des paiements, elle exige que la production des joint-ventures soit majoritairement destinée à l'exportation. Malgré cela, les investissements directs étrangers en Chine restent attractifs en raison de facteurs de production bon marché et un accès, même limité, au marché chinois. Dans un contexte politique international difficile, les investissements étrangers avaient commencé à diminuer, tandis que les importations du pays augmentaient, faute de technologie permettant de produire en Chine. Face à cette situation, le gouvernement a donc décidé d'attirer davantage de capitaux étrangers et, si nécessaire, d'ouvrir certains marchés intérieurs.



entreprises à participation étrangère et les résidents étrangers, avec un actif total de 8,9 milliards de dollars <sup>191</sup>.

**139. Le rôle de la Banque populaire de Chine.**- Lorsque les banques étrangères sont entrées en Chine pour la première fois à cette période, le système de surveillance financière chinois en était également à son stade initial de développement. Les responsabilités de la Banque populaire de Chine en tant que banque centrale sont particulièrement importantes. À l'origine, la Banque populaire de Chine, indépendante du ministère des Finances, jouait le double rôle de banque centrale et de banque commerciale pour l'ensemble du pays. À partir de 1979, quatre banques commerciales publiques sont créées : la Banque Agricole, la Banque de Chine, la Banque de Construction de Chine et la Banque Industrielle et Commerciale de Chine. Dorénavant, la Banque populaire remplirait exclusivement les fonctions de banque centrale. Couplé à l'arrivée de succursales de banques étrangères, le secteur bancaire chinois passe d'un système unibancaire à un système bancaire diversifié. Dans ce cadre, le gouvernement publie des règlements encadrant les activités des banques étrangères, notamment *les procédures de la Banque populaire de Chine*<sup>192</sup> en 1983. L'article 4 des procédures de la Banque populaire de Chine dispose que les demandes d'établissement d'un bureau de représentation résident et de ses agences en Chine doivent être soumises à la Banque populaire de Chine pour examen et approbation<sup>193</sup>. L'article 5 pose une triple condition à l'établissement d'une banque à financement étranger : (1) l'investisseur est une institution financière ; (2) il possède un bureau de représentation en Chine depuis plus de trois ans ; (3) son actif total à la fin de l'année précédente s'élevait à plus de 10 milliards de dollars.

**140.** L'article 6 énumère les conditions requises à l'établissement d'une succursale bancaire à capitaux étrangers : (1) posséder un bureau de représentation en Chine depuis plus de trois ans ; (2) l'actif total à la fin de l'année précédente s'élève à plus de 20 milliards de dollars ; (3) le pays ou la région d'origine dispose d'un système de

---

<sup>191</sup> Commission de réglementation bancaire de Chine, *Rapport sur l'ouverture du secteur bancaire chinois*, 22 mars 2007.

<sup>192</sup> Ils furent abrogés en 1991.

<sup>193</sup> Selon la « réglementation des banques étrangères et des banques joint-ventures dans les zones économiques spéciales de la République populaire de Chine » de 1985, abrogées depuis lors ; les « Règles provisoires de la Banque populaire de Chine concernant la gestion des opérations commerciales des banques étrangères et des banques joint-ventures dans les zones économiques spéciales » de 1987, abrogées depuis lors ; la « Réglementation pour l'administration des institutions financières à capitaux étrangers et des institutions financières à capitaux mixtes chinois et étrangers à Shanghai » de 1990, abrogée depuis lors.

supervision financière solide. Ainsi que l'article 7 précise les conditions pour demander la création d'une joint-venture bancaire ou d'une joint-venture société de financement : (1) toutes les parties au joint-venture sont des institutions financières ; (2) les investisseurs étrangers possèdent des bureaux de représentation en Chine. À ce stade, trois formes sont approuvées officiellement, à savoir la banque entièrement à capitaux étrangers, la succursale de banque étrangère, ou bien la banque joint-venture sinoétrangère.

### B) 1994-2002 : LA GENÈSE DU SCHÉMA GÉNÉRAL D'OUVERTURE

**141. Deux lois majeures concernant la supervision du système bancaire.-** En 1994, la Chine a promulgué le premier règlement régissant de manière exhaustive les banques étrangères<sup>194</sup>, qui définit les conditions d'accès au marché et les normes réglementaires applicables aux banques étrangères opérant en Chine. Ce texte marque le couronnement de l'entrée progressive des banques étrangères dans la voie du développement et de la légalisation en Chine. Dorénavant, les banques étrangères ont le droit d'établir des succursales dans toutes les villes du pays, et non plus uniquement dans les villes côtières ou les zones économiques spéciales. Un an plus tard, en 1995, deux lois majeures concernant la supervision du système bancaire sont promulguées : la *Loi sur la Banque populaire de Chine*<sup>195</sup> et la *Loi sur les banques commerciales*<sup>196</sup>. Avant la promulgation de ces deux lois, il existait un règlement provisoire intitulé *Règlement provisoire pour les banques*<sup>197</sup>, qui régissait les banques et autres institutions financières. Ce texte provisoire désignait la Banque populaire de Chine comme banque centrale et lui confiait certaines missions, comme par exemple l'étude et la formulation de directives et de politiques pour moderniser le système financier du pays. De ce fait, sur le socle de ces dispositions provisoires, les deux lois ont commencé à bâtir le cadre du système juridique de réglementation bancaire.

---

<sup>194</sup> Réglementation sur la gestion des institutions financières à capitaux étrangers. Elle est remplacée par la Réglementation sur l'administration des banques à financement étranger en 2006.

<sup>195</sup> Loi, 5 déc. 2000, sur la banque populaire de Chine.

<sup>196</sup> Loi, 6 déc. 2000, sur les banques commerciales.

<sup>197</sup> Ce règlement provisoire fut abrogé en 2001.

**142. Une série de réglementations.-** Le gouvernement chinois a introduit une série de réglementations pour les banques étrangères<sup>198</sup> dans le cadre de son adhésion de l'OMC. La nouvelle réglementation publiée par le Conseil des affaires de l'État indique : une institution financière à capitaux étrangers peut s'installer dans n'importe quelle ville du territoire chinois si elle remplit les conditions ; elle peut fournir des services de change sans aucune restriction de clientèle ; elle pourra également créer des joint-ventures avec l'entité chinoise. En effet, le champ géographique et économique des activités en renminbi (la monnaie chinoise ci-après : RMB) est élargi. En 2002, la Banque populaire de Chine formule des règles détaillées<sup>199</sup>, exigeant notamment que l'actionnaire unique ou le principal actionnaire d'une banque étrangère doive être une banque commerciale.

### C) 2003-2007 : LE DÉVELOPPEMENT RAPIDE DES ATOUTS

**143. La naissance de l'autorité de régulation : la Commission de réglementation bancaire de Chine.-** En 2003, la Commission de réglementation bancaire de Chine (CRBC) voit le jour<sup>200</sup>. Dans la foulée, la supervision des banques étrangères est transférée de la Banque populaire de Chine à la CRBC. La création de cette dernière marque une volonté d'ouverture sur le monde extérieur afin d'accélérer le développement du secteur bancaire chinois<sup>201</sup>. Entre 2003 et 2007, la croissance des actifs des banques étrangères en Chine est aussi très rapide, avec un taux de croissance annuel moyen de 30 %<sup>202</sup>. La Chine élimine les restrictions sur l'étendue géographique et le périmètre de services des banques à financement étranger (ci-après : banques étrangères) exerçant des activités en RMB, et supprime toutes les restrictions non prudentielles applicables aux

---

<sup>198</sup> En 1996, le « Règlement provisoire sur l'exploitation d'institutions financières à capitaux étrangers exerçant des activités en RMB à Shanghai Pu Dong ». En 1998, l'« Avis sur l'approbation des questions pertinentes concernant l'agrément des banques étrangères pour participer au crédit interbancaire » ; En 1999, l'« Avis sur l'élargissement du champ d'activité des banques étrangères en RMB à Shanghai et Shenzhen » ; En 1999, les « Mesures provisoires de la Banque de Construction de Chine sur la gestion du financement en RMB par des banques étrangères ».

<sup>199</sup> Règles détaillées, 11 déc. 2006, pour la réglementation sur la gestion des institutions financières à capitaux étrangers.

<sup>200</sup> La loi sur la supervision et l'administration bancaires définit et clarifie les responsabilités de la CRBC. Les mesures pour l'administration des investissements et de l'actionnariat dans les institutions financières à financement chinois par les institutions financières à l'étranger. Les mesures modifient le système d'approbation pour les banques étrangères investissant dans des banques chinoises. Elles sont abrogées en 2018 afin de supprimer les restrictions sur la proportion d'actions étrangères détenues par les banques chinoises et les institutions financières à l'étranger et ainsi d'aligner les règles de ratio d'action pour les investissements nationaux et étrangers.

<sup>201</sup> Cette loi, avec celles sur la Banque populaire de Chine et sur les banques commerciales, forment les trois lois bancaires, et constitue le socle de la législation bancaire.

<sup>202</sup> Grâce à la politique de la libéralisation des opérations de change des banques étrangères.

banques étrangères en 2007<sup>203</sup>. Bien que le nombre d'institutions et d'actifs de banques étrangères en Chine augmente, la proportion de leurs actifs dans le secteur financier bancaire reste faible : entre 2003 et 2007, cette proportion passe de 1,5 % à 2,3 %<sup>204</sup>.

**144. Le choix de l'organisation.-** En théorie, les banques étrangères ont quatre options pour s'implanter en Chine : (1) la succursale ; (2) la prise de participation ; (3) le joint-venture ; (4) la création d'une banque à capitaux entièrement étrangers. En pratique, les banques ont tendance à choisir les deux premières voies, jugées moins risquées. Lorsqu'une banque étrangère achète des actions dans une banque chinoise, elle peut cibler trois types de banques : les banques commerciales par actions, les banques commerciales urbaines<sup>205</sup> ou les banques commerciales publiques. Au fil du temps, l'investissement étranger dans le secteur bancaire chinois s'est déplacé de la prise de participation dans les banques de petites et moyennes tailles et les banques commerciales urbaines vers celle dans les banques commerciales publiques, avec un ratio de participation en augmentation continue. Avec la poursuite des réformes de la réglementation et l'amélioration des pratiques de surveillance bancaire, le mode de pénétration du secteur financier chinois pour les banques étrangères évolue de la création de succursales vers l'acquisition de banques chinoises. L'achat d'actions est progressivement devenu le mode privilégié par les investisseurs étrangers souhaitant s'implanter dans le secteur bancaire chinois.

**145. La nouvelle réglementation.-** Le gouvernement chinois applique les mêmes règles pour les banques étrangères et les banques chinoises à partir de 2007. Les règles détaillées sur les banques étrangères sont promulguées<sup>206</sup>. Selon celles-ci, il existe

---

<sup>203</sup> Annonce de la Commission de réglementation bancaire de la Chine, sur les questions pertinentes après la promulgation des règles détaillées d'application des règlements de la République populaire de Chine sur l'administration des banques à capitaux étrangers.

<sup>204</sup> Z. Deng, H. Guo et G. Kong, « Efficiency Spillovers of Foreign Direct Investment in the Chinese Banking System », *Global Economic Review*, 2011, n° 40, p. 179-191 ; W. Chen, X. Zhang, Q. Xiong et X. Yuan, « Le secteur bancaire chinois est ouvert sur le monde extérieur : développement, influence et politique », in *Recherche en régulation financière*, préc.

<sup>205</sup> En 1994, les activités de soutien politique et les activités commerciales des banques publiques se séparent. Le gouvernement transforme les coopératives de crédit urbain en banques commerciales urbaines. Selon l'article 2 des « Mesures administratives provisoires pour les banques commerciales urbaines », les banques commerciales urbaines prennent la forme de sociétés anonymes. V. S. Ba, X. Liu et B. Niu, « Recherche sur l'interaction entre la gouvernance locale et la réforme bancaire dans le système financier chinois pendant la période de transition », *Recherche en régulation financière* 2005, n° 5, p. 28-29.

<sup>206</sup> Le règlement sur les banques à financement étranger fut révisé en 2019. Les trois modifications principales sont: (1) la condition d'un actionnaire unique ou majoritaire d'une banque entièrement étrangère ou une banque en coentreprise sino-étrangère ; (2) les banques étrangères peuvent créer en même temps des banques à capitaux entièrement étrangers et des succursales de banques étrangères en Chine ; (3) l'assouplissement des restrictions sur les activités bancaires à capitaux étrangers ; Règles détaillées, 18 dec. 2019, pour la mise en œuvre sur les banques à financement étranger.

quatre hypothèses : (1) celle de la banque à financement étranger exclusivement ; (2) celle de la joint-venture sinoétrangère ; (3) celle de la succursale d'une banque étrangère ; et (4) celle du bureau de représentation d'une banque étrangère. Ces nouvelles règles autorisent aussi les banques étrangères à restructurer leurs succursales<sup>207</sup> pour en faire des banques autonomes à capitaux entièrement étrangers. À la fin de 2006, 29 institutions étrangères avaient investi dans 21 banques chinoises, représentant 19 milliards de dollars<sup>208</sup>. Un an plus tard, un total de 25 banques chinoises avait accueilli 33 investisseurs institutionnels étrangers pour un investissement total de 21,2 milliards de dollars<sup>209</sup>. Alors que le gouvernement chinois s'est engagé à enrichir les lois et réglementations des banques étrangères afin de fournir un environnement stable pour attirer les banques étrangères, mais le développement des banques étrangères en Chine se fait plus prudent après la crise financière asiatique de 1997.

*D) 2008-2017 : LA QUANTITÉ ET LA TAILLE AUGMENTENT, LA PROPORTION DIMINUE*

**146. La chute de la croissance des actifs des banques étrangères.-** Le rythme d'expansion des banques étrangères sur le marché chinois est à nouveau affecté depuis la crise financière asiatique. En 2008 et 2009, le taux de croissance des actifs des banques étrangères en Chine recule, se repliant à 7,4 %. De 2010 à 2011, avec la reprise progressive de l'activité économique, le taux de croissance des actifs des banques étrangères en Chine revient à 29,1 % et 23,6 %. Mais depuis 2012, la croissance des actifs s'est stabilisée et le taux de croissance annuel moyen se maintient autour de 7 %. Le nombre de banques étrangères opérant en Chine (hors sous-branches) passe de 311 en 2008 à 475 en 2016<sup>210</sup>. Cependant, en raison de la croissance rapide des petites et moyennes banques et de la crise financière internationale, le taux de croissance des actifs des groupes bancaires à capitaux étrangers diminue considérablement. Le taux de croissance moyen de l'actif des cinq plus grandes banques étrangères en Chine chute de 15,4 % à 3,6 % à l'occasion de la crise

---

<sup>207</sup> Avis du bureau général de la Banque populaire de Chine, 17 janv. 2007, sur les questions liées à la restructuration des banques étrangères.

<sup>208</sup> Rapport, 22 mars 2007, sur l'ouverture du secteur bancaire chinois.

<sup>209</sup> W. Chen, X. Zhang, Q. Xiong et X. Yuan, « Le secteur bancaire chinois est ouvert sur le monde extérieur : développement, influence et politique », in *Recherche en régulation financière*, préc.

<sup>210</sup> *Ibid.*

(2009-2017)<sup>211</sup>. En effet, les banques étrangères ont réalisé d'importants bénéfices avec l'introduction en bourse des banques chinoises dans le cadre de la réforme du système d'actionnariat. Ils ont choisi d'investir ces recettes dans les petites et moyennes banques en plein essor afin de développer davantage leurs marchés et de trouver de nouvelles opportunités en Chine. Entre 2008 et 2017, les banques étrangères se sont retirées du capital d'au moins dix grandes banques chinoises, avec pour corollaire une réduction de 8,1 milliards de yuans (1,04 milliard d'euros) de leurs actifs bancaires, tout en investissant dans 15 autres petites et moyennes banques<sup>212</sup>.

**147. Une révision de la réglementation.-** Le gouvernement chinois continue de réformer les lois et règlements des banques étrangères<sup>213</sup> pour réduire les restrictions aux banques étrangères<sup>214</sup>. Les banques étrangères mentionnées ici sont les banques à capitaux entièrement étrangers, les banques à participation étrangère, les joint-ventures sinoétrangères, les succursales de banques étrangères et les bureaux de représentation de banques étrangères. Les sociétés de financement ne sont plus concernées par ces mesures. Les conditions pour la création de banques à capitaux entièrement étrangers et de banques à participation étrangère évoluent également. À partir de 2015, les mesures n'exigent plus un ratio de fonds propres de 8 %, cependant que le capital social minimum est revu à la hausse, s'élevant désormais à 1 milliard de yuan (128 millions d'euros)<sup>215</sup>.

**148. L'annulation des licences administratives.-** L'avis du 25 juillet 2017<sup>216</sup> indique que les banques à capitaux étrangers, les banques joint-ventures et les succursales de banques étrangères peuvent coopérer avec la banque mère pour mener une activité commerciale sur le territoire national et à l'étranger. Cet avis donne le feu vert officiel aux opérations bancaires partout dans le monde. Le but de cet avis est d'annuler les exigences

---

<sup>211</sup> *Ibid*

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> Par exemple, les mesures de mise en œuvre de la Commission de réglementation bancaire, 13 fév. 2018, *pour les licences administratives relatives aux banques à financement étranger*.

<sup>214</sup> Par exemple, les conditions d'exploitation des activités en renminbi imposent une présence sur le territoire de Chine depuis au moins un an au moment de la demande. La version du règlement de 2006 posait des conditions plus strictes : (1) plus de 3 ans de présence avant la demande et (2) être bénéficiaire pendant les deux années précédant la demande.

<sup>215</sup> En 2006, le capital social minimum s'élevait à un montant en devises librement convertible équivalent à 300 millions de yuans (38,5 millions d'euros). En outre, l'actionnaire unique ou le principal actionnaire devait être une banque commerciale dont le ratio de fonds propres n'est pas inférieur à 8 %, l'actionnaire unique de la banque commerciale ou le principal actionnaire de la partie étrangère devant être une banque commerciale dont le ratio de fonds propres n'est pas inférieur à 8 %.

<sup>216</sup> Avis du Bureau général de la Commission de réglementation bancaire de la Chine, 25 juill. 2017, *sur des questions concernant certaines activités de banques à capitaux étrangers*.

en matière de licences administratives pour certaines opérations : (1) une banque à capitaux entièrement étrangers ou une banque joint-venture exercera les activités de souscription de la dette nationale et n'aura pas besoin d'obtenir la licence administrative de la CRBC ; (2) une banque à capitaux entièrement étrangers, une banque joint-venture ou une succursale de banque étrangère exerçant des activités de conservation et/ou proposant des services de conseil tels que des conseils financiers, ne doit pas obligatoirement obtenir une licence administrative. Toutefois, les activités susmentionnées doivent être déclarées aux autorités dans les cinq jours suivant leur lancement.

**149. La progression de l'ouverture du secteur bancaire.-** À la fin de 2017, la CRBC favorise la politique de l'ouverture du secteur bancaire. Le premier volet consiste à assouplir les restrictions sur les champs d'activités des banques étrangères et à promouvoir la diversification du système financier national. Le second volet consiste à, par exemple, élargir la taille des banques étrangères, à annuler le délai d'accréditation des banques étrangères<sup>217</sup>. Le troisième volet est d'optimiser la réglementation, ajuster les exigences en matière de gestion du fonds de roulement ainsi que de guider les succursales de banques étrangères pour faire jouer leurs avantages opérationnels et améliorer leur compétitivité<sup>218</sup>.

**150. Les nouvelles mesures.-** Le processus d'ouverture du secteur bancaire et financier s'accélère à partir de 2017. Parmi les nouvelles mesures, un avis sur des questions concernant certaines activités de banques à capitaux étrangers a défini cinq politiques réglementaires spécifiques pour les banques à capitaux étrangers : (1) les banques à capitaux entièrement étrangers et les banques joint-ventures peuvent exercer des activités de souscription d'obligations du Trésor et n'ont plus besoin d'obtenir l'approbation de la CRBC ; (2) les banques à capitaux entièrement étrangers, les banques joint-ventures et les succursales de banques étrangères peuvent exercer des activités de dépôts sans l'aval de la CRBC ; (3) les banques à capitaux entièrement étrangers, les banques joint-ventures et les succursales de banques étrangères peuvent fournir des services de conseil sans l'aval de la CRBC ; (4) les banques à capitaux entièrement étrangers, les banques joint-ventures et les

---

<sup>217</sup> Ainsi qu'à aider les succursales de banques étrangères à s'engager dans des activités liées aux obligations d'État, à assouplir les règles applicables aux succursales de banques étrangères afin de répondre aux exigences en matière de dépôts, à soutenir les banques étrangères sur les marchés financiers et à renforcer la vitalité du système financier.

<sup>218</sup> Commission de réglementation bancaire de la Chine, « La Commission de réglementation bancaire chinoise promeut activement l'ouverture du secteur bancaire », *Gouvernement central chinois*.

succursales de banques étrangères peuvent coopérer avec leur banque mère pour mener une coopération commerciale nationale et internationale ; (5) les banques à capitaux entièrement étrangers et les banques joint-ventures peuvent investir dans des institutions financières bancaires nationales.

E) 2018-AUJOURD'HUI : LA NOUVELLE POLITIQUE, LA NOUVELLE OUVERTURE

**151. Le rôle des banques étrangères en Chine.-** Les banques étrangères ont quant à elles joué un rôle actif et irremplaçable dans l'internationalisation des entreprises chinoises. Après leur entrée en Chine, les banques étrangères ont allégé les contraintes de financement auxquelles étaient confrontées certaines entreprises privées dans leur développement à l'international. Les entreprises chinoises n'avaient pas une connaissance étendue du marché international et manquaient de connaissances opérationnelles et d'expérience en matière d'investissements étrangers, comme par exemple, les fusions et acquisitions au début de la politique « Go Out »<sup>219</sup>. Certaines études ont montré que le degré d'internationalisation des entreprises ayant obtenu des prêts auprès de banques étrangères est plus élevé que celui des entreprises qui n'ont pas emprunté auprès d'elles, et que la réputation des banques étrangères est un facteur accélérant dans le processus d'internationalisation des entreprises chinoises, leur permettant de bénéficier d'un meilleur accueil à l'étranger<sup>220</sup>. Plus le système bancaire est ouvert, plus la concurrence entre les banques étrangères et les banques chinoises est équitable au sein d'un même cadre réglementaire, plus le développement du secteur bancaire est stimulant et plus les entreprises chinoises peuvent accéder à des financements dans le cadre de leur internationalisation. À partir de 2018, le système de réglementation bancaire change de modèle.

---

<sup>219</sup> C. M. Buckley, I. Kesternich, A. Lipponer, A. et M. Schnitzer, « Financial Constraints and Foreign Direct Investment », *Journal of International Business Studies* 2007, vol.38, n° 4, p. 499-518.

<sup>220</sup> L. Lian et C. Chen, « Foreign Bank Lending and Chinese Firms Internationalization », *Finance & Trade Economics* 2017, n° 2, p. 77-95.



## §2. LE CHANGEMENT DU SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION

**152. Le déroulement du système de réglementation.-** Le secteur bancaire chinois s'est construit en un laps de temps relativement court, et la supervision du secteur bancaire est encore plus récente, ayant débuté en 1978. Au tout début de la réforme et de l'ouverture, la Banque populaire de Chine avait assumé une double identité de banque centrale et de banque commerciale, c'est-à-dire à la fois régulateur et opérateur commercial. À partir de 1984, avec la création des quatre grandes banques commerciales, la Banque populaire de Chine a rompu avec sa fonction de banque commerciale, endossant exclusivement le rôle de banque centrale, y compris dans la supervision du secteur financier chinois (banques, valeurs mobilières, assurances, etc.). Le champ d'application de la réglementation de la Banque populaire de Chine fut modifié par la création de la Commission de régulation des marchés financiers de Chine (*China Securities Regulatory Commission (CSRC)*) en 1992 et de la Commission de régulation des assurances de Chine (*China Assurances Regulatory Commission (CARC)*) en 1998. Le secteur des valeurs mobilières et le secteur des assurances sont supervisés et gérés séparément par les deux commissions.

**153. Le nouveau cadre réglementaire.-** Le cadre réglementaire du secteur bancaire chinois fut refondé en 2003, lorsque la CRBC<sup>221</sup> a remplacé la Banque populaire de Chine en tant que régulateur de l'ensemble du secteur bancaire et des institutions financières<sup>222</sup>. La CRBC est une institution de niveau ministériel relevant directement du Conseil des affaires de l'État et son budget et ses sources de financement sont directement contrôlés par ce dernier<sup>223</sup>. Une mise en œuvre des principales mesures annoncées en 2017 relatives à l'assouplissement des restrictions sur le taux de participation étrangère dans le secteur bancaire et de certaines restrictions à la création d'institutions financières étrangères est encore soulignée dans le discours du président XI Jinping au Forum de *Boao* pour l'Asie en 2018. En effet, la Commission de réglementation des banques et la

---

<sup>221</sup> Malgré sa dépendance formelle vis-à-vis du gouvernement, la CRBC a le plein pouvoir de supervision du marché bancaire, y compris pour l'accès au marché bancaire et la supervision des opérations, ainsi que les enquêtes et les sanctions en cas de violation des lois et règlements.

<sup>222</sup> Loi, 31 oct. 2006, sur la réglementation et la gestion des banques. L'article 5 de la loi dispose que « la supervision et la gestion des établissements bancaires par la Commission et leurs fonctionnaires sont mandatées par la loi. Les administrations de tous niveaux, y compris local, les organisations sociales ainsi que les individus ne sont pas autorisés à intervenir ».

<sup>223</sup> Y. Chen et T. Chen, « Research on the Legal Nature of China Banking Regulatory Commission », *Science of law* 2012, n° 1, p.74

Commission de réglementation des assurances<sup>224</sup> ont fusionné pour former une nouvelle Commission de réglementation des banques et des assurances de Chine (CRBA). Dans le même temps, avec la levée des restrictions sur la proportion d'actions étrangères détenues par les banques et les sociétés de gestion d'actifs financiers, les banques étrangères ont obtenu l'alignement de leur statut sur celui des banques nationales. Les banques étrangères sont par ailleurs autorisées à créer des succursales et des filiales en Chine. L'année 2018 marque une évolution importante pour le système de supervision bancaire avec la CRBA, qui unifie la supervision des secteurs de la banque et de l'assurance pour exercer un contrôle plus efficace et indépendant<sup>225</sup>. Avec la mise en œuvre des trois réglementations révisées en 2019<sup>226</sup>, l'ensemble des activités bancaires peuvent être menées par les banques commerciales chinoises ou les banques étrangères indifféremment. Ce nouvel environnement commercial permet aux banques étrangères de mieux coopérer et/ou de concurrencer les banques commerciales financées par l'État chinois.

**154.** Dans les « Principes fondamentaux d'un contrôle bancaire efficace »<sup>227</sup> du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, il est souligné que l'indépendance est une caractéristique primordiale pour un contrôle efficace et que les institutions de contrôle bancaire doivent en bénéficier pour s'acquitter de leur mission. L'indépendance est un des éléments essentiels de l'approfondissement de la réforme du système de réglementation financière présentée par le président Xi Jinping lors des allocutions de la Conférence centrale sur le travail économique de décembre 2022. En conséquence, l'Administration nationale de régulation financière de Chine (ANRF) a eu lieu et a remplacé la CRBA. Toutes les activités financières sont soumises à la supervision de l'ANRF, à l'exception des activités liées aux valeurs mobilières<sup>228</sup>, afin d'éviter les lacunes réglementaires pour les nouvelles institutions dans le cadre de l'innovation financière.

---

<sup>224</sup> Commission chinoise de réglementation bancaire et la Commission chinoise de réglementation des assurances

<sup>225</sup> La CBIRC naît de la fusion de la Commission de réglementation des banques avec la Commission de réglementation des assurances.

<sup>226</sup> Mesures de mise en œuvre de la Commission chinoise de réglementation des banques et des assurances, 26 déc. 2019, *pour les licences administratives concernant les banques à capitaux étrangers* ; Règlement, 30 sept. 2019, *sur l'administration des banques à capitaux étrangers*. Dernière révision le 30 septembre 2019 ; Règles détaillées, 18 déc. 2019, *pour la mise en œuvre du règlement sur l'administration des banques à capitaux étrangers*.

<sup>227</sup> Bank for International Settlements, *Core principles for effective banking supervision*, Bank for International Settlements, 2012.

<sup>228</sup> Les activités liées aux valeurs mobilières soumise à la supervision de la Commission chinoise de réglementation des valeurs mobilières.

**155. Conclusion de la section.-** La réforme du système bancaire a permis le développement vigoureux des banques étrangères en Chine. À partir de 2018, le gouvernement chinois a ouvert le secteur bancaire au monde extérieur à travers le traitement national et la gestion de liste négative. Les investisseurs étrangers peuvent accéder à tout secteur ne figurant pas dans la liste négative. Le secteur des services financiers est soumis aux mêmes exigences et normes réglementaires pour les institutions chinoises et étrangères en termes de ratio d'actionnariat, de forme d'établissement, de qualifications des actionnaires, de champ d'activité, de nombre de licences. La naissance de l'ANRF a été cruciale pour améliorer la transparence et l'efficacité de l'examen et de l'approbation administratifs et de mieux superviser les institutions chinoises et étrangères. Le système de réglementation bancaire ou financière de la Chine a évolué avec l'émergence des nouvelles institutions financières et des institutions financières étrangères. La réforme de ce système s'est achevée par la création de l'ANRF.

## SECTION 2 : UNE LOGIQUE BANCAIRE AU SERVICE DE LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

**156. Le système bancaire politique.-** Dans sa « Décision sur la réforme du système financier »<sup>229</sup> promulguée en 1993, le Conseil des affaires de l'État annonça la création d'un nouveau système bancaire politique dans lequel le financement des projets politiques ne serait plus assuré par les quatre grandes banques commerciales, mais par trois banques politiques formellement créées en 1994 à ces fins : la banque d'exportation et d'importation de Chine (BEIC), la Banque de développement agricole et la banque de développement de Chine (BDC). Ces trois banques politiques se consacrant aux projets d'investissement politiques du pays, la responsabilité du financement des investissements à l'étranger incombe principalement à la BDC et la BEIC<sup>230</sup>. Dans le cadre de la stratégie BRI lancée en 2013, la Chine a commencé à mettre en place un système de développement financier international pour améliorer le système de financement de l'ensemble du projet. Une bonne compréhension de la capitalisation du système bancaire passe par l'examen de

---

<sup>229</sup> Décision du Conseil des affaires de l'État, 25 déc.1993, *sur la réforme du système financier*.

<sup>230</sup> La Banque de développement agricole soutient principalement financièrement les politiques concernant « le rural, l'agriculture et l'agriculteurs » ; elle est exclue de l'objet de notre étude.

deux aspects, d'une part la fonction politique du système bancaire interne (§1), d'autre part le système financier multilatéral de développement (§2).

### §1. LA FONCTION POLITIQUE DU SYSTÈME BANCAIRE INTERNE

**157. Le rôle de la banque politique.-** Le financement des banques politiques est assuré par des injections de capitaux provenant du budget de l'État chinois, ainsi que du marché obligataire en RMB. Les banques politiques chinoises jouent le même rôle que les banques multilatérales de développement traditionnelles (comme la Banque mondiale, la Banque asiatique de développement, la Banque africaine de développement, etc.) dans l'intermédiation entre les marchés obligataires et leurs emprunteurs. Par contre, les banques politiques ont l'avantage d'un taux d'intérêt souverain préférentiel et ont accès à des lignes de crédits supplémentaires auprès de la Banque populaire de Chine qui, de fait, apporte une subvention pour leurs prêts de développement. Les banques politiques chinoises disposent d'un pouvoir de financement important en raison de ratios d'endettement nettement plus élevés que ceux autorisés dans le système établi des banques multilatérales de développement<sup>231</sup>. En effet, la raison d'être des banques politiques est de permettre la mise en œuvre de politiques nationales telles que la stratégie « *Go Out* », « *Made in China 2025* », « *BRI* » ou régionales comme les programmes d'investissement industriel, ainsi que de pallier les insuffisances du financement de l'économie par les banques commerciales. Parmi elles, les deux banques politiques, considérées comme les plus importantes dans le financement des investissements chinois à l'étranger, sont la Banque de développement de Chine (A) et de la Banque d'exportation et d'importation de Chine (B).

#### A) LA BANQUE DE DÉVELOPPEMENT DE CHINE (BDC)

**158. L'importance de la BDC.-** La genèse et le parcours de la Banque de développement de Chine<sup>232</sup> peuvent être considérés comme un résumé de la croissance de

---

<sup>231</sup> A. Oqubay et J. Y. Lin, *China-Africa and an economic transformation*, Oxford Press, 2019, p. 152.

<sup>232</sup> La Banque de Développement de Chine, créée en 1994, est une institution financière sous l'autorité directe du Conseil des affaires d'État de Chine. En décembre 2008, elle est restructurée en société par actions. En mars 2015, le Conseil des affaires de l'État indique que la Banque est vouée à remplir le rôle d'institution financière de développement.

l'investissement chinois à l'étranger et son rôle est irremplaçable. Sans l'appui de la BDC, les investissements chinois à l'étranger n'auraient pas connu une telle réussite. ZTE, Huawei, Petro China, Sinopec et la State Grid Corporation of China (SGCC), ainsi que d'autres entreprises chargées de développer des marchés à l'étranger ont très largement bénéficié du soutien financier de la BDC. Les fonds de la BDC ont été déployés aux quatre coins du monde, de Wuhu (Chine) à Caracas (Venezuela), de l'Afrique à l'Europe<sup>233</sup>. À l'origine, la banque avait été créée pour résoudre la division de la mission entre les banques commerciales et les banques politiques<sup>234</sup>.

**159. La BDC en difficulté.**- La BDC hérite des activités de financement des politiques publiques assurées jusque-là par la China Construction Bank et les six principales sociétés d'investissement<sup>235</sup>. Elle a profondément modifié son organisation en 1998, car la BDC était en état de quasi-faillite pour les raisons suivantes<sup>236</sup> :

- (1). Le transfert des créances irrécouvrables de la Banque de construction de Chine et des six sociétés d'investissement vers la BDC.
- (2). Sur un plan structurel, les six sociétés d'investissement n'ayant qu'un siège à Beijing et pas de succursales dans d'autres villes, la BDC utilise ce même modèle. Ainsi, elle est obligée de confier l'activité de prêt à des banques locales partenaires. En raison de ses difficultés à exercer une surveillance intersectorielle efficace de

---

<sup>233</sup> H. Sanderson et M. Forsythe, *China's Superbank: Debt, Oil and Influence – How China Development Bank is Rewriting the Rules of Finance*, John Wiley & Sons, 2013. En 1998, le président de la BDC, Chen Yuan, propose à Hui Liangyu, préfet de la province d'Anhui, de construire conjointement une infrastructure locale en combinant les moyens financiers de la BDC et les avantages organisationnels des gouvernements locaux. À cette époque, la BDC et la société d'investissement partenaire dans la construction de la ville de Wuhu, avaient signé un accord de prêt d'un montant de 1 milliard de RMB, à l'usage des six grands projets d'infrastructure de la ville, sous la responsabilité du service des finances de la ville. Cette approche coopérative a par la suite été appelée « modèle Wuhu », devenant non seulement le principal mode de financement de l'urbanisation en Chine, mais également celui du financement des entreprises chinoise à travers le monde.

<sup>234</sup> Q. Xu, « Banque de développement de Chine : réinventer et promouvoir la restructuration du système financier », in *Global Development Perspective* (dir.), *Working Paper No. 17.001*, 2017. Avant 1994, les banques commerciales assuraient les fonctions aujourd'hui dévolues aux banques politiques. Par exemple, la Banque Agricole de Chine finançait un grand nombre d'entreprises liées aux politiques agricoles nationales ; le champ d'activité de la Banque de Construction de Chine couvrait des projets de financement d'infrastructures publiques. C'est pour cela que le gouvernement crée les trois banques politiques sont nées de la volonté du gouvernement de séparer des activités de financement de politiques du système bancaire commercial.

<sup>235</sup> Les six principales sociétés d'investissement se consacrent chacune à l'un des secteurs suivants : l'énergie, le transport, le textile électromécanique, la matière première, l'agriculture, la foresterie.

<sup>236</sup> Q. Xu, « Banque de développement de Chine : réinventer et promouvoir la restructuration du système financier », préc.

ses agents, elle doit essayer des pertes sur créances significatives. Parce que l'efficacité de ces agences et la qualité de leurs services ne sont pas très élevées et que l'approbation des fonds de crédit s'est relâchée, de nombreuses créances sont devenues irrécouvrables, et leur performance, très médiocre.

- (3). Des interférences politiques dues au fait qu'elle était placée, lors de sa création, sous l'autorité de la Commission nationale de planification et qu'elle s'est vu imposer la plupart des projets par le gouvernement central, voire par les autorités régionales, et a également été victime d'un certain nombre d'abus de la part d'entreprises publiques, dont le statut d'emprunteurs privilégiés les a parfois conduits à négliger leur obligation de rembourser. Le modèle de la BDC n'était par conséquent pas viable à long terme.

**160.** À l'occasion de la crise économique en Asie du Sud-Est de 1997, la surcapacité de nombreuses industries en Chine et l'impact des réformes des entreprises publiques ont conduit à une baisse de la qualité des crédits bancaires accordés. Le ratio de prêts non productifs a grimpé de manière vertigineuse, atteignant un pic de 42,6 %.

**161. La réforme de la BDC.-** Une banque pouvant survivre avec un ratio de prêts non productifs de 42,6 % tenait du miracle, qui naturellement était dû au soutien sans faille de l'État. Néanmoins, pour les raisons énumérées ci-dessus, la BDC décide de se réformer, avec le soutien du gouvernement qui est conscient de l'urgence de prévenir les risques financiers et de moderniser le système financier. En effet, les réformes du système financier sont un des piliers de la politique « *Go Out* ». La réforme de la BDC s'articule autour des éléments suivants<sup>237</sup> :

- **(1). Amélioration de la structure de gouvernance interne.** En raison des crédits irrécouvrables, la BDC pouvait difficilement continuer à fonctionner. Dans l'immédiat, le plus urgent est de purger ces créances qui ne peuvent être recouvrées. Mais les emprunteurs sont des entreprises publiques ou des gouvernements régionaux qui, en l'espèce, ne peuvent être tenus de rembourser leurs emprunts par le biais de procédures juridiques. Pour cette raison, la BDC exerce une pression en

---

<sup>237</sup> *Ibid.*

amont des emprunteurs afin d'obtenir un remboursement. Par ailleurs, le gouvernement crée quatre sociétés de gestion d'actifs<sup>238</sup>, dont l'une acquiert 100 milliards yuan (12,8 milliards d'euros) de créances douteuses de la BDC. La même année, la BDC commence à mettre en œuvre un plan de conversion de dettes en actions. À l'arrivée, ce plan réussit à lever 18,8 milliards yuan (2,4 milliards d'euros). Avec ces deux mesures, le ratio de crédits non productifs passe de 42,6 % à 18,7 %.

- **(2). Établissement d'un réseau de succursales dans tout le pays.** Avec ses propres succursales, l'activité de crédit de la banque ne fait plus appel à l'agent d'une banque commerciale, ce qui évite les problèmes de supervision et de contrôle.
  
- **(3). Réforme du processus d'approbation de prêts.** En 1999, la BDC met en place un mécanisme pare-feu, et un comité d'évaluation indépendant pour les dossiers de prêts est créé en 2002-2004, afin de contrôler les risques. Le dispositif pare-feu est composé de trois départements : le bureau d'analyse des marchés et des industries, le bureau d'analyse financière et l'autorité d'évaluation. Ces trois départements examinent les dossiers en termes de perspectives de marché, de capacité de remboursement et de conformité. En fin de parcours, l'autorité chargée de l'examen communique toutes les informations au comité d'évaluation indépendant, qui décide si le dossier doit être accepté ou non.
  
- **(4). Charte.** La charte est approuvée par le Conseil des affaires de l'État en 2016. L'article 1 de la charte indique que la BDC est une institution financière de politique dépendant directement du Conseil des affaires de l'État, et les activités financières sont donc supervisées par la Banque populaire de Chine<sup>239</sup>. Une de ses missions principales est de financer des projets publics tels que la construction

---

<sup>238</sup> En 1999, les quatre sociétés de gestion d'actifs appartenant à l'État, à savoir Dongfang, Cinda, Huarong et Great Wall, ont été créées pour une durée statutaire de 10 ans. Leurs responsabilités incluent l'acquisition, la gestion et la cession des actifs non productifs correspondants de la Banque de Chine, la Banque de construction de Chine, la Banque de développement de Chine, la Banque industrielle et commerciale de Chine et la Banque agricole de Chine.

<sup>239</sup> Article 5 de la Charte

d'infrastructures de grandes et moyennes dimensions, des industries de base et des industries piliers<sup>240</sup>.

- **(5). Émission indépendante d'obligations.** Avant 1998, la BDC n'était pas autorisée à émettre des obligations librement et la banque centrale avait donné instruction aux autres banques commerciales de racheter certains emprunts de la BDC par le biais d'ordonnances administratives. De telles interventions administratives se déroulaient à l'écart des marchés financiers, car il n'existait à l'époque aucun marché secondaire pour revendre de la dette. Il était donc difficile pour la BDC de lever des fonds. Pour aider la BDC à émettre des obligations et gagner la confiance des investisseurs, le gouvernement prend trois mesures : 1) autoriser l'émission de dettes par la BDC et assurer la liquidité du marché obligataire interbancaire ; 2) lorsqu'un investisseur revend de la dette de la BDC, en l'absence d'acheteur, la banque centrale s'engage à racheter la dette sur le marché libre ; 3) une période de transition de deux à trois ans est accordée avant la pleine liberté des cotations, période durant laquelle deux prix coexisteront, le prix officiel et celui du marché, dans un système à deux voies. Dans ce contexte, le 2 septembre 1998, la BDC réussit sa première émission d'emprunts. Dorénavant, le moment et le montant de l'émission d'emprunts pourront être déterminés indépendamment, sans en référer à la banque centrale.
  
- **(6). Modèle Wuhu.** Wuhu est une ville de la province d'Anhui qui a inauguré un nouveau modèle de coopération entre les gouvernements locaux et la BDC, avec une triple motivation. (a) le gouvernement chinois mène une réforme du partage de l'impôt qui consiste à séparer les recettes fiscales du gouvernement central de celles des administrations locales en 1994. Le gouvernement central s'arroge les principaux impôts, comme la taxe sur la valeur ajoutée, l'impôt sur le revenu des particuliers et l'impôt sur le revenu des sociétés. (b) une nouvelle loi de finances est promulguée interdisant aux administrations locales d'émettre de la dette ou d'enregistrer un déficit budgétaire. Cette division des impôts, couplée à la nouvelle loi de finances, entraîne une chute brutale des ressources financières des

---

<sup>240</sup> Article 8 de la Charte



administrations locales. Il est vrai que les gouvernements locaux ont accès à des taux d'intérêt préférentiels, permettant ainsi à de nombreux projets d'investissement d'obtenir un financement bancaire avantageux. Malheureusement, ces sociétés d'investissement municipales ont fini par abuser du financement bancaire et, de plus, n'ont pas suffisamment investi dans des projets d'intérêt public car ceux-ci n'offrent qu'un faible retour sur investissement et sont donc peu motivant pour les prêteurs, tels que les projets de conservation de l'eau et de protection de l'environnement. (c) le gouvernement chinois promulgue la « loi sur les garanties » (« *Dan bao fa* 担保法») en 1995. Celle-ci interdit aux gouvernements locaux d'agir en tant que garants juridiques d'emprunts sous quelque forme que ce soit. La relation de garantie entre le gouvernement local et la société d'investissement municipale est rompue, la garantie de crédit de ce dernier est évidemment réduite, l'empêchant d'emprunter à taux d'intérêt préférentiel et donc de développer ses activités. Dans ce contexte, ceux-ci recommencent à chercher un moyen de rétablir l'équilibre fiscal. La BDC étant aussi en pleine période de restructuration, une tentative de coopération entre la BDC et la municipalité de Wuhu voit le jour<sup>241</sup>. Sous l'impulsion de la BDC, la société Wuhu est devenue un modèle de plateforme de financement pour les gouvernements locaux. Ce protocole de coopération financière entre la BDC et la ville de Wuhu représentait un essai sur le terrain et une expérience clé pour le développement à venir de la BDC, notamment pour le soutien des investissements chinois à l'étranger<sup>242</sup>. De fait, le modèle Wuhu ne concernait pas uniquement le financement local, mais était

---

<sup>241</sup> Le succès du modèle Wuhu peut être attribué aux facteurs suivants : d'abord, pour éviter les restrictions légales de la loi de finances et de la loi sur les garanties, la municipalité crée une société dénommée Wuhu Construction Investment (ci-après : « société Wuhu »). Personne morale indépendante, elle ne représente pas la municipalité, et n'est ainsi pas soumise à ces deux lois. Ensuite, comme la municipalité n'a plus le droit de fournir de garantie, il est proposé à la BDC d'injecter des actifs de haute qualité dans la société Wuhu, par exemple les avantages escomptés des autoroutes, pour servir de garantie aux prêts de la banque. De plus, la BDC étant une banque politique, elle bénéficie du soutien du gouvernement central et peut ainsi exercer des pressions au cas où la municipalité ne rembourserait pas ses dettes. Ensuite, la BDC signe un accord avec la ville qui autorise plusieurs projets en faveur de la société Wuhu, ce dernier jouant le rôle d'emprunteur et de garant. Parmi ces projets, certains sont bien reçus, tels que la construction de routes, mais d'autres sont à faible revenu, tels que des projets de protection de l'environnement. De cette manière, la banque, la société Wuhu et la municipalité de Wuhu ont réussi à créer un partenariat gagnant-gagnant. Enfin, la BDC a encouragé la ville à lever des recettes fiscales grâce à la mise en œuvre de l'aménagement du territoire, le gouvernement autorisant la société Wuhu à utiliser la promesse de nantissement du produit de la cession de terrains comme garantie de remboursement principale.

<sup>242</sup> Par exemple, la BDC a soutenu des projets d'infrastructure menées par des entreprises chinoises investissant en Afrique, en application de la méthode Wuhu : la BDC a accordé des prêts et les gouvernements africains se sont engagés à construire des routes, des ponts et des usines etc. à l'usage des entreprises chinoises.

applicable dans le cadre des activités internationales de la BDC liées au programme du BRI.

**162. La renaissance de la BDC.-** Grâce à la réforme de la BDC, le système est désormais plus équilibré. Aujourd'hui, la BDC est l'une des toutes premières banques du monde, occupant la position de plus grand établissement financier de développement, et la plus grande banque de crédit à moyen et long terme de Chine. Depuis la création de la BDC, le ratio de crédits non productifs est passé de 42,6 % à moins de 1 %. À son lancement en 1994, la BDC était une banque politique dépendant directement du gouvernement, devenant une société par actions en 2008, puis une institution financière de développement<sup>243</sup> dotée d'un capital accru en 2015<sup>244</sup>, et pour finir une société à responsabilité limitée en 2017<sup>245</sup>. Le conseil d'administration assume la responsabilité ultime du fonctionnement et de la gestion. La BDC s'est développée et a trouvé sa voie en s'adaptant aux réformes économiques chinoises. Avec le déploiement de son capital dans le monde entier, elle a pu accompagner les entreprises chinoises dans leur quête de nouveaux marchés à l'international. Par exemple, elle a signé un accord de souscription avec Bpifrance<sup>246</sup> pour le Fonds sino-français pour les PME. Par ailleurs, elle mène une coopération en matière de financement et de souscription d'obligations avec un plusieurs banques à travers le monde<sup>247</sup>. La BDC soutient des projets politiques tels que « *Go Out* », « *Made in China 2025* », « *Belt and Road Initiative* »<sup>248</sup>, la rénovation de bidonvilles, des projets en faveur de l'environnement ou promouvant des entreprises chinoises<sup>249</sup>. Bien que

---

<sup>243</sup> Les institutions financières nationales de développement sont des institutions financières financées par l'État. Le ministère des Finances exerce spécifiquement ses responsabilités et ses droits en tant qu'investisseurs dans les institutions financières de développement, et il doit les superviser et les gérer du point de vue des investisseurs conformément à la loi. V. l'article « Research on basic issues of the entire financial law system and clauses of our country », S. Liu, *Financial Regulation Research*, n°6, 2018, p.57-58.

<sup>244</sup> Réponse du Conseil d'État, 20 mars 2015, sur l'acceptation du plan de réforme approfondi de la Banque chinoise de développement.

<sup>245</sup> Mesures, 15 nov. 2017, de supervision et d'administration de la Banque de développement de Chine.

<sup>246</sup> La BDC et Bpifrance ont conjointement lancé la création de quatre fonds : (1) le Fonds sino-français (PME) (2012, 150 millions d'euros) ; (2) des Fonds sino-français (M&A) (2014, 500 millions d'euros) ; (3) le Fonds sino-français d'innovation (2015, 250 millions d'euros) ; (4) le fonds sino-français (PME) II, (année, 200 millions d'euros).

<sup>247</sup> Tejarat Bank (Iran), Banque Misr (Egypte), la Banque hongroise de développement, Metrobank (Philippines), Ziraat Bank (Turquie), Raiffeisen Bank International (Autriche), Canadia Bank (Cambodge) et Maybank (Malaisie).

<sup>248</sup> Les trois projets, « *Go out* », « *made in China 2025* » et « *Belt and Road Initiative* » représentent la stratégie politique du Gouvernement chinois visant à orienter les investisseurs chinois à se rendre à l'étranger et à participer à la concurrence mondiale.

<sup>249</sup> H. Sanderson et M. Forsythe, *China's Superbank: Debt, Oil and Influence – How China Development Bank is Rewriting the Rules of Finance*, op. cit., pp. 157-162. Les auteurs décrivent dans le détail comment la BDC a aidé Huawei à s'exporter et s'implanter à travers le monde.

la BDC soit clairement une banque politique, un outil au service de l'État chinois, elle fonctionne également comme une banque commerciale, notamment en ce qui concerne les décisions de soutenir tel ou tel projet sur la base de critères techniques comme le taux de rendement.

B) LA BANQUE D'EXPORTATION ET D'IMPORTATION DE CHINE  
(BEIC)

**163. La mission de la BEIC.-** En tant qu'une des trois principales banques politiques chinoises, la BEIC partage la tâche de soutien au crédit pour les investissements étrangers des entreprises chinoises avec la BDC. La BEIC et la BDC figurent parmi les principales institutions de financement du développement dans le monde aujourd'hui<sup>250</sup>. Dans le même temps, la BEIC et la CNDR ont mis en place conjointement un mécanisme de soutien financier aux investissements à l'étranger. Plus précisément, la BEIC réserve des prêts spéciaux chaque année pour les projets d'investissement à l'étranger encouragés par l'État, qui incluent : (1) les projets de développement de ressources à l'étranger afin de compenser une insuffisance en Chine ; (2) les projets promouvant la technologie, les produits nationaux, les équipements et autres projets de production à l'étranger ; (3) les projets de centres R&D à l'étranger utilisant des technologies de pointe ; (4) les projets qui améliorent la compétitivité internationale des entreprises chinoises et qui accélèrent le développement des marchés internationaux par le biais de fusions ou acquisitions d'entreprises étrangères. Les entreprises candidates à un emprunt auprès de la BEIC doivent être chinoises ou sous contrôle chinois. Ces quatre cas de figure qui donnent lieu à un soutien sont cohérents avec le plan stratégique de la Chine, reflétant notamment les politiques « *Go Out* », « *BRI* » et « *Made in China 2025* ».

**164. Le privilège de la BEIC.-** La BEIC est la seule banque chinoise autorisée à accorder des prêts de développement concessionnels, qui sont approuvés et subventionnés par le ministère du Commerce. Elle finance abondamment les projets de petites et moyennes entreprises (PME) qui visent à améliorer leur compétitivité internationale<sup>251</sup>, leur

---

<sup>250</sup> J. Gu et R. Carey, « China's Development Finance and African Infrastructure », in A. Oqubay et J. Yifu Lin (dir.), *China-Africa and an Economic Transformation*, Oxford University Press, 2019, p. 147.

<sup>251</sup> J. Gu et R. Carey, « China's Development Finance and African Infrastructure », préc., spéc. p. 151.

permettant de se développer et participer à des fusions et acquisitions dans le cadre d'investissement à l'étranger.

**165. La structure de la BEIC.-** Le capital de la BEIC est détenu par le ministère des Finances à hauteur de 10,7 %, et le restant par *Wutongshu Investment*<sup>252</sup>, une filiale à 100 % de l'Administration des changes. La BEIC s'est dotée d'une structure de gouvernance d'entreprise moderne en 2018, avec une direction opérant sous l'autorité d'un conseil d'administration et la supervision d'un conseil de surveillance. Cependant, en tant que banque politique, la direction stratégique est déterminée par le Parti communiste<sup>253</sup>. La nomination du conseil de surveillance est signalée au Conseil des affaires de l'État<sup>254</sup>. Avec l'accroissement du soutien aux investissements étrangers chaque année, le solde des prêts à la fin de 2018 était de 273 milliards de yuans (35 milliards d'euros)<sup>255</sup>. C'est l'un des facteurs qui ont permis l'essor des entreprises chinoises ou sous contrôle chinois sur la scène mondiale.

## §2. LE SYSTÈME FINANCIER MULTILATÉRAL DE DÉVELOPPEMENT

**166. La raison de la création du nouveau système.-** Au cours des années 1950, les puissances occidentales menées par les États-Unis utilisent le système de Bretton Woods pour diffuser « les valeurs de liberté ». Bien qu'en théorie, la décision de financement ne soit pas conditionnée aux choix politiques du pays qui sollicite le prêt, la réalité est que tant la Banque mondiale que le Fonds monétaire international utilisent des critères politiques pour imposer des réformes aux pays membres qui souhaitent emprunter, par exemple en matière des droits de l'homme. La Chine et de nombreux pays émergents sont en désaccord avec cette approche. En outre, les pays en voie de développement se sont longtemps plaints d'un manque de représentation égale ou adéquate dans le système de Bretton Woods<sup>256</sup>. Le total des droits de vote des cinq pays BRICS au sein de la Banque

---

<sup>252</sup> S. Griffith-Jones, X. Li et S. Spratt, « The Asian Infrastructure Investment Bank: What Can It Learn from, and Perhaps Teach To, the Multilateral Development Bank? » IDS, 2016, n°179.

<sup>253</sup> The Export-Import Bank of China, *Annual Report 2018*, p. 31-32.

<sup>254</sup> Règlement provisoire, 10 janv. 2000, sur le conseil de surveillance des principales institutions financières publiques.

<sup>255</sup> The Export-Import Bank of China, *Annual Report 2018*, *op cit.*, p. 46.

<sup>256</sup> M. A. Carrai, « It is not the end of history: the financing institutions of the belt and road initiative and the Bretton Woods system », préc.

mondiale et du Fonds monétaire international est de 13 % et 11 %, respectivement, tandis que les droits de vote des États-Unis sont de 15 % et 17 %<sup>257</sup>. La puissance économique de ces nouveaux pays émergents ne correspond plus à la répartition du pouvoir au sein des institutions internationales. Le pays candidat n'est soumis à aucune exigence liée au système politique ou à la structure de gouvernance avec le nouveau système financier évolutif dominé par la Chine. Cela ne signifie pas pour autant que la Chine est disposée à accorder des prêts à n'importe quel pays de manière arbitraire. Les conditions peuvent inclure, par exemple, concernant la question de Taïwan, la reconnaissance du principe d'une seule nation chinoise ; le respect des lois et règlements chinois ; ou bien la priorité à l'embauche d'employés chinois<sup>258</sup>.

**167. La mission de la banque multilatérale de développement.-** La mission des banques multilatérales de développement (BMD) est de favoriser le développement et la croissance durable, en finançant des projets visant à réduire les inégalités économiques. Les BMD n'étant pas soumis à l'impératif de maximiser les profits pour leurs actionnaires, ils peuvent proposer un financement à taux faible ou sans intérêt, en particulier dans des domaines tels que les infrastructures, l'énergie ou d'autres domaines qui favorisent le développement économique. Au lancement de la politique BRI, les besoins en financement étaient tels que les banques politiques chinoises ne pouvaient y suffire, et la Chine a dû se résoudre à bâtir un nouveau système financier multilatéral de développement, pouvant rivaliser avec le système issu des accords de Bretton Woods. Le « Construire ensemble la Ceinture économique de la Route de la Soie et de la Route de la Soie maritime du XXI<sup>e</sup> siècle : Perspectives et actions »<sup>259</sup>, établissait la feuille de route suivante : « faire progresser la préparation de la création de la Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures (BAII) et de la Banque de développement des BRICS ; engager des négociations entre les parties intéressées afin de créer une institution du financement dans le cadre de l'Organisation de coopération de Shanghai ; et accélérer la mise en place d'un fonds de la Route de la Soie pour qu'il soit opérationnel au plus tôt. Il faut, par ailleurs, approfondir la coopération pragmatique au sein du consortium bancaire Chine-ASEAN et

---

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> M. A. Carrai, « It is not the end of history: the financing institutions of the belt and road initiative and the Bretton Woods system », préc.; S. Xuefeng, M. Nojonen, M. Mattlin et M. Ferchen, *Conditionality in China's Aid Model*, Carnegie endowment for international peace, 2012.

<sup>259</sup> Commission Nationale du Développement et de la Réforme et Ministère des Affaires étrangères et le Ministère du Commerce, *Construire ensemble la Ceinture économique de la Route de la Soie et de la Route de la Soie maritime du XXI<sup>e</sup> siècle : Perspectives et actions*, 2015.

du consortium bancaire de l'Organisation de coopération de Shanghai, et développer une coopération financière multilatérale par voie de crédit syndiqué et de crédit bancaire ». Ainsi, un nouveau système financier multilatéral de développement au service du programme BRI a émergé, comprenant notamment : la Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures (A), la Banque de développement BRICS (B), le Fonds de la route de la soie (C), et les institutions financières de l'Organisation de coopération de Shanghai (D). Ce système financier multilatéral de développement est l'égal des institutions Bretton Woods, tout en compensant et complétant leurs lacunes<sup>260</sup>.

#### A) LA BANQUE ASIATIQUE D'INVESTISSEMENT POUR LES INFRASTRUCTURES (BAII)

**168. La première banque multilatérale de développement.-** Cette banque voit le jour à l'initiative de la Chine<sup>261</sup>, qui en est le grand sponsor et en devient le leader en vertu de son pouvoir de vote en 2016<sup>262</sup>. La BAII est la première banque intergouvernementale et multilatérale de développement pour la région asiatique, et accessoirement dans le monde entier, axée sur les infrastructures telles que le rail, les autoroutes, les ports, les communications, etc. Dans les faits, sa fonction première est de financier dans le projet BRI. Les pays en voie de développement visent à réformer le système actuel de gouvernance financière, considérant que le système de représentation dans les banques multilatérales de développement (BMD) régionales accordait un poids démesuré aux intérêts et points de vue des États membres occidentaux<sup>263</sup>.

**169. Le but de la BAII.-** La banque compte aujourd'hui 93 États membres<sup>264</sup>, contre 57 membres à sa création, répartis sur les cinq continents, et inclut plusieurs pays européens dont le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne. Bien que la croissance

---

<sup>260</sup> M. A. Carrai, « It is not the end of history: the financing institutions of the belt and road initiative and the Bretton Woods system », préc.; R. Liao, « Out of the Bretton Woods: How the AIIB is Different », préc.

<sup>261</sup> Sa création est proposée en octobre 2013 par le Président Xi Jinping et le Premier ministre Li Keqiang à l'occasion de leur tournée en Asie du Sud-est.

<sup>262</sup> Asian Infrastructure Investment Bank, *Subscription and Voting Power of Member Countries*, Asian Infrastructure Investment Bank, 22 sep. 2016.

<sup>263</sup> H. Wang, « New Multilateral Development Banks: Opportunities and Challenges for Global Governance » *Global Policy* 2017, n° 8, p. 113; F. Marisi « Development Banks as Environment Governance Actors: the AIIB's Power to Promote Green Growth » in J. Chaisse et J. Gorski (dir.), *The Belt and Road Initiative*, op. cit., p. 514.

<sup>264</sup> Jusqu'en décembre 2018.

économique de l'Asie maintienne un rythme soutenu, il existe un grave déficit de financement pour la construction d'infrastructures. D'ailleurs, le financement assuré par les institutions du système de développement financier multilatéral actuel telles que la Banque mondiale (BM) et la Banque asiatique de développement (BAD) est assez limité. Dans le même temps, le développement stratégique du programme BRI nécessite également des financements. La création de cette banque contribue également à accélérer l'internationalisation du renminbi (RMB), avec une augmentation continue de la proportion de paiements en RMB dans les investissements à l'étranger<sup>265</sup>. En effet, le taux d'utilisation du RMB dans le cadre du programme BRI a progressivement augmenté. Au cours des sept années de développement de ce projet, l'utilisation du RMB dans les zones géographiques concernées s'est progressivement accrue, permettant de mener le projet BRI et l'internationalisation du RMB de manière simultanée<sup>266</sup>. Par exemple, en 2019, le montant des recettes et des paiements transfrontaliers en RMB traités par la Chine et les pays partenaires du BRI a dépassé 273 millions de yuans (35 millions d'euros), soit une augmentation de 32 % d'une année sur l'autre.

**170. La signature du protocole.**- En mars 2019, le ministère des Finances signe un protocole d'accord de collaboration sur des questions d'intérêt commun dans le cadre du projet BRI avec la BAI, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD), la Banque européenne d'Investissement (BEI), la Nouvelle Banque de Développement (NBD) et le Groupe Banque mondiale (GBM)<sup>267</sup>. Ceci témoigne que la BAI n'est pas seulement une institution bancaire parmi d'autres participant au financement du BRI, mais incarne, avec ce dernier projet, la nouvelle politique d'investissement de la Chine, reflétant la nouvelle politique étrangère de la Chine et son émergence sur le devant de la scène mondiale. En outre, il s'agit de la première banque multilatérale de développement à participer au financement des projets gouvernementaux chinois. Les autorités chinoises élaborent également des stratégies pour créer des réseaux de financement (y compris des fonds d'investissement)

---

<sup>265</sup> La Banque de Chine a publié le premier indice de taux de change RMB pour le projet BRI en 2015, a initié un partenariat avec les nouvelles institutions financières multilatérales menées par la Chine afin d'internationaliser le RMB. V. International Monetary Institute, *RMB Internationalization Report n°1602. Currency Internationalization and Macro Risk Management*, IMI, 2016; M. A. Carrai, « It is not the end of history: the financing institutions of the belt and road initiative and the Bretton Woods system », préc., spéc. p. 132.

<sup>266</sup> Institut de recherche de la Banque de Chine, *Le taux d'utilisation du renminbi pour le BRI a progressivement augmenté*, BRI, 2020.

<sup>267</sup> The Economist et Baker McKenzie, *The Belt and Road initiative after 2020*, p. 10.

afin de mener à bien les missions d'investissements chinois à l'étranger au travers des deux banques politiques nationales (la Banque de développement de Chine et la Banque d'exportation et d'importation de Chine) ainsi que de la BAI et des autres banques multilatérales de développement.

*B) LA BANQUE DE DÉVELOPPEMENT BRICS (NOUVELLE BANQUE DE DÉVELOPPEMENT (NBD))*

**171. La création de la Nouvelle banque de Développement.-** La Banque de développement BRICS (NBD) est devenue un membre du nouveau système bancaire multilatéral de développement en 2014, avec l'Inde comme initiateur, et non la Chine. Il existe deux différences principales entre les NBD et les autres organisations financières internationales ou banques multilatérales de développement<sup>268</sup>. La première est que les cinq États membres ont des droits de vote égaux, disposent de pouvoirs identiques par ailleurs, et aucun pays n'a pas de droit de veto. *A contrario*, les États membres de la BAI se voient attribuer des pouvoirs proportionnels à leur poids économique. En tant que plus grand pays membre, la Chine a pu souscrire le plus de capitaux propres, de sorte qu'elle a obtenu le plus de droits de vote au sein de la BAI. La NBD a proposé un nouveau concept de répartition du pouvoir et de gouvernance : les cinq États membres sont placés sur un pied d'égalité, avec le même pouvoir de décision. La seconde différence est que la banque adopte des règles de vote à l'unanimité au lieu d'adopter un vote à la majorité pour décider des affaires importantes. Ainsi, tout projet nécessite l'approbation unanime de tous les États membres. Cependant, l'envergure économique des cinq pays BRICS est très différente. L'acceptation par la Chine de ce nombre égal de droits de vote reflète sa volonté de faire des concessions et de prendre en compte les intérêts des autres pays. Ce choix d'un partage égal du pouvoir dans l'optique d'une coopération plus proactive avec les autres pays BRICS prend tout son sens aujourd'hui. On peut également considérer que la création d'une nouvelle banque de développement malgré l'envergure déjà importante de ses propres banques de développement, témoigne d'une volonté de la Chine d'assumer ses responsabilités internationales dans la promotion de la coopération Sud-Sud et de renforcer

---

<sup>268</sup> H. Luo et L. Yang, « Balance of Power and Decision-making Efficiency in International Organization: A case Analysis of BRICS New Development Bank and Contingency Reserve Arrangement », *Global Policy* 2021, n° 12, p. 123-154.



la légitimité de sa diplomatie<sup>269</sup>. Pourtant les cinq pays doivent gérer des rapports de force inégaux et il reste à se demander s'ils peuvent réellement se coordonner sur un pied d'égalité dans le domaine de la coopération<sup>270</sup>.

**172. La raison de l'adhésion de la Chine.-** L'émergence de différences dans les systèmes de gouvernance et de fonctionnement des deux grandes banques de développement peut s'expliquer par une concurrence entre les différents schémas institutionnels dans les négociations autour de la création des banques. Lors des négociations préalables concernant la NBD, les contrepropositions de la Chine en réponse à l'initiative de l'Inde a fait du partage des fonds propres la base du fonctionnement du système de la NBD et respecte le système institutionnel du pays emprunteur en termes de politiques de protection environnementale et sociale. Il s'agit donc d'un modèle de banque multilatérale de développement qui est axé sur l'emprunteur. À l'inverse, lors de la phase préparatoire à la création de la BAII, en réponse aux initiatives institutionnelles de la Chine, l'influence des pays développés a fait en sorte que la BAII manque de multilatéralisme et ne respecte pas les meilleures normes internationales. La Chine est ainsi très préoccupée par la légitimité internationale de la BAII, dont le modèle de fonctionnement est axé sur le pays actionnaire, à la manière des banques multilatérales de développement traditionnelles<sup>271</sup>.

**173. Un complément des systèmes financiers internationaux.-** L'arrivée d'une nouvelle banque de développement comme la NBD dans le système financier de développement existant répond à plusieurs problématiques, dont (1) un manque de représentativité des BMD / IFI existante, au sein desquelles les principaux pays donateurs menés par les États-Unis et l'UE prennent des décisions unilatérales allant de la restructuration de l'économie des pays emprunteurs à l'approbation des prêts de développement, des subventions, etc. ; (2) un manque de financement adéquat pour soutenir le développement des pays emprunteurs, pour lesquelles le financement des

---

<sup>269</sup> A. Erthal Abdenur, « China and the BRICS Development Bank: Legitimacy and Multilateralism in South-South Cooperation », *IDS Bulletin* 2014, n° 4, p. 85-101.

<sup>270</sup> G. T. Chin, « The BRICS-ed Development Bank: Purpose and Politics beyond the G20 », *Global Policy* 2014, n° 5, p. 366-373; Y. Ye, « The localization strategy of the New Development Bank and its implication on innovation: a comparison with the Asian Infrastructure Investment Bank », *The Journal of International Studies* 2019, n° 1, p. 52-69.

<sup>271</sup> J. Zhu, « Institutional Choice of the Operational Modalities of the New MDBs: A Historical Institutional Perspective », *World Economics and Politics* 2018, n° 8, p. 30-61.

infrastructures par les BMD et l'aide publique au développement (APD) ne couvre que 2 % à 3 % des besoins, alors même que les IFI sont de plus en plus sollicités pour soutenir les économies en crise du monde développé ; (3) une disponibilité croissante de l'épargne et des investissements internes dans les pays en voie de développement, qui représenteront près de la moitié du capital mondial (158 billions de dollars de 2010) et 60 % du total des investissements d'ici l'année 2030 selon le rapport « Global Développement Horizons de la Banque mondiale de 2013 » ; (4) la nécessité d'un paradigme de développement alternatif prenant en compte les contextes et besoins spécifiques des pays du Sud<sup>272</sup>. En agissant sur ces quatre tableaux, la NBD s'est propulsée au rang de second, parmi les plus grandes institutions multilatérales importantes derrière la Banque européenne pour la reconstruction et le développement. Les banques multilatérales de développement représentent les intérêts et les considérations stratégiques de leurs États parrains. Par exemple, l'Inde, la Russie, le Brésil et d'autres pays ont besoin d'un filet de sécurité financier commun pour garantir la stabilité de leur monnaie et éviter les retombées des crises financières.

**174.** Toutefois, un des objectifs essentiels de la Chine est de promouvoir l'internationalisation du renminbi et de se débarrasser de la dépendance au dollar. Le financement fourni par les BRICS se fait principalement dans les devises de chaque pays membres, contrairement à d'autres banques multilatérales de développement qui utilisent des devises étrangères, comme le dollar ou l'euro. Ce mode opératoire augmente mécaniquement la demande pour le RMB. En 2019, la NBD avait accordé 37 prêts d'une valeur totale de 10,2 milliards de dollars dans des domaines tels que l'énergie propre, les infrastructures de transport, le développement urbain, l'efficacité environnementale, etc. D'abord réservée aux structures gouvernementales et aux entreprises publiques, son offre de financement s'est maintenant étendue aux entreprises privées. À titre d'exemple, il peut s'agir d'une prise de participation de 100 millions de dollars dans un fonds d'investissement privé, qui investira dans plusieurs sous-projets dans divers domaines clés des opérations de NDB<sup>273</sup>. Sa raison d'être est de proposer une autre façon de penser l'ensemble du système bancaire multilatéral de développement.

---

<sup>272</sup> S. Preet, S. Sapra et A. Mehdi, *Articulating a vision for a progressive BRICS Development Bank*, ICRIER et Oxfam India, 2014, p. 3-4.

<sup>273</sup> New Development Bank annual reports 2016-1-2019.

### C) LE FONDS DE LA ROUTE DE LA SOIE (FRS)

**175. Le principe du FRS.-** Le Fonds de la Route de la soie est un fonds d'investissement souverain établi conformément au droit des sociétés en 2018 pour financer les projets BRI. Son capital de 40 milliards de dollars et 100 milliards de yuan (13 milliards d'euros) provient de réserves en devises étrangères pour 65 %, ainsi que de participations de la *China Investment Corporation* (15 %), la BEIC (15%) et la BDC (5 %) <sup>274</sup>. Le FRS est le plus important fonds parmi les 26 existants en 2022 dédiés aux financements du programme BRI <sup>275</sup>. Le FRS est différent des banques multilatérales de développement. Il s'apparente davantage à un fonds d'investissement de type « *private equity* », qui investit dans le capital de sociétés non cotées, non pour percevoir des dividendes ni pour exploiter la société investie, mais dans l'optique de réaliser une plus-value à moyen terme, par exemple via une introduction en bourse. Au service du projet BRI, le FRS peut effectuer des investissements à l'étranger de trois manières principales : (1) la prise de participation, que ce soit dans de nouveaux projets (par exemple, Greenfield), des fusions et acquisitions ou dans des projets existants ; (2) le financement par emprunt ; (3) des fonds d'investissement dédiés, soit préexistants, soit créés à son initiative <sup>276</sup>. Par exemple, lors de la fusion-acquisition de l'entreprise italienne *Pirelli*, le FRS a financé l'entreprise chinoise à la fois par des capitaux propres et par l'emprunt. Dans les pays situés sur la Route de la soie, la Chine est particulièrement active sur le terrain des fusions et acquisitions dans la fabrication d'équipements de pointe, ce qui indique que la Chine est engagée dans une politique de croissance industrielle rapide dans ce secteur <sup>277</sup>.

**176. Les projets soutenus.-** le modèle de partenariat public-privé (PPP) au rang de stratégie nationale <sup>278</sup> a été élevé. En raison des problèmes de financement rencontrés par le BRI, il ne s'agit pas moins que de combiner le projet BRI avec le modèle PPP, couplé au fonctionnement du Fonds de la Route de la soie (FRS), afin qu'ils forment un mécanisme de coopération mutuellement complémentaire, qui soit efficace et réalisable. Le FRS

---

<sup>274</sup> Le profit de fonds : [www.silkroadfund.com.cn](http://www.silkroadfund.com.cn).

<sup>275</sup> W. Liu, Third-party assessment report on the progress of the belt and road initiative 2013-2016.

<sup>276</sup> L. Yang, L. Zhou et D. Weng, « Silk Road Fund, PPP Model and “One Belt and One Road” Construction from the Game Theory Perspective », *Asia-pacific Economic Review* 2016, n° 2, p.24-30.

<sup>277</sup> H. Zhang, H. Huang et Z. Zhu, « Study on M&A in key industries of the Countries along the Belt and Road », *Asia-Pacific Economic Review* 2017, n°5.

<sup>278</sup> Lignes directrices, 22 mai 2015, sur la promotion du modèle de coopération du gouvernement et du capital social dans le domaine de la fonction publique.

fournissant des fonds aux investisseurs chinois, les risques des investisseurs étrangers se trouvent réduits d'autant, le rendement amélioré. Le FRS a ainsi pesé sur les décisions d'investissement, encourageant les gouvernements et les investisseurs étrangers à adopter le modèle PPP. Concernant les investisseurs étrangers, les pays situés le long de la Ceinture et de la Route de la Soie disposent d'abondantes ressources naturelles, de main-d'œuvre et d'autres avantages, qui sont aux nouveaux marchés de l'investissement stratégique, et le projet transfrontalier PPP soutenu par le FRS, qui a un protocole d'accord d'investissement gouvernemental pour résister aux risques externes, réduisant considérablement le risque des investisseurs étrangers. Les investisseurs nationaux ou les investisseurs étrangers peuvent obtenir tous deux de bons résultats grâce au FRS associé au modèle PPP<sup>279</sup>.

#### D) LES INSTITUTIONS FINANCIÈRES DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION DE SHANGHAI (OCS)

**177. La création de l'OCS.-** L'Organisation de coopération de Shanghai est actuellement l'organisation de coopération régionale avec la plus grande couverture géographique et démographique au monde. Sa création en 2001 marque une évolution majeure dans le rapport de la Chine aux organisations multilatérales. Longtemps isolée des organisations internationales, elle n'a commencé à y participer qu'à partir des années 2000. L'OCS, initiée et cofondée par la Chine, est un cas d'espèce. En 2005, les gouvernements des États membres ont invité des institutions financières à signer un « Accord de coopération du Consortium bancaire de l'Organisation de coopération de Shanghai », marquant la création officielle du consortium bancaire de l'OCS afin de financer des projets dans les domaines de l'énergie, des infrastructures de transport ainsi que pour soutenir des petites et moyennes entreprises. Lorsque le président Xi Jinping a lancé l'initiative BRI en 2013, celle-ci a reçu le soutien de la plupart des États membres de l'OCS. Le consortium bancaire de l'OCS s'est engagé dans le système multilatéral du financement du projet BRI.

---

<sup>279</sup> L. Yang, L. Zhou et D. Weng, « Silk Road Fund, PPP Model and “One Belt and One Road” Construction from the Game Theory Perspective », préc.

**178. Le but de l'OCS.-** En 2019, le consortium bancaire de l'OCS rassemblait huit banques<sup>280</sup>. L'un des principaux objectifs du consortium est d'augmenter la part de la devise nationale chinoise utilisée dans les règlements mutuels et les emprunts, afin d'accélérer l'internationalisation du RMB. Outre les huit banques susmentionnées, plusieurs banques commerciales ont également participé à différents projets, élargissant les capacités de financement. La dernière vidéoconférence a montré que les domaines de travail prioritaires du consortium bancaire de l'OCS comprennent les projets d'infrastructure énergétique et de transport, l'innovation technologique, le développement de villes intelligentes, la protection de la biodiversité, le traitement des déchets et les nouvelles applications de technologies écologiques et propres. Dans le même temps, il est d'une grande importance pratique d'étendre l'utilisation des monnaies nationales dans la coopération économique, commerciale et d'investissement des États membres de l'OCS et de renforcer l'interconnexion entre les petites, moyennes et microentreprises. En fait, si la compétitivité des PME s'améliore, elle jouera un rôle positif dans l'investissement étranger global, car plus les PME disposent de canaux de financement, plus leur capacité de participer aux investissements étrangers est forte.

**179. Conclusion de la section.-** Les deux principales banques politiques de la Chine financent les projets d'investissement chinois à l'étranger : la BDC et la BEIC. La Banque de développement de Chine, après avoir connu la quasi-faillite, est aujourd'hui cotée en bourse, une réussite qui sert de feuille de route pour la transformation des autres banques politiques chinoises en banques commerciales. En outre, la BDC a lancé le « modèle Wuhu » d'exploitation pour les investisseurs chinois dans le cadre du financement de projets d'infrastructure à l'étranger. La Chine n'ayant pas actuellement de lois ou de réglementations dédiées aux banques politiques, le gouvernement continue de faire avancer les travaux législatifs pour les encadrer.

**180.** Le système bancaire multilatéral établi par la Chine n'est pas uniquement dévolu aux projets gouvernementaux comme le BRI. Il finance également divers projets d'énergie verte domestique et des projets de régénération urbaine, ou d'une nature

---

<sup>280</sup> Il s'agit de la Banque de développement du Kazakhstan, de la BDC, de la Banque kirghize de règlement et d'épargne, de la Banque nationale de développement russe, de la Banque nationale d'épargne du Tadjikistan, de la Banque des activités économiques étrangères d'Ouzbékistan, de la Banque Habib du Pakistan et de la Société indienne de financement des infrastructures.

similaire. Au niveau international, ce système a vocation à rechercher et développer des opportunités économiques dans les pays en voie de développement. Il est entendu que les banques multilatérales opèrent sous l'égide du gouvernement chinois (par exemple, BAI) et œuvrent dans le sens des intérêts de la Chine, à l'image des banques multilatérales occidentales. Malgré tout, le développement des banques multilatérales chinoises participe de la stratégie politique d'accroître l'influence des pays en voie de développement sur la scène internationale.

**181. Conclusion du chapitre.-** Le nouveau système de développement financier multilatéral initié par la Chine devient un outil important pour mener à bien ces projets politiques et économiques dans cette période nouvelle durant laquelle les pays du continent asiatique commencent à esquisser une relation de partenariat stratégique avec la Chine. La réforme des institutions bancaires et financières a apporté des dividendes aux entreprises chinoises, en particulier aux PME. L'ère des remises sur prêts et de l'accès facile au crédit qui étaient propres aux entreprises publiques est révolue. Les entreprises privées sont désormais devenues l'une des principales forces actives sur la scène internationale, et un grand nombre d'entreprises privées de technologie et de commerce électronique telles que *Huawei, Alibaba, Tencent* et *TikTok* sont devenues des entreprises mondiales. Celles-ci sont indissociables du soutien financier des banques et des autres institutions financières dont les prêts constituent la principale source de financement des entreprises chinoises<sup>281</sup>.

**182. Perspectives.-** Dans le cadre du financement du développement des entreprises chinoises à l'étranger, ou dans celui du programme BRI, les deux principales banques politiques chinoises ainsi que les banques multilatérales du nouveau système bancaire de développement dirigé par la Chine, doivent évidemment œuvrer pour l'innovation industrielle et la construction d'infrastructures. Mais elles doivent également assumer certaines obligations internationales, comme par exemple, enregistrer de manière exhaustive les émissions de gaz à effet de serre des projets investis, soutenir des projets de développement durable et appuyer des projets liés à l'environnement, comme l'énergie propre.

---

<sup>281</sup> F. Allen, J. Qian, M. Qian; « Law, Finance, and Economic Growth in China », *Journal of Financial Economics*, vol.77, No. 1, p.57-116, July 2005

**183. Conclusion du titre.-** Les entreprises privées chinoises sont devenues une force d'investissement à l'étranger aux côtés des entreprises publiques chinoises grâce à deux réformes fondamentales du gouvernement chinois, à savoir la réforme des entreprises publiques et la réforme du système bancaire. Ces deux réformes ont donné l'impulsion nécessaire à l'économie chinoise, dont le modèle est celui d'un socialisme à caractéristiques chinoises, tel que défini dans le cadre des réformes économiques dans le discours de Deng Xiaoping sur l'essence du socialisme : « *revigorer le marché intérieur et ouvrir le marché à l'extérieur* »<sup>282</sup>. Les entreprises chinoises, qu'elles soient privées ou publiques, sont toutes des entreprises d'un pays socialiste. Cependant, ce sont également des entreprises modernes au 21<sup>ème</sup> siècle, évoluant dans un modèle économique de libre concurrence. Comme toute autre entreprise moderne dans d'autres pays à économie de marché, elles doivent rester compétitives sous peine de disparaître. Par conséquent, la compétitivité est l'objectif quantifiable poursuivi par la réforme des entreprises publiques et du système bancaire.

---

<sup>282</sup> X. P. Deng, *Selected Works of Deng Xiaoping*, vol. 3, People's Publishing House, 1993, p. 135.





## TITRE II

# LE CADRE JURIDIQUE DU DÉVELOPPEMENT DE L'INVESTISSEMENT

---

**184. Enjeu économique des investissements étrangers en Chine et des investissements chinois à l'étranger.-** Le cadre juridique du développement de l'investissement est un enjeu économique essentiel, ce qui révèle l'importance de déterminer son contenu. En effet, la Chine est, historiquement, tout d'abord, une destination privilégiée pour les investissements étrangers. Le bénéfice d'exploitation des entreprises industrielles à capitaux étrangers y est passé de 75,4 milliards de yuans (96,8 milliards d'euros) en 1999 à 1841,238 milliards de yuans (2365,6 milliards d'euros) en 2017, soit une multiplication par vingt-quatre. En 2017, les bénéficiaires de ces mêmes entreprises atteignaient 7,4 %, contre 6,4 % pour les entreprises publiques et 6 % pour les entreprises privées. Autrement dit, les entreprises à capitaux étrangers ont la plus forte rentabilité en Chine. Depuis 2018, 40 % des entreprises européennes réalisent des profits en Chine supérieurs à leur moyenne mondiale<sup>283</sup>.

**185.** Les investisseurs étrangers choisissent la Chine comme principale destination de leurs investissements en raison de divers avantages, tels que : premièrement, des rendements et des bénéfices élevés ; deuxièmement, une main-d'œuvre locale abondante et compétitive et des infrastructures modernes, bien que le coût de la main-d'œuvre en Chine ait fortement augmenté depuis 2016, entamant les bénéfices des entreprises étrangères ; troisièmement, un marché intérieur en forte croissance, avec une classe moyenne et des revenus en augmentation constante, offrant des perspectives intéressantes aux investisseurs étrangers, qui sont 71 % parmi les entreprises européennes sur place à déclarer vouloir rester pour cette raison ; quatrième, une plus grande ouverture aux investissements étrangers, élargissant le champ des projets industriels auxquels les entreprises étrangères, avec, par exemple, une proportion d'entreprises européennes dans les industries couvertes par le projet « *Made in China 2025* » qui passe

---

<sup>283</sup> V. l'« Annuaire des statistiques industrielles de la Chine 2018 ».

de 42 % en 2018 à 53 % en 2019<sup>284</sup>. Compte tenu de ces facteurs favorables, les investissements étrangers ont également un effet positif sur l'économie chinoise et sont inclus par les économistes chinois dans la « *Troïka* »<sup>285</sup> de la réussite économique chinoise.

**186.** Les investissements étrangers ont apporté à la Chine des capitaux, une technologie de pointe, une hausse de la productivité, qui ont fait de ce pays l'usine du monde et ont favorisé la modernisation de ses marchés et de son système de réglementation. L'émergence de la Chine en tant que deuxième exportateur mondial de capitaux est indissociable des progrès accomplis grâce à l'investissement étranger. Pour mieux appréhender les perspectives globales d'investissement chinois, il faut d'abord considérer l'évolution des investissements étrangers en Chine (**chapitre 1**), puis le développement des investissements chinois à l'étranger (**chapitre 2**).

---

<sup>284</sup> V. le rapport sur les entreprises internationales investissent en Chine depuis 40 ans, publié par le MOFCOM, le 19 octobre 2019.

<sup>285</sup> Les trois promoteurs économiques chinois sont l'investissement, la consommation et l'exportation.

# CHAPITRE 1 : L'ÉVOLUTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN CHINE

---

**187.** Le processus de développement de l'investissement étranger en Chine trouve sa source dans les lois et des politiques chinoises volontaristes. Ce processus peut être divisé en quatre étapes :

- **(1). De 1979 à 1991.** Durant cette période, les lois sur l'investissement étranger font suite à l'arrivée des investisseurs étrangers et en étaient au stade initial. La loi sur l'investissement par capital promulguée en 1979 est la première loi sur les entreprises à participation étrangère, et a permis la création de plus de 200 coentreprises sinoétrangères. Au cours des années suivantes, la loi sur les entreprises à capital étranger et la loi sur l'investissement en coopération sont venues s'y ajouter, pour former un ensemble connu sous l'appellation des trois lois sur l'investissement étranger. Sur le plan fiscal, les entreprises étrangères bénéficient d'un traitement supranational, ce qui signifie qu'elles bénéficient d'allègements fiscaux. S'y ajoutent des mesures politiques pour attirer les investissements étrangers, telles que les droits d'utilisation des terres ou la prise en charge de certaines formalités comme l'octroi de crédits<sup>286</sup>.
- **(2). De 1992 à 2000.** Les grands axes de la politique « Ouvrir le marché chinois en contrepartie d'un transfert technologique » (*Shichang huan jishu 市场换技术*) sont mis en place. Le gouvernement multiplie les initiatives pour attirer les investissements étrangers<sup>287</sup>. Le catalogue d'orientation des investissements étrangers fait son apparition, répartissant le contrôle des industries d'investissement étranger en quatre catégories : encouragement, autorisation, restriction et interdiction. L'architecture générale du système de contrôle des investissements étrangers est en place.

---

<sup>286</sup> Avis du Conseil d'État, 17 juin 1983, sur une utilisation plus efficace des investissements étrangers.

<sup>287</sup> Opinions, 14 avr. 1998, sur l'expansion de l'ouverture et l'augmentation du niveau d'utilisation des capitaux étrangers.

- **(3). De 2001 à 2012.** Le gouvernement chinois ne préconise plus l'attraction inconditionnelle des investissements étrangers. Dans un premier temps, le gouvernement a modifié sa stratégie concernant les secteurs prioritaires pour les investissements chinois à l'étranger, publiant notamment le « Catalogue pour encourager les investissements étrangers dans les industries de haute technologie »<sup>288</sup>. Dorénavant, l'État encouragera principalement les industries de haute technologie, dans les domaines scientifiques et technologiques, les services, la conservation de l'énergie et la protection de l'environnement. En parallèle, le gouvernement restreint les industries polluantes et en surcapacité de production. Ensuite, la « loi sur l'impôt sur le revenu des sociétés » promulguée en 2007 soumet les entreprises à capitaux étrangers et les entreprises nationales à un taux d'imposition uniforme, les entreprises à capitaux étrangers ne bénéficiant donc plus du traitement supranational. Enfin, la notion de sécurité nationale fait son apparition dans la réglementation afin de mettre en place un système d'examen de sécurité nationale pour les fusions et acquisitions menées par les entreprises capitales étrangères en 2011<sup>289</sup>. La thématique de la sécurité nationale constitue donc une évolution récente dans la réglementation chinoise.
  
- **(4). De 2013 à 2018.** Le gouvernement envisage une nouvelle méthode de supervision des investissements étrangers, créant pour cela une zone de libre-échange pilote à Shanghai en 2013 sous le régime du « traitement national préétablissement avec liste négative »<sup>290</sup>, qui dispense d'approbation les industries ne figurant pas sur la liste négative. Après 2016, l'approbation des projets

---

<sup>288</sup> Catalogue, 17 mars 2003, pour encourager les investissements étrangers dans les industries de haute technologie.

<sup>289</sup> L'Avis, 2011, sur la mise en place du système d'examen de la sécurité pour les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers fixe ainsi le périmètre de l'examen de la sécurité pour les fusions et acquisitions : les fusions et acquisitions menées par des investisseurs étrangers de l'industrie militaire nationale, les entreprises autour d'installations militaires clés et sensibles, autres unités liées à la sécurité de la défense nationale; Les investisseurs étrangers acquièrent des entreprises nationales liées à la sécurité nationale, telles que des produits agricoles importants, l'énergie et autres ressources, des infrastructures, des services de transport, des technologies clés et la fabrication de gros équipements. À ceci s'ajoute le cas de figure où des investisseurs étrangers sont susceptibles d'acquérir des droits de contrôle réel dans un des secteurs mentionnés ci-dessus.

<sup>290</sup> Divisé en deux modèles d'après l'UNCTAD : un traitement national avant établissement et un traitement national après établissement ; UNCTAD, *International Investment Agreements : Flexibility for Development*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, p. 94-103.

d'investissement étranger a été remplacée par un système d'enregistrement<sup>291</sup>, à l'exclusion des secteurs inscrits sur la liste négative<sup>292</sup>.

- **(5). De 2019 à aujourd'hui.** La « Loi sur l'investissement étranger » et le « Règlement d'application de la loi sur l'investissement étranger » promulgués en 2019 et appliqués dès janvier 2020 ont abrogé les trois lois sur l'investissement étranger ainsi que de nombreux autres textes. Le cadre juridique de l'investissement étranger en Chine gagne en clarté et instaure une égalité de traitement entre les investissements nationaux et étrangers.

**188.** Nous examinerons l'ensemble du processus de développement des investissements étrangers en Chine, afin de mieux appréhender l'évolution des politiques et réglementations, en commençant par le bilan des évolutions passées (**section 1**), puis l'état des lieux contemporain (**section 2**).

## SECTION 1 : LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN CHINE : BILAN DES ÉVOLUTIONS PASSÉES

**189.** À travers l'ouverture de contrainte des ports, ce sont les commerçants étrangers qui ont commercé à structurer l'économie chinoise. Cette levée des contraintes qui a permis ces échanges a tout d'abord trouvé naissance en temps de guerre, dans un contexte extrême. En revanche, lors de la réforme et de l'ouverture, les capitaux étrangers sont considérés comme un facteur favorable au développement de la Chine. Plusieurs politiques préférentielles ont été proposées afin d'attirer les capitaux étrangers, notamment par le biais des trois lois sur l'investissement étranger. Avec l'adhésion de la Chine à

---

<sup>291</sup> Un modèle de gestion des investissements étrangers sur le traitement national avant établissement plus une liste négative adopté par la Chine signifie que la création et le changement d'entreprises à capitaux étrangers sont soumis au système d'enregistrement et les secteurs figurant sur la liste négative doivent mettre en œuvre le système d'examen et d'approbation.

<sup>292</sup> Trois documents suivants : 1. « Avis du conseil des affaires de l'État sur plusieurs mesures pour élargir l'ouverture et utiliser vigoureusement les capitaux étrangers » publié en août 2017 ; 2. « Avis du conseil des affaires de l'État sur plusieurs mesures de promotion de la croissance des investissements étrangers » publié en août 2017 ; 3. « Avis du Conseil des affaires de l'État sur certaines mesures visant à utiliser activement et efficacement les investissements étrangers pour promouvoir un développement économique » publié en octobre 2018.

l'OMC, les investissements transfrontaliers et les échanges commerciaux chinois avec les restes du monde se sont intensifiés.

**190.** Les entreprises étrangères sont devenues l'une des trois grandes composantes de l'économie chinoise, avec les entreprises publiques et les entreprises privées. Trois phases peuvent être distinguées : celle des investissements étrangers contraints, 1842-1978 (§1) ; celle des investissements étrangers accueillis, 1979-2001 (§2) ; enfin celle de l'Organisation Mondiale du Commerce, 2002-2012 (§3).

### §1. DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS CONTRAINTS : 1984-1978

**191. La guerre apportant les commerçants étrangers.-** Au cours de l'Histoire, le développement du commerce a été marqué par des conflits importants, et plus spécifiquement par les invasions, notamment au temps de la colonisation occidentale. La porte chinoise fut enfoncée par les envahisseurs britanniques lors de la guerre de l'opium qui mena au premier traité de Nanjing<sup>293</sup>, un jalon majeur dans l'histoire de la Chine moderne qui força la dynastie Qing tardive à consentir des conditions d'échanges commerciaux très défavorables avec la Grande-Bretagne. La Chine s'est longtemps fermée au reste du monde<sup>294</sup>, opérant en autarcie sans tenir compte des changements extérieurs. Il ne fait nul doute que le traité de Nanjing modifia le rôle de la Chine sur la scène mondiale<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Premier traité signé le 29 août 1842 entre la Chine et la Grande-Bretagne, le Traité de Nanjing vit la Chine entrer dans une période semi-féodale et semi-coloniale. L'un des résultats du traité fit le passage de Hong Kong sous souveraineté britannique jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1997, un autre fut d'ouvrir cinq portes aux étrangers : Guangzhou, Fuzhou, Xiamen, Ningbo, Shanghai.

<sup>294</sup> En 1723, l'Empereur Yong zheng institua l'interdiction du prosélytisme par les missionnaires étrangers, ainsi que la politique de « mer interdite » (*haijin* 海禁), fermant les portes de la Chine jusqu'aux guerres de l'opium.

<sup>295</sup> Voir Jonathan Dermot Spence (*Jingqian SHI* 史景迁) de l'université de Yale aux États-Unis, spécialiste de la Chine depuis le XVII<sup>e</sup> siècle, et notamment de la dynastie Qing. Dans son ouvrage *The Search for Modern China* (p. 155-163), il indique : dans les dispositions supplémentaires du traité de Nanjing en 1843, la Grande-Bretagne a élaboré une disposition qui énonce la « Clause de la nation la plus favorisée » : « si à l'avenir le Grand Empereur Qing accorde une nouvelle faveur à un pays tiers, elle doit être également consentie à la Grande Bretagne » (notre traduction). Le gouvernement Qing avait l'intention d'utiliser cette clause pour alléger la pression exercée par le pouvoir britannique sur la Chine. Cependant, cette disposition a rendu la recherche de soutiens étrangers très difficile pour le gouvernement Qing, réduisant sérieusement les marges de manœuvre de sa politique étrangère ; dans *The Rise of Modern China* rédigé par le professeur Immanuel Chuang-Yueh Hsü (*Zhongyue XU* 徐中约) de l'université de Californie à Santa Barbara, il énonce les trois éléments les plus préjudiciables à la Chine dans ce traité « illégal » : (1) les tarifs approuvés - tarifs d'importation et d'exportation convenus entre les deux parties ; (2) l'extraterritorialité ; (3) la clause de nation la plus favorisée. Ces trois éléments démontraient l'inculture de la Chine en matière de droit international ou concernant la notion de souveraineté nationale.

La fin du système *Cohong*<sup>296</sup> signait celle du monopole commercial avec les Britanniques. Tournant la page, la Chine commença à prendre part au commerce international. Même si elle n'était pas dans une posture active, davantage de commerçants étrangers vinrent s'établir et se répartir le marché chinois. Ainsi que cela a déjà été souligné, le gouvernement et le peuple chinois adoptèrent une attitude très prudente vis-à-vis des étrangers, notamment des commerçants ou des investisseurs étrangers<sup>297</sup>.

## §2. DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ACCUEILLIS : 1979-2000

**192. La première loi sur les investissements étrangers en Chine.**- L'un des éléments les plus significatifs de l'histoire chinoise moderne est sans aucun doute la politique de la réforme économique en 1978 initiée par Deng Xiaoping, qui aimait à dire, que « *Peu importe que le chat soit noir ou blanc, tant qu'il attrape des souris* ». En clair, le gouvernement fermerait les yeux sur l'extension de la propriété privée des moyens de production afin d'atteindre ses objectifs économiques. L'année suivante, la première loi sur les joint-ventures était adoptée en 1<sup>er</sup> juillet 1979<sup>298</sup> : la loi de sur les coentreprises sinoétrangères avec participation au capital (ci-après : la loi sur l'investissement par capital)<sup>299</sup>. Cette loi de 1979 combla un vide dans le domaine de l'investissement étranger, jouant un rôle de protection et d'encadrement. Elle marque le début de la législation

---

<sup>296</sup> G. Xiao, « The Guangzhou Cohong System of the Qing Dynasty », *Studies in Qing History* 2007, p. 32-48. V. le résumé: « The Cohong system of Early Qing dynasty was monopolistic in its separation of ownership and management, which made the Hong merchants a type of official businessman and the autocratic state's instrument for controlling foreign trade. The Hong Merchants monopolized and controlled foreign trade, and simultaneously took on many official duties: collecting tariff, managing foreign traders, and dealing with foreign affairs on behalf of Qing dynasty. In the practical operation of the Cohong system, interests of the different groups were involved, including the state, the Guangdong customs, the Hong merchants, foreign traders, and private Chinese businessmen. The transformation of relations between these interests led to the Cohong system's decay. This demonstrated the relationship between autocratic government and economy institutional change in traditional China ».

<sup>297</sup> Traité de Nanjing (*Nanjing tiaoyue* 南京条约), Traité de Tianjin (*Tianjin tiaoyue* 天津条约), Traité de Beijing (*Beijing tiaoyue* 北京条约), Traité de Shimonoeki (*Maguan tiaoyue* 马关条约), Traité à la saveur puante (*Xinchou tiaoyue* 辛丑条约) : tous ces traités ont formé un « système de traité » qui remplaçait un « système de tribute » (*tributum, chaogong* 朝贡) qui avait cours en Chine du III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Il s'est ensuit une perte de prestige pour la Chine, qui perdait ainsi la face (*mianzi* 面子) et devait payer des indemnités de guerre, céder des territoires etc.

<sup>298</sup> Elle a été adoptée en deuxième session de la 5<sup>ème</sup> Assemblée nationale populaire.

<sup>299</sup> Elle fut révisée trois fois par : (1) le Premier amendement de la décision de modification du septième Congrès national du peuple, 4 avril 1990 ; (2) le Deuxième amendement du neuvième Congrès national du peuple, 15 mars 2001 ; (3) le Troisième amendement de la « Décision sur la modification des quatre lois de la République populaire de Chine sur les entreprises à capitaux étrangers » du Comité permanent du douzième Congrès national du peuple, 3 septembre 2016.

chinoise sur les investissements étrangers<sup>300</sup>. En 1982, la « Constitution de la République populaire de Chine » est promulguée<sup>301</sup>, jetant les fondements du statut juridique de l'investissement étranger en Chine. En 1984, le gouvernement a publié la « Loi sur les brevets de la République populaire de Chine », rejoignant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et la Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle. Dans le même temps, la Chine signait des accords de protection des investissements avec la France, la Belgique, le Luxembourg, la Finlande et la Norvège, ainsi qu'un accord de double imposition avec les États-Unis, la France et la Grande-Bretagne. La Chine franchissait ainsi le premier obstacle dans la course aux investissements étrangers.

**193. Les nouvelles lois consolidant le système juridique en matière d'investissement étranger.-** La politique de la réforme économique mena aussi à l'adoption d'autres lois avec leurs règlements d'applications pour accompagner le décollage économique<sup>302</sup>. Les trois lois sur l'investissement étranger en Chine<sup>303</sup> (*San zi qi ye fa*, 三资企业法) jouèrent un rôle essentiel dans le succès de la réforme globale et l'accélération de l'ouverture permettant d'attirer des investisseurs étrangers, quand bien même la technologie législative était relativement immature pour commencer, avec de nombreuses restrictions sur les investissements étrangers. Par exemple, l'article 9 de la loi sur l'investissement par capital de 1979 disposait que « Les matières premières, les

---

<sup>300</sup> Deng Xiaoping attachait une grande importance à cette loi dont il suivit personnellement la rédaction. De plus, le directeur (Peng Zhen) de la Commission des Affaires Législatives du Comité Permanent du CNP en présida la révision.

<sup>301</sup> La vingt-troisième réunion du Comité permanent de la Cinquième session de l'ANP inscrit la politique chinoise d'absorption des investissements étrangers dans le projet d'amendement constitutionnel en avril 1982.

<sup>302</sup> Nous en citerons cinq : (1) Loi de la République populaire de Chine sur l'investissement par participation au capital d'une coentreprise sino-étrangère de 1979 (Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Equity Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合资经营公司法); (2) Loi de la République populaire de Chine sur les entreprises à capital étranger de 1986 (Law of the People's Republic of China on foreign-capital Enterprises, 中华人民共和国外资公司法) ; (3) Loi douanière de la République populaire de Chine de 1987 (Customs Law of the People's Republic of China, 中华人民共和国海关法); (4) Loi de la République populaire de Chine sur l'investissement par participation au contractuel d'une coentreprise de 1988 (Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合作经营公司法); (5) Loi de l'impôt sur le revenu des entreprises d'investissement par des étrangers et des entreprises étrangères de 1991, qui fut remplacée en 2007 par la Loi de l'impôt sur le revenu des entreprises de la République populaire de Chine (Income Tax Law of the People's Republic of China for Enterprises with Foreign Investment and Foreign Enterprises, 外商投资企业和外国企业所得税法).

<sup>303</sup> V. *supra*. n°46



carburants et les accessoires requis pour l'entreprise conjointe devront être achetés en Chine autant que possible (...) »<sup>304</sup>.

**194. Les nouveaux règlements d'application de trois lois sur l'investissement étranger.**- Afin de mieux mettre en œuvre les trois lois, le Conseil des affaires de l'État adopta successivement des règlements d'application de la loi sur les coentreprises sinoétrangères avec participation au capital de 1983<sup>305</sup> ; des règles détaillées d'application de la loi sur les entreprises à capitaux entiers étrangers de 1990<sup>306</sup>; des règles d'application de la loi sur les coentreprises sinoétrangères en coopération de 1995<sup>307</sup>. En Chine, ces règlements sont collectivement appelés les trois règlements d'application des trois lois sur l'investissement étranger (ci-après : les trois règlements d'application). Ces trois lois sur l'investissement étranger avec leurs règlements d'application viennent compléter le droit chinois des sociétés<sup>308</sup> promulgué en 1993, ont formé le socle juridique pour les investissements étrangers en Chine jusqu'à la fin des années 1990. Le droit chinois des sociétés est entré en vigueur à la suite du « voyage du sud » (*nanxun*, 南巡) de Deng Xiaoping en 1992, où celui-ci avait exhorté à la poursuite et l'approfondissement des réformes économiques. Dans la foulée, le gouvernement chinois annonça l'introduction d'une économie de marché, et le volume des investissements étrangers effectivement utilisés en Chine devait considérablement augmenter à partir de 1992.

---

<sup>304</sup> Loi, 13 mars 1979, sur l'investissement par capital, art. 9. L'article 10 de la loi sur l'investissement par capital, en version 2016, indique que « Les matières premières, les carburants et les autres matériaux requis par l'entreprise conjointe dans le cadre du champ d'activité approuvé peuvent être achetés sur le marché national ou sur le marché international selon le principe de l'équité et du caractère raisonnable ». Il n'exige plus l'achat prioritaire en Chine.

<sup>305</sup> Elle a été révisée cinq fois par le Conseil des affaires de l'État : le 15 janvier 1986, le 21 décembre 1987, le 22 juillet 2001, le 08 janvier 2011 et le 19 février 2014. (Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例).

<sup>306</sup> Elle a été révisée deux fois par le Conseil des affaires de l'État : le 12 avril 2001 et le 19 février 2014 (Detailed Rules for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-owned Enterprises, 中华人民共和国外资企业法实施细则).

<sup>307</sup> Elle a été révisée une fois par le Conseil des affaires de l'État : le 19 février 2014. (Rules for the Implementation of the Law of People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则).

<sup>308</sup> Elle fut révisée quatre fois par le Comité permanent du CNA : le 25 décembre 1999, le 28 août 2004, le 28 décembre 2013 et le 26 octobre 2018. En version 1993, l'article 18 disposait : « La présente loi est applicable aux sociétés à responsabilité limitée à capitaux étrangers ; les coentreprises sino-étrangères par capital, les coentreprises sino-étrangères par contractuel et les autres sociétés à capitaux étrangers sont quant à elles soumises à une législation spécifique ». Comme souvent en Chine, le droit spécial est antérieur et prime sur le droit commun ; en l'occurrence, le droit des sociétés fut introduit après les trois lois sur l'investissement étranger. Spécificité historique de la Chine, ces trois lois furent créées pour accompagner l'ouverture économique aux investisseurs étrangers. Pendant ce temps, les entreprises chinoises débutaient leur essor. En version 2004, l'article 218 précisait : « La présente loi s'applique aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes à capitaux étrangers ; en cas de conflit avec les lois sur les investissements étrangers, ces dernières s'appliqueront ». Observons ici que le droit des sociétés s'est élargi aux sociétés anonymes à capitaux étrangers. Au fil du développement économique, les formes juridiques de l'investissement étranger en Chine se sont progressivement enrichies.

**195. Le catalogue d'orientation en version nationale.-** Face à l'afflux croissant des investissements étrangers sur le marché chinois, la Chine adopta une série de lois visant à réduire les restrictions sur les investissements étrangers, afin d'accélérer le développement économique. En 1995, une nouvelle méthode de filtrage des investissements étrangers fut adoptée par le biais du catalogue d'orientation<sup>309</sup>. De cette manière, les secteurs encouragés, restreints et interdits étaient clairement indiqués dans le catalogue.

**196. Le catalogue d'orientation en version région.-** À la suite de la publication du catalogue d'orientation en version nationale, le gouvernement publia un catalogue d'orientation en version région<sup>310</sup>, afin de mettre en œuvre la stratégie de développement de la partie occidentale de la Chine et de promouvoir l'optimisation et la mise à niveau de la structure industrielle au début des années 2000. Dans la foulée, les « Dispositions relatives à l'orientation de l'investissement étranger » de 2002 remplacèrent les dispositions provisoires. L'article 3 des dispositions de 2002 prévoit que « l'approbation des projets d'investissement étranger et l'application des politiques pertinentes par les entreprises à capitaux étrangers se feront à la lumière du catalogue national des industries et le catalogue des industries dans la région du centre ouest ». L'ensemble de ces dispositions réglementaires ont constitué le socle juridique pour la politique « *Go Out* »<sup>311</sup>, mais également pour préparer l'intégration à l'Organisation mondiale du commerce.

### §3. APRÈS L'ADHÉSION À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE : 2002-2012

**197. L'importance des investissements étrangers.-** À l'issue de quinze années de négociations ardues, la Chine a intégré enfin le système commercial multilatéral en 2001 à la conférence de Doha. En 1978, le volume total des importations et exportations ne

---

<sup>309</sup> V. supra n°90. Le catalogue d'orientation a huit versions : en 1995, 1997, 2002, 2004, 2007, 2011, 2015 et 2017.

<sup>310</sup> MOFCOM et CNDR, Catalogue des industries, 20 juin 1995, pour les investissements étrangers dans la région du Centre-Ouest ; Dispositions provisoires, 20 juin 1995 relatives à l'orientation de l'investissement étranger.

<sup>311</sup> La politique « *Go Out* » annoncée par le gouvernement chinois lors de la troisième session de la neuvième ANP en 2000.

dépassait pas 20 milliards de dollars et le recours à l'investissement étranger était faible. Or, depuis 2002, le volume des investissements étrangers place la Chine dans le trio de tête au niveau mondial. À la fin de 2007, plus de la moitié du total des importations et des exportations était le fait d'entreprises à capitaux étrangers. Visant à mieux utiliser les ressources étrangères et entrer de plain-pied dans le nouveau millénaire, la politique « *Go Out* » entraîna une forte croissance de l'investissement étranger. De 2003 à 2007, le montant des investissements directs étrangers (secteur non financier) s'éleva à 2,9 milliards, 5,5 milliards, 12,3 milliards, 17,6 milliards, puis 18,7 milliards de dollars respectivement. En 2007, le montant des contrats de coopération économique étrangère atteignait 85,3 milliards de dollars pour un chiffre d'affaires de 47,9 milliards de dollars, respectivement trente-sept et vingt-sept fois plus élevés qu'en 1989. La politique de promotion régionale s'est transformée en une ouverture globale sur le monde extérieur. Cette politique permit une nouvelle phase de développement des investissements<sup>312</sup>.

**198. La situation d'investissement étranger avant l'adhésion à l'OMC.-** Les investissements étrangers en Chine présentaient à la fois des avantages et des inconvénients. Tout d'abord, les entreprises à capitaux étrangers bénéficiaient d'un traitement fiscal préférentiel par rapport aux entreprises à capitaux nationaux. Par exemple, le taux de l'impôt sur le revenu des entreprises étrangères était de 15 %, celui des coentreprises de 17 % et celui des entreprises nationales de 33 %. La loi sur l'impôt sur le revenu des entreprises de 2008 devait aligner l'imposition des entreprises nationales et étrangères sur un taux unique de 25 %. Cependant, le traitement de faveur dont bénéficiaient les entreprises étrangères en termes de politique fiscale ne fut entièrement aboli que le 1<sup>er</sup> décembre 2010<sup>313</sup>. Ainsi, avant l'adhésion à l'OMC, les investisseurs

---

<sup>312</sup> V. le Rapport, 28 oct. 2008, *du 30<sup>e</sup> anniversaire de la réforme et de l'ouverture : une grande transition historique de l'ouverture partielle à l'ouverture complète*. Publié par le bureau national des statistiques.

<sup>313</sup> V. l'Avis du Conseil des affaires de l'État sur l'extension des surtaxes fiscales et éducatives en matière d'entretien et de construction en milieu urbain des entreprises chinoises aux entreprises et aux citoyens à financement étranger. Le régime fiscal unifié des entreprises nationales et étrangères : (1) Depuis le 1er janvier 1994, les entreprises à participation étrangère et les entreprises étrangères sont soumises à un régime commun portant sur « la taxe sur la valeur ajoutée, la taxe sur la consommation et la gestion de la taxe professionnelle ». (2) En décembre 2006, le nouveau règlement provisoire révisé sur « la taxe d'utilisation des terrains urbains », soumet pour la première fois les entreprises à capitaux étrangers et les entreprises étrangères à la taxe sur l'utilisation de terrains urbains. (3) Le 1er janvier 2007, le nouveau « Règlement provisoire sur l'impôt sur les voyages et les bâtiments » entre en vigueur, applicable à tout type de contribuable sans distinction. (4) En mars 2007 est promulguée la « Loi sur l'impôt sur le revenu des entreprises ». (5) Le 1er janvier 2008, le règlement d'application de « la Loi sur l'impôt sur le revenu des entreprises », entre en vigueur, unifiant la politique de déduction avant impôt des traitements et salaires des entreprises nationales et étrangères. (6) Entré en vigueur le 1er janvier 2008, le « Règlement provisoire sur

étrangers bénéficiaient d'une fiscalité avantageuse, mais étaient soumis à certaines contraintes comme, par exemple, l'exigence d'achat prioritaire en Chine. Dans le même temps, le gouvernement tente de réformer les lois et règlements pour satisfaire aux exigences de l'OMC. Les lois et règlements sont donc modifiés pour assurer une politique d'investissement stable, notamment aux entreprises étrangères, les secteurs d'investissement restreints ou interdits rétrécissent, et le processus d'approbation est en voie de simplification.

**199. Conclusion de la section.-** Avec l'arrivée des investisseurs étrangers au cours des trois phases, le parcours de l'investisseur en Chine était, en premier lieu, de consulter le catalogue d'orientation d'investissement où figurent les secteurs interdits ou restreints ; dans ce dernier cas, des conditions particulières étaient applicables. En deuxième lieu, les secteurs encouragés pouvaient valoir aux investisseurs étrangers un traitement fiscal favorable, entre autres mesures préférentielles. En dernier lieu, les investisseurs étrangers pouvaient choisir parmi trois formes sociales : l'entreprise à capitaux entièrement étrangers, la coentreprise avec participation au capital, ou la coentreprise en coopération. Ce parcours a évolué avec la croissance des investissements étrangers et s'adapte au fur et à mesure des nouvelles politiques en matière d'investissements étrangers.

## SECTION 2 : LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN CHINE : ÉTAT DES LIEUX CONTEMPORAIN

**200. Un modèle de la liste négative annoncé.-** Avant de s'ouvrir davantage aux investissements étrangers, le gouvernement chinois préfère établir une zone de libre-échange à titre expérimental. En cas de réussite, elle sera promue et reproduite à travers le pays, tandis qu'un échec serait sans grande conséquence. Entre-temps, afin d'être cohérente avec la pratique de la plupart des pays développés du monde en matière d'investissements

---

l'impôt d'occupation des terres agricoles » s'applique également aux entreprises à capitaux étrangers et aux entreprises étrangères. (7) À partir du 1er janvier 2009, les entreprises à participation étrangère, les entreprises et organisations étrangères ainsi que les particuliers, sont soumis à la « Réglementation provisoire de l'impôt immobilier » concernant les impôts fonciers. (8) Le 1er décembre 2010 voit la parution d'un « Avis du Conseil des affaires de l'État sur l'extension aux citoyens et aux entreprises à capitaux étrangers des surtaxes fiscales et éducatives en matière d'entretien et de construction en milieu urbain des entreprises chinoises ».

étrangers, la Chine a adopté un modèle de liste négative : la première édition – « Mesures administratives spéciales pour l'accès aux investissements étrangers dans les zones pilotes de libre-échange (liste négative) » apparaît en 2017. Cette réforme a obligé la Chine à abandonner le catalogue d'orientation de 1997. À sa place, le modèle de la liste négative a été étendu à l'ensemble de la Chine en 2022. D'autre part, la « loi sur l'investissement étranger » est entrée en vigueur en 2020. Depuis lors, elle a fait ses adieux à l'ère des trois principales lois sur l'investissement étranger et de ses multiples réglementations. L'annonce d'un modèle de liste négative (§1) a précédé la promulgation de la loi sur l'investissement étranger (§2).

### §1. L'ANNONCE D'UN MODÈLE DE LA LISTE NÉGATIVE : 2013-2018

**201. Le fonctionnement de la zone pilote de libre-échange.-** Une nouvelle porte s'ouvre : la zone pilote de libre-échange de Chine, située à Shanghai (ci-après, la ZPLE de Shanghai), instituée le 29 septembre 2013, qui constitue une expérience grandeur nature visant à mettre fin à l'approbation individuelle systématique des investissements étrangers. Au sein de cette zone, hors secteurs figurant dans la liste négative pour lesquels une autorisation préalable reste nécessaire, les investisseurs étrangers ne sont tenus qu'à une simple déclaration au Comité de gestion de la ZPLE de Shanghai<sup>314</sup>. Dans le reste du pays, tout investissement étranger demeure soumis à l'approbation des autorités, sans distinction de secteur d'activité.

**202. Le nouveau régime de l'enregistrement en remplacement de l'approbation.-** En créant cette zone, le CPANP autorise le Conseil des affaires de l'État à suspendre l'application des dispositions administratives relatives à l'approbation des investissements étrangers, en faveur de mesures administratives spéciales. Ce nouveau régime de contrôle des investissements étrangers prévoit l'enregistrement à la place de l'approbation pour la plupart des secteurs. Le programme global de la ZPLE de Shanghai a pour but de tester un système de liste négative afin d'ouvrir davantage de secteurs, en suspendant temporairement l'application, au sein de la zone, des trois lois sur

---

<sup>314</sup> Mesures, 29 sept. 2013, d'administration des zones de libre-échange en Chine (Shanghai).

l'investissement étranger, concernant les dispositions d'approbation, et ce pour une durée d'essai de trois ans à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2013<sup>315</sup>.

**203. Un processus d'enregistrement étendu à tout le pays.-** Les zones pilotes sont par la suite étendues à Guangdong (广东), Tianjin (天津) et Fujian (福建), où est adopté le même règlement qu'à Shanghai<sup>316</sup> en décembre 2014. Ces quatre zones pilotes servent de laboratoire au gouvernement exécutif pour sa politique de « rationaliser l'administration et déléguer le pouvoir » (*Jiangzheng fangquan 简政放权*)<sup>317</sup> dans le domaine des investissements étrangers. Après trois ans de mise à l'épreuve dans les zones pilotes, le processus d'enregistrement fut étendu de la ZPLE à tout le pays à partir de 2016<sup>318</sup>. La CNDR et le MOFCOM ont publié une annonce<sup>319</sup> dans le but d'explicitier les cas soumis à des mesures de gestion spéciales dont : (1) les secteurs restreints et interdits<sup>320</sup> figurant au nouveau Catalogue d'orientation de 2015 ; (2) des exigences de seuil de part<sup>321</sup> et de nationalité des dirigeants<sup>322</sup> dans les secteurs encouragés du Catalogue d'orientation de 2015 ; (3) les fusions et acquisitions d'une entreprise nationale par des investisseurs

---

<sup>315</sup> La Décision du Comité permanent de l'APN d'autoriser le Conseil des affaires de l'État à ajuster temporairement les lois sur l'approbation administrative dans la ZPLE de Shanghai remplace le processus d'approbation par celui d'enregistrement, par le biais d'ajustements des trois lois sur l'investissement étranger en Chine : (1). L'article 6 pour la création, l'article 10 pour la scission, la fusion ou autre changement majeur, l'article 20 pour la période d'exploitation, concernant la « loi sur les entreprises à capitaux étrangers » ; (2). L'article 3 pour la création, l'article 13 pour la prolongation de la durée de la coentreprise, l'article 14 pour la dissolution, concernant la « loi sur l'investissement par capital » ; (3). L'article 5 pour la création, l'article 7 pour l'accord, le contrat, les statuts ou autre changement majeur, l'article 10 pour le transfert des droits de coopération en coentreprise, l'article 12 alinéa 2 pour la délégation de la gestion de l'entreprise à des personnes autre que des associés, l'article 24 pour la prolongation de la durée de la coentreprise par contractuel.

<sup>316</sup> V. Décision le 28 dec. 2014 du Comité permanent de l'APN autorisant le Conseil des affaires de l'État à ajuster provisoirement des lois et règlements pertinents sur l'approbation administrative dans la zone de libre-échange de Guangdong, Tianjin, Fujian et l'extension de la ZPLE de Shanghai.

<sup>317</sup> Depuis que Li Keqiang a présidé la réunion exécutive du Conseil des affaires de l'État du 18 mars 2013, le principe de « rationaliser l'administration et déléguer le pouvoir » continue à jouer son rôle comme aiguillon de la réforme, dans le but d'affranchir l'entreprise et de libérer les forces du marché.

<sup>318</sup> Mesures administratives provisoires, 8 oct. 2016, pour l'enregistrement de l'incorporation et le changement des entreprises à capitaux étrangers.

<sup>319</sup> Annonce, 8 oct. 2016, sur la clarification de la portée des mesures de gestion spéciales pour l'admission d'investissements étrangers.

<sup>320</sup> Les moyens de restriction portent sur la proportion de capitaux étrangers et la nationalité des représentants. Par exemple, une compagnie publique de transport aérien doit être contrôlée par les opérateurs chinois, le ratio d'actionariat étranger ne doit pas dépasser 25 % et le représentant légal doit être un citoyen chinois ; concernant les secteurs interdits, les investisseurs étrangers ont interdiction de participer, par exemple, aux secteurs des affaires juridiques, aux agences de presse, etc.

<sup>321</sup> V. l'article 308 du Catalogue d'orientation (révision de 2015) qui vise la compagnie pour les services de transport aérien (détenue par les investisseurs chinois, l'investisseur étranger ainsi que ses filiales ne pouvant pas détenir plus de 25 % des actions).

<sup>322</sup> V. l'article 318 qui vise la comptabilité et l'audit (le partenaire principal doit être de nationalité chinoise).

étrangers<sup>323</sup> ; (4) les investissements stratégiques des investisseurs étrangers dans les sociétés cotées<sup>324</sup>.

**204. Les mesures pour l'enregistrement dans des cas spécifiques.-** Le MOFCOM a de nouveau affiné ses mesures pour l'enregistrement en juillet 2017<sup>325</sup>, autour des axes suivants: (1) pour les fusions et acquisitions des entreprises nationales par des investisseurs étrangers et pour les investissements stratégiques dans des sociétés cotées, les investisseurs étrangers seront dorénavant soumis à un simple processus d'enregistrement plutôt qu'à un processus d'approbation ; (2) concernant le contenu de la liste négative, une différence de traitement est retenue selon que les entreprises seront installées à l'intérieur ou l'extérieur de la ZPLE : à l'intérieur, les mesures spéciales pour la ZPLE<sup>326</sup> sont applicables ; à l'extérieur, de nouvelles mesures spéciales des catalogues d'orientation<sup>327</sup> sont adoptées. Il demeure important de clarifier le système de gestion des enregistrements applicable aux cas de fusions et acquisitions, excepté pour les secteurs figurant dans des secteurs dans la liste négative. Cela encouragerait et faciliterait les investissements étrangers dans les entreprises nationales et leur apport de technologie et d'expérience. En pratique, les mesures ont réduit le délai pour la création d'entreprises à capitaux étrangers d'un mois à trois jours.

**205. Une proposition d'un projet de loi sur l'investissement étranger.-** La réforme du droit des investissements étrangers en Chine, amorcée lors de l'ouverture économique, est sur le point d'aboutir. La publication du projet de « loi sur l'investissement étranger (préliminaire) » en 2015<sup>328</sup> constitua une révolution en matière de droit des investissements étrangers dans un pays dont l'historique des investissements étrangers ne remonte qu'à une trentaine d'années. Ce projet de loi sur l'investissement étranger procède

---

<sup>323</sup> Dispositions, 22 juin 2009, sur les fusions et acquisitions d'une entreprise nationale par des investisseurs étrangers.

<sup>324</sup> Mesures, 31 dec.2005, pour les investissements stratégiques des investisseurs étrangers dans les sociétés cotées.

<sup>325</sup> Décision relative à la motification, 30 juill. 2017, des Mesures provisoires concernant l'administration de l'établissement et de l'enregistrement des modifications pour les entreprises étrangères.

<sup>326</sup> Mesures spéciales, 28 janv. 2017, pour l'administration des investissements étrangers dans la zone pilote de libre-échange (liste négative) 2017.

<sup>327</sup> Mesures spéciales, 28 janv. 2017, de gestion pour l'accès aux investissements étrangers du catalogue d'orientation (liste négative) 2017.

<sup>328</sup> Le projet contient 170 articles repartis en 11 chapitres : (1) Principes généraux, (2) Investisseurs étrangers et investissements étrangers, (3) Administration d'accès, (4) Examen de sécurité nationale, (5) Rapport d'information, (6) Promotion des investissements, (7) Protection des investissements, (8) Coordination du traitement et de la résolution des plaintes, (9) Supervision et inspection, (10) Responsabilité juridique, (11) Dispositions supplémentaires.

d'évolutions politiques dues aux enseignements de la ZPLE. Il est aussi le résultat de plusieurs autres facteurs : (1) les trois anciennes lois sur l'investissement étranger sont souvent entrées en conflit avec d'autres éléments de la législation<sup>329</sup> ; (2) un amoncellement de réglementations<sup>330</sup> en matière de droit des investissements étrangers engendrant des confusions chez les investisseurs étrangers quant aux conditions à remplir ; (3) le système d'examen de sécurité nationale à mettre en œuvre. Dans ce contexte, le projet de la loi sur l'investissement étranger est devenu nécessaire.

**206. Éléments importants du projet.-** Ce projet élargit la notion d'investissement étranger, n'impose aucune limite à l'investissement Greenfield, et inclut tant les fusions et acquisitions que l'obtention d'actions, ainsi que les transactions immobilières<sup>331</sup>. Il standardise également la notion de « contrôle réel » pour identifier les investisseurs étrangers dans le cas des personnes morales<sup>332</sup> : (1) si les entreprises chinoises contrôlées par des investisseurs étrangers sont considérées comme des investissements étrangers ; (2) en revanche, les investissements réalisés par une filiale étrangère, mais contrôlée par une société mère chinoise en Chine, sont considérés comme des investissements chinois. L'identification de la nationalité des investisseurs est devenue un défi aujourd'hui au regard du droit international de l'investissement. Plus de 40 % des sociétés filiales possèdent plusieurs « passeports » vers différentes régions du monde. Par

---

<sup>329</sup> Comme le droit des sociétés, la loi sur les entreprises de partenariat, le droit des valeurs mobilières, la loi sur les entreprises individuelles de propriété, etc

<sup>330</sup> En Chine, il existe des textes infra-législatifs : règlements (fagui 法规 ou tiaoli 条例), notices (tongzhi 通知), résolutions (jueyi 决议), dispositions (guiding 规定), solutions (banfa 办法), opinions (yijian 意见), directives (zhishi 指示), et anciennement, textes internes (neibuwenjian 内部文件). V. C. Mao, *Les opérations capital social en droit français et chinois*, th. Paris II, 2016, p. 48.

<sup>331</sup> La notion d'investissement étranger est envisagée par l'article 15 du projet de loi sur les investissements étrangers comme : (1) l'établissement d'une entreprise en Chine ; (2) l'obtention d'actions, participations, parts de propriété, droits de vote ou autres droits et intérêts similaires dans une entreprise nationale ; (3) l'octroi du financement pour une année ou plus à une entreprise nationale dans laquelle est détenu l'un des droits et intérêts mentionnés à l'article précédent ; (4) l'obtention de droits de concession pour explorer ou développer des ressources naturelles en Chine ou dans un territoire sous juridiction chinoise, ou l'obtention d'une concession pour la construction ou l'exploitation d'infrastructures ; (5) l'obtention de droits d'utilisation de terres, de la propriété du logement ou de tout autre droit sur un bien immobilier ; ou (6) le contrôle d'une entreprise nationale ou la possession de droits et intérêts dans une entreprise nationale à la suite d'un contrat, d'un accord de fiducie ou par d'autres moyens.

<sup>332</sup> Dans l'article 18 du projet, le contrôle réel fait référence à trois cas deux figure : 1. La détention directe ou indirecte de plus de 50% des actions et/ou des droits de vote ; 2. La détention directe ou indirecte de moins de 50% des actions et droits de vote, à condition de remplir l'un des critères suivants : a. nommer directement ou indirectement plus de la moitié des membres du conseil d'administration ou des organes de décision de l'entreprise ; b. avoir la capacité à faire en sorte que le candidat obtienne plus de la moitié des sièges au conseil d'administration ou dans l'organe de décision de l'entreprise ; c. les droits de vote détenus sont suffisants pour avoir un impact significatif à l'assemblée générale, ou au conseil d'administration ; 3. Les excises d'une influence décisive sur le fonctionnement, les finances (etc.) de l'entreprise par le biais de contrats ou d'autres moyens.

Ici la notion de contrôle réel s'inspire de la loi australienne de 1975 sur les acquisitions et prises de contrôle étrangères (*Foreign Acquisition and Take-over Act 1975*).



ailleurs, l'encadrement des prises d'intérêt étrangères est très répandu : 80 % des pays imposent des restrictions sur la participation majoritaire d'investisseurs étrangers dans au moins un secteur d'activité. Enfin, la nationalité des investisseurs est parfois difficile à déterminer, et l'application des réglementations en matière de détention des investissements étrangers en est d'autant compliquées en pratique<sup>333</sup>.

## §2. LA NAISSANCE DE LA LOI SUR L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER : 2019-AUJOURD'HUI

**207. La loi sur l'investissement étranger.**- Le 15 mars 2019, la deuxième session de la treizième ANP adopte la « Loi sur l'investissement étranger ». La loi est mise en œuvre depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Les trois anciennes lois sur l'investissement étranger ont rempli leur rôle et sont abrogées. Cette nouvelle loi ne fait aucune distinction entre investisseurs nationaux ou étrangers en théorie, sauf concernant les secteurs qui figurent sur la liste négative : les secteurs réservés. Elle aborde des thèmes clés pour les investisseurs étrangers, notamment : le droit de participation et l'application uniforme des normes pour les investisseurs étrangers, à l'article 15<sup>334</sup> ; la participation aux marchés publics dans le respect des règles de la concurrence, à l'article 16<sup>335</sup> ; l'échange libre de devises, à l'article 21<sup>336</sup> ; la protection de la propriété intellectuelle et l'interdiction du transfert forcé de technologie à l'article 22<sup>337</sup>. La protection des investissements étrangers est également prise en charge par la nouvelle loi à partir de 2020<sup>338</sup> en quatre volets : (1) le

---

<sup>333</sup> UNCTAD, Rapport sur l'investissement dans le monde, UNCTAD, 2016.

<sup>334</sup> Art. 15 : l'État veille à ce que les entreprises étrangères puissent participer sur un pied d'égalité à la définition de normes conformément à la loi, et améliore la divulgation des informations et la supervision lors de la définition de normes. Les normes obligatoires formulées par l'État s'appliquent également aux entreprises étrangères.

<sup>335</sup> Art. 16 : l'État doit garantir que les entreprises étrangères peuvent participer aux activités de passation des marchés publics dans le respect des règles de la concurrence. Les produits fabriqués et les services fournis par des entreprises étrangères sur le territoire chinois doivent bénéficier d'une égalité de traitement dans les passations de marchés publics.

<sup>336</sup> Art. 21 : un investisseur étranger peut, conformément à la loi, librement transférer ses apports, bénéfices, plus-values, revenus de cession d'actifs, redevances de droits de propriété intellectuelle, ou indemnités obtenues licitement, revenus de liquidation etc. sur le territoire de la Chine en Renminbi ou dans une devise étrangère.

<sup>337</sup> Art. 22 : l'État protège les droits de propriété intellectuelle des investisseurs étrangers et des entreprises étrangères, protège les droits et intérêts légitimes des titulaires de droits de propriété intellectuelle et des détenteurs de droits connexes et enquête de manière rigoureuse sur la responsabilité légale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. L'État encourage la coopération technique fondée sur des principes volontaires et des règles commerciales dans le processus d'investissement étranger. Les conditions de la coopération technique sont déterminées par une négociation égale entre les parties à l'investissement, conformément au principe d'équité. Les bureaux administratifs et leurs fonctionnaires ne doivent pas utiliser des moyens administratifs pour forcer le transfert de technologie.

<sup>338</sup> MOFCOM, *Invest in China*, MOFCOM, 2020, p. 37-41.

principe d'expropriation et d'indemnisation ; (2) la protection des droits de propriété intellectuelle et l'interdiction des transferts de technologie forcés ; (3) les engagements écrits pris par les gouvernements locaux; c'est-à-dire que les conditions préférentielles consenties par l'administration locale aux investisseurs étrangers font l'objet d'un engagement écrit ; (4) les nouvelles voies de recours, s'exprimant par la mise en place d'un mécanisme de traitement des plaintes, qui permet aux investisseurs étrangers de bénéficier à la fois du réexamen administratif et du contentieux administratif <sup>339</sup>.

La version préliminaire avait prévu la notion de contrôle réel dans sa définition de l'investissement étranger, elle n'a finalement pas été retenue. Cette notion de contrôle réel est à l'évidence difficile à formaliser dans un texte de loi, alors même que dans la pratique, les autorités chinoises l'appliquent dans le cadre du contrôle des investissements, afin d'empêcher toute tentative de s'y dérober.

**208. Une méthode : le traitement national préétablissement avec la liste négative.-** Le « traitement national préétablissement » désigne un traitement accordé aux investisseurs étrangers qui est aligné sur les conditions dont bénéficient les investisseurs nationaux pendant la phase d'admission des investissements. De manière générale, selon UNCTAD, les investissements étrangers sont divisés entre une phase préétablissement et une phase post-établissement <sup>340</sup>. Cette méthode est bien inscrite parmi les principes généraux et les conditions dans lesquelles une approbation est requise sont répertoriées dans le catalogue des mesures administratives spéciales (la liste négative) <sup>341</sup> pour l'investissement étranger en Chine. Les investisseurs étrangers ne peuvent pas investir dans les secteurs répertoriés au catalogue interdit, mais le peuvent en revanche dans les secteurs

---

<sup>339</sup> Mesures, 1<sup>er</sup> oct. 2020, *pour les plaintes des entreprises à capitaux étrangers*, art. 2 : lors que les entreprises à capitaux étrangers ou des investisseurs étrangers estiment que certaines actions administratives portent atteinte à leurs droits et intérêts légitimes, ils peuvent s'adresser à l'Agence des plaintes pour une médiation.

<sup>340</sup> Le CNUDCI sépare le traitement national de l'investissement étranger en deux phases : avant l'admission et après l'admission. Avant l'admission, signifie que lorsque des investisseurs étrangers bénéficient d'un statut juridique non inférieur à celui de l'investisseur national, dans le contexte de l'établissement, l'acquisition et l'expansion, etc. Le traitement national après l'admission garantit également aux entreprises à capitaux étrangers des conditions d'exploitation, de gestion, d'entretien, d'utilisation, de jouissance, de vente ou de cession qui ne peuvent être moins favorables que celles dont bénéficient entreprises nationales. UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, UNCTAD, 2000, p. 94-103; G. Zhang, « A Legal Interpretation of Pre-establishment National Treatment plus Negative List », *Jiangsu social sciences* 2015, p.141.

<sup>341</sup> La liste négative dans sa version nationale ainsi que celle applicable aux zones de libre-échange pilotes est donc renouvelée en 2022.

du catalogue restreint sous réserve d'autorisation préalable<sup>342</sup>. À présent, le système de la liste négative est clarifié par le biais législatif. L'article 4 de la nouvelle loi dispose que « l'État met en œuvre un traitement national préalable à l'entrée ainsi qu'un système de gestion par la liste négative pour les investissements étrangers ». Et l'article 28 dispose que « la liste négative des approbations d'investissements étrangers indique les secteurs dans lesquels l'investissement est interdit et les investisseurs étrangers ne sont pas autorisés à investir ». Ainsi, certains secteurs sont soumis à des restrictions, les investisseurs étrangers doivent remplir les conditions stipulées dans la liste négative. Dans les autres domaines, les mêmes principes s'appliquent aux investisseurs nationaux et étrangers.

La nouvelle loi institue les systèmes de gestion des investissements étrangers en complément le système de liste négative, dont un système de rapport d'information sur les investissements étrangers<sup>343</sup> et un système d'examen de sécurité nationale des investissements étrangers<sup>344</sup>.

**209. Le système de rapports d'informations.** Elle entre en application le 1<sup>er</sup> janvier 2020 conformément aux *Mesures de déclaration des informations sur les investissements étrangers*<sup>345</sup>. Les investisseurs ou entreprises étrangers sont tenus de remplir leurs obligations déclaratives d'informations et de soumettre leurs informations par le biais du système d'enregistrement des entreprises et du système national d'information sur le crédit des entreprises. Tout manquement à ces obligations est sanctionné d'une amende. Le système prévoit quatre types de déclaration : rapport initial, rapport de modification, rapport annuel (à partir d'un an d'activité) et rapport d'annulation (cessation d'activité).

---

<sup>342</sup> V. les art. 25 et 26 du projet de loi *sur les investissements étrangers*.

<sup>343</sup> V. l'article 34 dispose que « L'État doit mettre en place un système de communication d'informations sur les investissements étrangers, que ce soit par le système d'enregistrement des entreprises ou par le système de publicité sur les informations relatives au crédit des entreprises. Le contenu et la portée des informations sur les investissements étrangers à déclarer seront déterminés selon le principe de nécessité ; les informations sur les investissements disponibles par le biais d'un partage d'informations interministériel ne seront pas tenues d'être soumises à nouveau ».

<sup>344</sup> V. l'article 35 dispose que « L'État doit mettre en place un système d'examen de sécurité nationale des investissements étrangers, en vertu duquel un tel examen doit être effectué pour tout investissement étranger affectant ou pouvant affecter la sécurité nationale. la décision prise lors du contrôle de sécurité nationale conformément à la loi est définitive ».

<sup>345</sup> Mesures, 30 déc. 2019, de déclaration des informations sur les investissements étrangers.

**210. Le système de l'examen de sécurité nationale**<sup>346</sup>. - Dans le cadre de l'intégration de la notion de sécurité nationale dans la réglementation à partir de 2003<sup>347</sup>, le gouvernement s'intéresse dans un premier temps à l'élément de sécurité économique nationale dans les dispositions légales relatives aux fusions et acquisitions menées par des investisseurs étrangers. À partir de 2011, la notion de sécurité économique a cédé la place à celle de sécurité nationale, dans une forme d'élargissement étant donné que la sécurité économique est l'un des éléments de la sécurité nationale. En effet, la notion de sécurité nationale adoptée pour l'examen de la sécurité des fusions et acquisitions couvre un large périmètre, à savoir l'impact sur la sécurité de la défense nationale, la stabilité économique,

---

<sup>346</sup> V. infra n°

<sup>347</sup> (1) En 2003, l'article 19 des « Dispositions provisoires relatives à la fusion ou l'acquisition d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers » (« 外国投资者并购境内企业暂行规定 »), indique qu'« en présence d'éléments pouvant affecter la libre concurrence, l'économie nationale ou la sécurité économique nationale, les investisseurs étrangers peuvent également être tenus de communiquer toute information pertinente ».

(2) En 2006, l'article 12 des « Dispositions sur la fusion ou l'acquisition d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers » (« 关于外国投资者并购境内企业的规定 »), indique : « si un investisseur étranger acquiert une entreprise nationale et obtient des droits de contrôle réels, impliquant des secteurs clés, des activités affectant ou pouvant affecter la sécurité économique nationale, ou entraînant le transfert des droits de contrôle réels d'une entreprise nationale exploitant une marque notoirement connue ou emblématique de la Chine, les parties doivent en informer le ministère du Commerce ».

(3) En 2006, le 7<sup>e</sup> congrès du Parti sur l'« Utilisation des investissements étrangers dans le 11<sup>e</sup> plan quinquennal » (« 利用外资“十一五”规划 ») préconise de renforcer l'examen et la supervision des fusions et acquisitions par des intérêts étrangers dans des secteurs sensibles impliquant la sécurité nationale, et d'assurer le contrôle et le leadership du développement des industries stratégiques et des entreprises clés liées à la sécurité nationale, à l'économie nationale et aux moyens de subsistance de la population. Plus généralement, il s'agit de mesurer l'impact des entreprises étrangères sur la sécurité économique de la Chine, en particulier la sécurité industrielle, et d'établir un système d'évaluation et d'alerte rapide efficace.

(4) En 2007, l'« Avis sur les questions liées au transfert des droits de propriété des entreprises publiques » (« 关于企业国有产权转让有关事项的通知 »), indique : « lors des ajustements structurels du secteur économique publique, s'il est proposé de transférer directement des droits de propriété appartenant à l'État par le biais d'un accord, celui-ci doit être conforme à la politique industrielle nationale et au plan d'ensemble pour la configuration et l'ajustement structurel de l'économie publique. Le destinataire du transfert ne doit pas violer les dispositions restrictives ou prohibitives de la sécurité économique nationale, et doit par ailleurs présenter des avantages évidents pour la promotion du progrès technique et de la modernisation industrielle ».

(5) En 2008, le « Droit de la concurrence chinois » (« 反垄断法 »), indique : « lorsqu'un investisseur étranger fusionne et acquiert une entreprise nationale ou participe à une concentration par d'autres moyens, si la sûreté de l'État est en jeu, outre l'examen relatif à la concentration effectué conformément à la présente loi, l'examen de la sécurité nationale est également conduit conformément aux dispositions pertinentes ».

(6) En 2011, la « Circulaire du Bureau général du Conseil des affaires de l'État sur l'établissement d'un système de contrôle de la sécurité des fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers » (ci-après : la circulaire sur un système de contrôle de la sécurité) (« 国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知 »), indique : « afin d'encourager les investisseurs étrangers à acquérir les entreprises nationales de manière ordonnée et de maintenir la sécurité nationale, le Conseil des affaires de l'État a décidé d'établir un système d'examen de la sécurité permettant aux investisseurs étrangers d'acquérir des entreprises nationales ».

(7) En 2011, l'article 1 des « Dispositions du ministère du Commerce pour la mise en œuvre du système d'examen de la sécurité des fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers » (« 商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂时规定 »), indique que lorsqu'un investisseur étranger acquiert une entreprise nationale et dans le cadre de l'examen de la sécurité des fusions et acquisitions, il doit soumettre une demande d'examen de la sécurité au ministère du Commerce, selon les modalités prévues par la « Circulaire d'un système de contrôle de la sécurité ».

(8) L'article 35 de la « Loi sur l'investissement étranger de la République populaire de Chine », dispose que l'État doit mettre en place un système d'examen de la sécurité des investissements étrangers, en vertu duquel cet examen de la sécurité doit être effectué pour tout investissement étranger affectant ou pouvant affecter la sécurité nationale.

l'ordre social et les capacités de recherche et de développement des technologies clés de la sécurité nationale<sup>348</sup>. Tirant les leçons du passé, le gouvernement inscrit officiellement le système d'examen de la sécurité nationale dans la nouvelle loi. Par rapport au cas des fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, l'article 33 exige également un contrôle des concentrations si nécessaire<sup>349</sup>. En outre, il ne cible pas uniquement les fusions et acquisitions étrangères, mais étend le champ d'application de l'examen à tous les investissements étrangers. Cet examen reste applicable lorsque les investisseurs étrangers obtiennent un contrôle absolu ou relatif, c'est-à-dire lorsque :

- (1). Les actions détenues par les investisseurs étrangers, leurs sociétés mères et leurs filiales de détention après la fusion sont supérieures à 50 % ;
- (2). Les actions détenues par l'ensemble des investisseurs étrangers après la fusion sont supérieures à 50 % ;
- (3). Les actions détenues par les investisseurs étrangers après la fusion sont inférieures à 50 %, mais les droits de vote des actions qu'ils détiennent suffisent pour avoir une incidence significative sur les résolutions de l'assemblée des actionnaires ou de l'assemblée générale des actionnaires et du conseil d'administration ;
- (4). Les autres circonstances entraînant le transfert du contrôle effectif des décisions commerciales, des finances, du personnel et de la technologie des entreprises nationales aux investisseurs étrangers.

---

<sup>348</sup> La Circulaire sur la sécurité des investissements étrangers en 2011. envisage un examen de sécurité nationale dans deux cas : (1) les investisseurs étrangers acquérant des entreprises nationales d'armement ou de soutien militaire, des entreprises centrales clés, des entreprises voisines d'installations militaires sensibles ou d'autres unités liées à la sécurité de la défense nationale ; (2) les investisseurs étrangers acquérant d'importants actifs agro-alimentaires nationaux, des ressources en énergie ou des infrastructures, des services de transport, des technologies clés, de grandes entreprises de fabrication d'équipements. . L'examen porte ainsi sur quatre aspects : la défense nationale, l'impact économique, la dimension sociale, et les capacités de recherche. Pour l'examen de la sécurité, le Conseil des affaires de l'État propose un système de conférence ministérielle commune, sous la direction du Conseil des affaires de l'État, en partenariat avec la CNDR, le MOFOM et d'autres départements compétents pour mener à bien l'examen. Les procédures de l'examen de sécurité sont indiquées dans les dispositions du MOFCOM d'examen de sécurité nationale.

<sup>349</sup> L'art. 33 dispose que « si un investisseur étranger acquiert une entreprise nationale chinoise ou participe à la concentration d'autres opérateurs économiques, il accepte l'examen de contrôle des concentrations de celui-ci conformément au droit de la concurrence ».

**211. Les traitements aux investissements étrangers.** En principe, le gouvernement chinois accorde aux entreprises étrangères le traitement national qui doit bénéficier aux investisseurs issus des pays ayant signé des accords bilatéraux ou multilatéraux avec la Chine. Cependant le gouvernement chinois adopte la méthode du traitement national pré-établissement avec liste négative au niveau international ainsi qu'au niveau national afin de réserver tout de même le droit de différencier le traitement dans certains secteurs spécifiques. À l'exception des secteurs réservés inscrits dans la liste négative, le règlement d'application de la loi sur l'investissement étranger prévoit explicitement d'assurer l'égalité de traitement entre les investissements de toutes origines. Par exemple, les entreprises étrangères peuvent émettre des actions ou des obligations pour lever des fonds en Chine ; les autorités chinoises ne peuvent en aucune manière, contraindre les investisseurs étrangers ou les entreprises étrangères à des transferts de technologie ; les entreprises étrangères et les entreprises nationales participent à la formulation et à la révision des normes nationales et locales sur un pied d'égalité. En pratique, le principe de l'égalité n'est pas systématiquement appliqué. En premier lieu, les entreprises étrangères et les entreprises nationales doivent bénéficier des mêmes droits et du même traitement administratifs. Dans les faits, cependant, le gouvernement chinois accorde un traitement préférentiel lorsque les revenus des investissements étrangers sont réinvestis en Chine, favorisant ainsi les entreprises étrangères par rapport aux entreprises chinoises. En effet, attirer les investissements étrangers demeure un objectif prioritaire du gouvernement chinois, même si certains règlements administratifs précisent que les entreprises étrangères ne doivent plus bénéficier d'un traitement préférentiel par rapport aux entreprises chinoises. En deuxième lieu, les entreprises étrangères peuvent accéder librement aux marchés publics de telle région ou tel secteur. Les entreprises étrangères obtiennent le droit de participer aux marchés publics et bénéficient des mêmes prérogatives de concurrence loyale que les entreprises nationales. En pratique, en raison de diverses limitations d'accès à l'information ou d'autres conditions imposées aux entreprises étrangères, ces dernières peuvent être moins compétitives au niveau des marchés publics que les entreprises chinoises, mais ces problèmes sont communs à toutes les entreprises opérant à l'étranger.

**212. Conclusion de la section.-** Au cours de cette période, le cadre juridique en matière d'investissements étrangers connaît des évolutions importantes. D'une part, le système d'enregistrement est remplacé par un système d'approbation initiale pour la

plupart des secteurs industriels. D'autre part, une liste négative à la place du catalogue d'orientation. Les principes de la liste négative et du catalogue d'orientation de l'industrie restent les mêmes, à la différence que les industries encouragées sont séparées du catalogue, qui est dorénavant scindé en une liste négative (secteurs interdits ou restreints) et un catalogue de l'industrie encouragée. La liste négative est un outil internationalement reconnu pour la gestion de l'investissement étranger. Les États-Unis, en tant qu'initiateurs et promoteurs de cette méthode, m'ont inclus dans tous leurs traités bilatéraux ou multilatéraux à partir de 2004. Du côté de la Chine, la liste négative est adoptée dans le cadre de la nouvelle loi sur l'investissement étranger, et sera également intégrée à leurs traités d'investissements, tels que le RCEP.

**213. Conclusion du chapitre.-** La nouvelle loi sur l'investissement étranger est donc considérée comme un cadre juridique de fondement en matière d'investissements étrangers. Il est nécessaire d'introduire progressivement des règlements complémentaires spécifiques pour qu'elle soit appliquée en pratique. Son avantage majeur est de consacrer les principes et les systèmes d'investissement étranger dans une seule loi, ce qui évite aux investisseurs étrangers de se référer aux trois lois sur l'investissement précédentes et à d'autres réglementations. De manière générale, il rend le domaine de l'investissement étranger plus lisible. En 1992, dans la « Résolution sur plusieurs questions relatives à la mise en place d'un système économique de marché socialiste »<sup>350</sup>, il était officiellement proposé de réguler les entreprises étrangères au niveau national. Cette proposition est enfin mise en œuvre dans la nouvelle loi avec le bénéfice de trois décennies de pratique.

**214. Un cas pratique.** Lorsque des entreprises à capitaux étrangers soumettent un dossier dans le cadre des procédures d'approbation préalable, les cinq aspects suivants sont pris en compte :

- (1). Le projet requiert-il une approbation ou un enregistrement ? Dans l'affirmative, il doit être approuvé ou enregistré par le Conseil des affaires de l'État et la CNDR ;

---

<sup>350</sup> Résolution, 14 oct. 2003, sur plusieurs questions relatives à la mise en place d'un système économique de marché socialiste.

- (2). Le projet figure-t-il sur une liste négative ? Dans l'affirmative, la catégorie interdite ne sera pas investie et la catégorie restreinte sera réexaminée par l'autorité compétente ;
- (3). Un permis d'accès préindustriel est-il requis<sup>351</sup> ? Dans l'affirmative, une approbation par l'autorité compétente du secteur est nécessaire ;
- (4). Le projet concerne-t-il la sécurité nationale ? Si oui, il faut procéder à l'examen et obtenir l'autorisation de l'autorité compétente ;
- (5). Enfin, en cas de risque d'atteinte à la concurrence, l'examen de concentration sera mené et l'autorisation de l'autorité compétente est requise.

---

<sup>351</sup> V. art. 4 des « Dispositions administratives sur l'enregistrement des activités commerciales des entreprises » : les activités commerciales sous licence sont divisées en (pré-approbation) et (post-approbation). Dans ce dernier cas, la licence peut être sollicitée après le démarrage de l'activité.



## CHAPITRE 2 : L'ÉVOLUTION DES INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER

---

**215. La rétrospective de projets de la politique.-** L'ouverture de la Chine se poursuit et s'accompagne d'un afflux croissant de capitaux étrangers. Dans la foulée de la « Tournée du Sud » de Deng Xiaoping en 1992, c'est le pays tout entier qui est encouragé à solliciter les investissements étrangers, et les grandes zones urbaines introduisent diverses politiques préférentielles afin de les attirer. Pendant ce temps, l'investissement chinois à l'étranger reste modeste. Toutefois, le gouvernement change de posture avec la nouvelle politique de la nouvelle Route de la Soie. Cette stratégie marque sans aucun doute un tournant. Les entreprises chinoises à l'étranger sont encouragées à participer à la construction d'infrastructures dans les pays situés le long de la Ceinture et la Route, afin d'absorber la production excédentaire de la Chine. À partir de 2015, les secteurs figurant dans la liste « *Made in China 2025* » sont pleinement soutenus par le gouvernement chinois. L'étude des investissements chinois à l'étranger avant 2013 permet de faire un bilan des évolutions passées (**section 1**), tandis que l'étude de ces mêmes investissements après 2013 permet un bilan du droit contemporain (**section 2**).

### SECTION 1 : LES INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER : BILAN DES ÉVOLUTIONS PASSÉES

**216.** Trois phases peuvent alors être distinguées : avant de rejoindre l'OMC, les investisseurs chinois tentaient de partir à l'étranger (§1) ; depuis l'adhésion à l'OMC, le gouvernement chinois poursuit une stratégie de mondialisation (§2) ; après la crise financière en Europe de 2009, les investisseurs chinois bénéficient de nouvelles opportunités (§3).

#### §1. AVANT L'ADHÉSION À L'OMC, LES TENTATIVES D'INVESTISSEMENTS À L'ÉTRANGER PAR LES CHINOIS : 1991-2001

**217. Absence de l'investissement chinois à l'étranger.-** Avant 1991, les investissements directs à l'étranger sont pratiqués par des « entreprises guichet »<sup>352</sup>, des sociétés commerciales ou de petites entreprises manufacturières, pour des montants d'investissement dépassant rarement le milliard de dollars<sup>353</sup>. Jusqu'en 1990, on ne compte qu'un petit nombre d'investisseurs chinois en Europe, dont dix-huit en Allemagne, six en France et six au Royaume-Uni. Parmi les opérations réalisées en coentreprise, la participation chinoise représentait 63 % en Allemagne, 32 % en France et 40 % au Royaume-Uni<sup>354</sup>. À cette époque, le gouvernement chinois souhaite avant tout attirer des capitaux étrangers en Chine. C'est ainsi qu'entre 1976 et 1990, plusieurs investissements chinois à l'étranger ont pris la forme de coopérations soit s'agissant de projets contractuels à l'étranger (*overseas contractuel projets*) ou s'agissant de personnels du service du travail (*labor service personnel*)<sup>355</sup>. Les deux types étaient considérés comme les principales ressources commerciales pour les investisseurs chinois à l'étranger.

**218. La situation des investissements chinois à l'étranger.-** En 1991, l'Allemagne comptait seulement deux sociétés détenues à 100 % par des investisseurs chinois, pour un montant modeste de 80 000 dollars. Entre 1991 et 2000, moins de 70 opérations étaient comptabilisées chaque année en Allemagne, au Royaume-Uni et en France par des entreprises chinoises ou des coentreprises sinoétrangères. La plus importante opération est le rachat par la société *Wan Xiang* de 60 % du capital d'*AS Company* (Royaume-Uni) en 1997, afin de s'implanter dans le marché européen en utilisant sa filiale européenne comme tête de pont<sup>356</sup>. En sens inverse, les flux d'investissement de ces trois pays vers la Chine sont dix fois plus importants. En effet, en 2000, l'IDE vers ces trois pays totalisait 63 opérations pour un montant de 31,7 millions de dollars, tandis que les opérations de ces trois pays en direction de la Chine étaient au nombre de 691, pour un montant de 4,3 milliards de dollars<sup>357</sup>. En raison de la pénurie des réserves de change, le gouvernement applique un système d'approbation des investissements à l'étranger au cours de cette période. Les projets individuels d'investissement sont d'échelle modeste,

---

<sup>352</sup> Entreprises publiques servant de vecteur à l'investissement à l'étranger et aux relations commerciales.

<sup>353</sup> MOFCOM, Rapport de la Chine *sur les investissements étrangers*, 2017, p. 2.

<sup>354</sup> MOFCOM, China Foreign Trade and Economic Yearbook 1990, 1991.

<sup>355</sup> MOFCOM, China Foreign Trade and Economic Yearbook 1984, 1985.

<sup>356</sup> F. Nicolas, « China's direct investment in the European Union: challenges and policy responses », *China Economic Journal* 2014, p. 108.

<sup>357</sup> MOFCOM, China Foreign Trade and Economic Yearbook 2000, 2001.

étroitement ciblés, et à haute spécificité<sup>358</sup>. En dehors de Hong Kong et Macao, plus de 70 % des investissements chinois prennent le chemin des États-Unis et de l'Union européenne, avec les marchés allemand, français et britannique en bonne place. Les investissements se font principalement sous forme de coentreprises et de nouvelles créations. Ainsi, à ce stade, les opérations chinoises d'IDE en Europe étaient peu nombreuses et de faible envergure, l'investissement chinois à l'étranger était plutôt opportuniste, souvent avec l'assistance du gouvernement.

## §2. DEPUIS L'ADHÉSION À L'OMC, UNE STRATÉGIE DE MONDIALISATION DES INVESTISSEMENTS CHINOIS : 2002-2008.

**219. La politique « Go Out ».**- Suite à son adhésion à l'OMC en 2001, la Chine connaît un afflux d'entreprises étrangères. Le gouvernement décide de ne plus concentrer ses efforts uniquement sur l'accueil des capitaux étrangers, mais également sur l'investissement chinois vers l'étranger, en adoptant le principe de « Faire entrer et sortir en même temps », en application de la stratégie « Go Out ». L'IDE par les entreprises publiques entame une période de croissance rapide. Plusieurs types d'orientations stratégiques sont mises en œuvre afin de donner aux entreprises chinoises une dimension internationale, tant pour conquérir des marchés que pour acquérir des technologies, des ressources, optimiser la répartition des ressources ainsi que moderniser l'outil industriel.

**220. Le système d'examen et d'approbation des investissements chinois à l'étranger.**- Les flux d'investissements chinois en Europe ont augmenté chaque année depuis la publication du bulletin statistique de l'investissement étranger direct en 2003<sup>359</sup>. L'Allemagne demeure la première destination pour les investissements chinois. Une décision de 2005<sup>360</sup> modifiant le système d'examen et d'approbation en application du principe « celui qui investit et décide, récolte les bénéfices et supporte les risques » et déterminant les marges d'autonomie de l'investissement des entreprises chinoises. Le système d'examen et d'approbation est abrogé pour les entreprises ne recevant pas de financement public. Pour les autres, le gouvernement adopte un système soit d'approbation,

---

<sup>358</sup> MOFCOM, Rapport sur l'évolution des investissements chinois à l'étranger 2017, p. 3.

<sup>359</sup> CCIIP, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2003, CCIIP, 2004.

<sup>360</sup> Décision du Conseil des affaires de l'État, 12 août 2005, sur la réforme du système d'investissement.

soit d'enregistrement selon la situation. En particulier, le gouvernement réserve la nécessité d'une approbation aux grands projets ainsi qu'à ceux plus restreints qui mettent en jeu des intérêts publics, les autres projets étant soumis uniquement à des systèmes d'enregistrement, quelle que soit leur taille. Par la suite, le Conseil des affaires de l'État établit une liste de cinq cents cas de figure dans sa « Procédure d'octroi d'une autorisation administrative dans les cas de nécessité avérée » en 2005<sup>361</sup>. Cette décision répertorie les différents éléments devant faire l'objet d'une autorisation, seuls les deux premiers s'appliquant aux investissements à l'étranger : (1) les projets d'exploitation de ressources naturelles et les projets d'investissement nécessitant un montant élevé de devises ; (2) le montant de devises utilisées pour le projet.

**221.** Par ailleurs, des *Mesures provisoires pour l'approbation des projets d'investissement chinois à l'étranger* sont promulgués par la CNDR<sup>362</sup>. L'article 4 dispose que « le développement des ressources naturelles à l'étranger et l'utilisation à grande échelle des projets de change sont soumis à l'approbation du gouvernement ». Plus précisément, (1) les projets de plus de 30 millions de dollars devront être approuvés par la CNDR ; (2) tandis qu'au-delà de 200 millions de dollars, ils doivent être examinés par la CNDR et sont également soumis à l'approbation du Conseil des affaires de l'État pour les projets de ressources ; (3) le CNDR devra approuver les projets d'investissement à l'étranger de plus de 10 millions de dollars, (4) alors que ceux dépassant 50 millions de dollars seront examinés par le CNDR et soumis à l'approbation du Conseil des affaires de l'État. En résumé, le gouvernement adopte ainsi un système d'approbation, complété par un système d'examen et d'approbation dans des cas précis. À la suite de ces réformes, le flux d'investissements chinois vers l'Europe augmente fortement en 2005, atteignant 590 millions de dollars contre 150 millions en 2003 et 170 millions en 2004.

**222.** Le système d'administration et d'approbation est simplifié. Les entreprises privées ont accès aux autorisations et aux financements nécessaires pour investir à l'étranger. L'investissement par le biais des fusions et acquisitions prend une place majeure à partir de 2005, représentant 53 % du montant total des investissements au cours de cette

---

<sup>361</sup> Procédure, 20 juin 2005, d'octroi d'une autorisation administrative dans les cas de nécessité avérée.

<sup>362</sup> En Chine, les trois départements pour la gestion des affaires d'IDE sont : (1) CNDR, et ses antennes provinciales ; (2) MOFCOM, et ses antennes provinciales ; (3) Administration d'État des Changes, (ci-après, AEDC) et ses antennes provinciales.

année, soit 6,5 milliards de dollars<sup>363</sup>. Pour faciliter ce mode d'investissement, le gouvernement crée un système de prénotification d'entreprise pour les fusions et acquisitions à l'étranger. À titre de comparaison, en 2003, les modes d'investissement étaient plus variés, avec un investissement en capital comptant pour 14 %, la fusion-acquisition pour 18 %, le réinvestissement des bénéfices pour 35 %, et les autres modes pour 33 %<sup>364</sup>. La croissance de l'investissement chinois vers l'Europe reste en dessous du seuil du milliard de dollars entre 2003 et 2008<sup>365</sup>. Les investisseurs privés connaissent une montée en puissance, tandis que la part des entreprises publiques dans les investissements à l'étranger diminue.

**223. La réforme du règlement de l'administration des changes.-** Tout en abaissant les normes d'approbation administrative, le gouvernement procède en parallèle à la réforme du contrôle des changes. L'objectif est de faciliter le développement des entreprises chinoises à l'étranger. Par exemple, le *Règlement sur l'administration des changes* dans sa version de 1996 disposait, à l'article 8 que « Les revenus de change des institutions nationales doivent être transférés en Chine, et les devises étrangères ne peuvent pas être stockées à l'extérieur de la Chine en violation des réglementations nationales ». Ce règlement sur le contrôle des changes est très défavorable à la gestion des bénéfices des entreprises chinoises à l'étranger. Ainsi, le gouvernement réforme ce règlement pour permettre aux entreprises d'échanger et vendre librement leurs devises en 2008. L'article 5 de la version 2008 indique que : « Les paiements internationaux et les transferts réguliers ne sont pas limités par l'État ». Cette réforme permet aux investissements chinois à l'étranger d'accélérer leur croissance à partir de 2009, franchissant un nouveau seuil avec la bénédiction des pouvoirs publics. Les entreprises chinoises à l'étranger reçoivent notamment l'autorisation de réinvestir leurs bénéfices dans leurs activités existantes ou encore les affecter à des projets stratégiques.

### §3. DE NOUVELLES OPPORTUNITÉS D'INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER : 2009-2012

---

<sup>363</sup> MOFCOM, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2005.

<sup>364</sup> MOFCOM, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2003.

<sup>365</sup> Respectivement 150, 170, 510, 590, 450, et 880 million de dollars

**224. Les opportunités pour les entreprises chinoises à l'étranger.-** Durement touchés par la crise financière mondiale de 2007-2008, les flux d'investissements directs étrangers mondiaux reculaient de 43 % en 2009 par rapport à l'année précédente. À contre-courant de cette période, la Chine poursuivait sa croissance au cours des années suivantes grâce à une série de réformes. Notamment, l'investissement chinois en Europe atteignait 3,35 milliards de dollars, soit 2,8 fois plus qu'en 2008<sup>366</sup>. En effet, la crise provoqua une forte fluctuation des taux de change et une chute des prix des actifs étrangers, créant ainsi des opportunités pour les entreprises chinoises<sup>367</sup>. Les IDE chinois passent de la 13<sup>ème</sup> place en 2008 à la 6<sup>ème</sup> en 2009. À titre de comparaison, les États-Unis conservent la première place, suivis de la France. Quant à l'Allemagne, elle est à la quatrième place tandis que le Royaume-Uni pointe péniblement au 14<sup>ème</sup> rang<sup>368</sup>. En revanche, parmi les pays accueillant les investissements étrangers, les États-Unis sont à la première place et la Chine est en deuxième position, suivie de la France, du Royaume-Uni en 5<sup>ème</sup> place et de l'Allemagne en 7<sup>ème</sup>. La France est ainsi jugée le pays le plus attractif parmi le trio de tête européen à cette période. Pendant ce temps, le Royaume-Uni cédait son statut de plus grande source et destinataire d'IDE parmi les pays européens<sup>369</sup>. L'Allemagne perdait également des sources d'investissement étranger. L'IDE au départ de l'Allemagne atteint 110 milliards de dollars, représentant 40 % du total des investissements directs étrangers en 2008<sup>370</sup>.

**225. Les mesures de contrôle de l'investissement chinois à l'étranger.-** Du côté chinois, le gouvernement encourage les entreprises publiques comme privées à investir à l'étranger. Afin d'accompagner l'accroissement du volume des investissements, il adopte des mesures pour promouvoir et normaliser l'investissement chinois à l'étranger, promulguant ainsi une loi intitulée *Mesures pour le contrôle des investissements à l'étranger* en 2009<sup>371</sup>. L'article 5 indique que le MOFCOM et ses délégations régionales sont responsables de l'approbation des opérations d'investissement à l'étranger, et notamment de la délivrance d'un « Certificat d'investissement à l'étranger » aux entreprises concernées. L'article 6 dispose que les cas suivants doivent être approuvés par

---

<sup>366</sup> MOFCOM, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2009, MOFCOM, 2010.

<sup>367</sup> UNCTAD, World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development, p. 18.

<sup>368</sup> Id., World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy, p. 6.

<sup>369</sup> Id., World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development, p. 4.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>371</sup> Elle fut révisée en 2014.

le MOFCOM : (1) les investissements à l'étranger dans les pays n'ayant pas de relations avec la Chine ; (2) les investissements à l'étranger dans un pays ou une région figurant sur une liste spécifique<sup>372</sup> ; (3) les investissements à l'étranger comprenant un investissement chinois de 100 millions de dollars ou plus ; (4) les investissements à l'étranger mettant en jeu les intérêts de plusieurs pays (régions) ; (5) les créations de sociétés pour des projets d'investissements à l'étranger. L'article 7 indique que les cas suivants doivent être approuvés par les délégations régionales du MOFCOM : (1) les investissements à l'étranger incluant un investissement chinois inférieur ou égal à 10 millions de dollars ; (2) les investissements à l'étranger dans les secteurs de l'énergie et des minerais ; (3) les projets nécessitant des capitaux chinois supplémentaires. L'article 9 enjoint le MOFCOM et ses délégations régionales à refuser toute autorisation dans les cas suivants :

- (1). Mise en péril de la souveraineté nationale, la sécurité et les intérêts publics de la Chine, ou violation de ses lois et règlements.
- (2). Effet négatif sur les relations de la Chine avec le pays (région) concerné(e).
- (3). Violation éventuelle d'un traité international conclu par la Chine.
- (4). Violation d'une interdiction d'exporter certaines technologies ou biens.

**226.** En résumé, certains des projets d'investissement à l'étranger par des entreprises chinoises nécessitent un certificat d'autorisation du MOFCOM ou de ses délégations régionales. L'opération envisagée peut être approuvée ou rejetée : elle ne donne pas lieu à un troisième avis prévu par ces mesures, à savoir la possibilité de modifier le projet d'investissement.

**227. Un nouveau règlement sur l'administration des changes.-** La même année, le gouvernement promulgue également un nouveau règlement pour normaliser l'administration des changes de l'IDE, intitulé « Dispositions sur l'administration des changes de l'investissement direct à l'étranger des institutions nationales » en 2009. L'article 4 dispose que : « Les institutions nationales peuvent utiliser leurs propres fonds

---

<sup>372</sup> La liste spécifique déterminée par le MOFCOM en collaboration avec le ministère des Affaires étrangères et d'autres départements concernés.

de change, des emprunts en devises étrangères, des achats de devises en RMB ou leurs actifs corporels, leurs actifs incorporels ou d'autres sources de devises étrangères approuvées par l'Administration d'État du contrôle des changes pour leurs investissements directs à l'étranger. Les bénéfices tirés des investissements étrangers directs des institutions nationales peuvent également être conservés à l'étranger pour leurs investissements directs à l'étranger »<sup>373</sup>. Cette clause est plus détaillée et spécifique que celle de 2008, autorisant expressément les entreprises d'investissement chinoises à l'étranger à réinvestir leurs bénéfices à l'étranger, en toute autonomie et sans condition.

**228. La facilité de la procédure d'enregistrement.-** Les dispositions adoptées s'agissant de l'administration des changes de 2009 ont élargi les sources de change et ont donc facilité ainsi l'IDE. Auparavant, les entreprises chinoises devaient utiliser leurs propres fonds de change. De plus, toute institution chinoise est autorisée à investir à l'étranger. Le SAFE met en œuvre l'enregistrement des devises étrangères et adopte un système d'enregistrement. La procédure d'enregistrement par le SAFE est conditionnée à l'approbation de la transaction par le MOFCOM.

**229. Conclusion de la section.-** Dans le cadre de la politique « *Go Out* », les investisseurs chinois ont été incités par le gouvernement à rechercher des opportunités à l'étranger afin d'accéder à des technologies de pointe qui permettront d'accélérer le développement économique national. Au fur et à mesure de la croissance des investissements chinois à l'étranger, le gouvernement a promulgué des réglementations d'approbation pour la supervision des projets d'investissement à l'étranger. Les projets qui remplissent les conditions d'approbation doivent être soumis au MOFCOM. Parallèlement le gouvernement prévoit de mettre en place des procédures simplifiées, en étendant le système d'enregistrement à d'autres catégories de projets. En outre, la réforme de la réglementation des changes permettra davantage de flexibilité pour réinvestir dans des projets à l'étranger.

---

<sup>373</sup> Dispositions, 30 août 2009, sur l'administration des changes de l'investissement direct à l'étranger des institutions nationales.



## SECTION 2 : LES INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER : ÉTAT DES LIEUX DU DROIT CONTEMPORAIN

**230. La politique et le règlement promouvant les investissements chinois à l'étranger.**- Les investisseurs chinois font face, à la fois, à de nouvelles opportunités et de nouveaux défis, notamment dans le cadre de la stratégie *Belt and Road Initiative* de nos jours. Les investisseurs chinois prennent part à un nombre croissant de fusions et acquisitions dans diverses industries, suscitant l'inquiétude et une plus grande vigilance à l'endroit des capitaux chinois dans le monde entier, et poussant également le gouvernement chinois à prendre des mesures pour réglementer l'investissement chinois. À ce stade, l'analyse des nouvelles opportunités et les nouveaux défis de l'investissement chinois à l'étranger après la politique « *Belt and Road Initiative* » (§1) précédera l'étude des nouvelles restrictions et des nouveaux défis de l'investissement chinois à l'étranger après la nouvelle réglementation (§2).

### §1. LES OPPORTUNITÉS ET LES DÉFIS DE L'INVESTISSEMENT CHINOIS : 2013-2016

**231. La politique BRI.**<sup>374</sup>. En décembre 2014, le BRI fut finalement élevé au rang de priorité stratégique nationale lors de la Conférence centrale sur l'économie. La « Vision sur la construction conjointe de la ceinture économique de la route de la soie et de la route de la soie maritime du 21<sup>e</sup> siècle » est lancée en mars 2015, marquant le début de la mise en œuvre du BRI. Du côté de l'Europe, en 2014, le plan d'investissement pour l'Europe (*plan Juncker*) est également lancé, avec le triple objectif de : (1) éliminer les obstacles à l'investissement ; (2) fournir une visibilité et une assistance technique aux projets d'investissement ; et (3) faire un usage plus judicieux des ressources financières. Ces deux plans de la Chine et de l'Europe ont fonctionné dans une symbiose de fait : « La Chine est prête à se coordonner avec le plan d'investissement européen et à participer aux travaux d'infrastructure ; les entreprises de l'UE sont également invitées à participer

---

<sup>374</sup> Lors de la visite du président Xi Jinping au Kazakhstan le 7 septembre 2013, celui-ci annonce le lancement, à l'occasion d'un discours, de la construction de la ceinture économique de la route de la soie, dite également « nouvelle Route de la Soie » ou « la Ceinture et la Route » avec ses « cinq liens ». Les cinq liens : (1) renforcer la communication politique ; (2) renforcer les liens routiers ; (3) améliorer les flux commerciaux ; (4) renforcer la circulation des devises et (5) renforcer l'échange entre les peuples.

activement au BRI ; les négociations sur les traités organisant les investissements bilatéraux doivent être intensifiées afin de promouvoir la coopération économique »<sup>375</sup>. Depuis l'établissement d'un partenariat stratégique global entre la Chine et l'Europe en 2003, le commerce et les investissements bilatéraux ont augmenté, en particulier dans les industries complémentaires de part et d'autre<sup>376</sup>.

**232. La simplification de la procédure administrative : de l'approbation à l'enregistrement.-** La démarche du gouvernement demeure celle d'encourager les investisseurs chinois à l'étranger et de se concentrer sur la simplification des procédures d'autorisation administrative, afin que les projets d'investissement à l'étranger qui ne figurent pas dans les catégories soumises à surveillance puissent être exemptés des lourdes procédures d'autorisation administrative. Un plan de 2013 vise également à restreindre davantage le champ des trois régimes administratifs (examen et approbation ; approbation ; enregistrement) et détermine l'autonomie d'investissement des entreprises et des individus<sup>377</sup>. Pour la première fois, investir à l'étranger n'est plus l'apanage exclusif des entreprises : les individus y ont également accès. Les *Mesures pour l'administration de la confirmation et l'enregistrement des projets d'investissement à l'étranger*<sup>378</sup> de 2014 disposent en leur article 7 que : « Un projet d'investissement étranger d'un montant supérieur ou égal à 1 milliard de dollars sera soumis à l'approbation de la CNDR. Les projets d'investissement à l'étranger impliquant des pays et des régions sensibles ou des industries sensibles doivent être approuvés par la CNDR, quel que soit le montant de l'investissement. En particulier, un projet d'investissement étranger d'un montant supérieur ou égal à 2 milliards de dollars et impliquant tout pays ou région sensible ou industrie sensible doit faire l'objet d'un avis d'examen de la CNDR avant d'être communiqué au Conseil des affaires de l'État pour approbation ». En outre, l'article 8 dispose que : « Les projets d'investissement à l'étranger autres que ceux prévus à l'article 7 des présentes mesures sont soumis à l'administration des enregistrements (...) ». En décembre 2014, au travers de sa décision sur les dispositions de la CNDR sur la révision des *Mesures pour l'administration de la confirmation et l'enregistrement des projets d'investissement à*

---

<sup>375</sup> Le premier ministre Li Keqiang lors du 12<sup>e</sup> sommet commercial Chine-Union Européenne en 2015.

<sup>376</sup> Les deux parties ont signé le « Plan stratégique de coopération Chine-UE 2020 » incluant un chapitre sur le commerce et l'investissement, dans le but de conclure un accord d'investissement global Chine-UE.

<sup>377</sup> Plan, 15 mars 2013, pour la restructuration institutionnelle du Conseil des affaires de l'État et la transformation de ses fonctions.

<sup>378</sup> Mesures, 17 mai 2014, pour l'administration de la confirmation et l'enregistrement des projets d'investissement à l'étranger.

*l'étranger et Mesures administratives pour la confirmation et l'enregistrement des projets financés par des capitaux étrangers*<sup>379</sup>, la CNDR met en œuvre des méthodes de gestion pour les projets d'investissement étranger. À l'exception des projets d'investissement impliquant des pays et régions sensibles et des industries sensibles qui nécessitent une approbation, d'autres projets d'investissement à l'étranger sont soumis à l'enregistrement<sup>380</sup>.

**233. Le régime administratif de l'enregistrement.-** À partir de 2014, le gouvernement chinois favorise l'enregistrement par rapport à l'approbation. Dans cette optique, certains règlements sont modifiés<sup>381</sup>. Afin d'améliorer et faciliter les transferts de fonds dans le cadre de l'investissement transfrontalier des entreprises, et réguler l'administration des changes de l'investissement direct, la SAFE publia un *Avis sur la simplification et l'amélioration des politiques pour l'administration des changes de l'investissement direct*<sup>382</sup> en 2015. Il impose la suppression de deux éléments de l'examen administratif, à savoir (1) l'approbation sur l'enregistrement des devises de l'investissement direct national, et (2) l'approbation sur l'enregistrement des devises de l'investissement direct étranger. L'avis abroge également l'obligation d'autorisation pour le réinvestissement à l'étranger de dépôts de devises : une société étrangère créée ou contrôlée par des entités nationales chinoises qui investit des capitaux pour créer ou contrôler des entreprises tierces à l'étranger n'a plus besoin de présenter une demande de dépôt de devises.

## §2. LA RÉGLEMENTATION DE L'INVESTISSEMENT CHINOIS PAR LE GOUVERNEMENT : 2017-AUJOURD'HUI

**234. Une nouvelle approche quant aux investissements chinois à l'étranger.-** La politique des investissements à l'étranger franchit une nouvelle étape en 2017. Dans le cadre de la politique « *Go Out* », le gouvernement encourageait les entreprises chinoises à

---

<sup>379</sup> Mesures administratives, 19 févr. 2015, pour la confirmation et l'enregistrement des projets financés par des capitaux étrangers.

<sup>380</sup> NDRC, Rapport de la Chine sur les investissements à l'étranger, 2017.

<sup>381</sup> Les trois règlements sont modifiés : « Mesures pour l'administration de la confirmation et l'enregistrement des projets d'investissement à l'étranger », les « Mesures pour la gestion des investissements à l'étranger », et les « Mesures administratives pour la confirmation par le gouvernement des projets d'investissement ».

<sup>382</sup> SAFE, avis, 17 juill. 2015, sur la simplification et l'amélioration des politiques pour l'administration des changes de l'investissement direct.

investir à l'étranger, tout en réformant la réglementation pour accompagner et surtout faciliter les opérations. Cependant, avec l'essor des fusions et acquisitions, les volumes d'investissement ont connu une croissance tellement rapide que le gouvernement a dû adapter les règles en fonction des objectifs poursuivis par les investisseurs chinois. Ainsi, la CNDR, le MOFCOM, la Banque populaire de Chine et le ministère des Affaires étrangères publient un « Avis d'orientation sur la poursuite de la direction et de la réglementation de l'orientation des investissements à l'étranger »<sup>383</sup> en 2017. Cet avis d'orientation adopte une approche basée sur « l'encouragement + liste négative ». Plus précisément, il institue les trois catégories suivantes : (1) investissements à l'étranger encouragés<sup>384</sup> ; (2) investissements à l'étranger restreints<sup>385</sup> ; (3) investissements à l'étranger interdits<sup>386</sup>.

**235.** En effet, la CNDR avait constaté que certaines entreprises concentraient leurs investissements à l'étranger dans des secteurs tels que l'immobilier, l'hôtellerie, les cinémas, qui non seulement ne contribuent pas à stimuler le développement économique national, mais également entraînent une augmentation conséquente des sorties de fonds transfrontalières, avec un impact négatif sur la sécurité financière de la Chine. En parallèle, d'autres entreprises négligeaient les normes et les exigences en matière de protection de

---

<sup>383</sup> Avis d'orientation, 18 août 2017, sur la poursuite de la direction et de la réglementation de l'orientation des investissements à l'étranger.

<sup>384</sup> Encouragements à l'investissement étranger : (1) Promotion du projet « One Belt, One Road » et des infrastructures périphériques aux investissements à l'étranger ; (2) Développement régulier de l'investissement à l'étranger pour améliorer les capacités de production, la qualité et les normes techniques ; (3) Renforcement de la coopération en matière d'investissement à l'étranger avec les entreprises de haute technologie et de fabrication de pointe, et encouragement à la création de centres de R&D à l'étranger ; (4) Participation en toute sécurité à l'exploration et au développement du pétrole et du gaz *offshore*, des ressources minérales et d'autres ressources énergétiques sur la base d'une évaluation minutieuse des avantages économiques ; (5) Effort d'expansion de la coopération agricole avec d'autres pays étrangers et développer la coopération en matière d'investissement dans l'agriculture, la foresterie, l'élevage, la pêche entre autres domaines ; (6) Promotion ordonnée des investissements étrangers dans les services, la culture, la logistique et d'autres domaines de services, soutien aux institutions financières qualifiées pour établir des succursales et des réseaux de services à l'étranger.

<sup>385</sup> Restrictions à l'investissement étranger : (1) Les investissements dans des pays et des régions sensibles n'ayant pas de relations diplomatiques avec la Chine, qui sont en guerre, ou qui font l'objet de restrictions imposées par des traités ou des accords bilatéraux ou multilatéraux ; (2) Les investissements à l'étranger dans l'immobilier, l'hôtellerie, les cinémas, l'industrie du divertissement, les clubs sportifs, etc. ; (3) Création de fonds d'investissement ou de plateformes d'investissement sans projets industriels spécifiques à l'étranger ; (4) Utilisation d'équipements de production périmés qui ne répondent pas aux normes techniques du pays de destination pour effectuer des investissements à l'étranger ; (5) Les investissements à l'étranger qui ne respectent pas les normes de protection de l'environnement, de consommation d'énergie et de sécurité du pays de destination des investissements. Les trois premières catégories doivent être approuvées par l'autorité des investissements à l'étranger.

<sup>386</sup> Interdictions de l'investissement à l'étranger : (1) Les investissements impliquant l'exportation de technologies de base ou de produits des industries militaires qui n'ont pas été approuvés par l'État ; (2) Utilisation de technologies, procédés ou produits dont l'exportation est interdite ; (3) Investissements à l'étranger tels que le jeu de hasard ou la pornographie ; (4) Investissement à l'étranger interdit par les dispositions des traités internationaux conclus ou auxquels participe la Chine ; (5) Autres investissements à l'étranger mettant en danger ou pouvant porter préjudice aux intérêts nationaux et à la sécurité nationale.

l'environnement, de consommation d'énergie et de sécurité des pays d'investissement, provoquant des conflits et des différends, causant des pertes économiques, et portant préjudice à l'image extérieure de la Chine. Le modèle de liste négative inclut donc les encouragements, les restrictions et les interdictions, trois catégories qui couvrent l'ensemble des critères que les investisseurs chinois doivent respecter pour investir à l'étranger. Ce modèle rappelle le catalogue d'orientation à l'intention des étrangers qui investissent en Chine. Le gouvernement chinois mène ainsi une double réflexion, à l'endroit des investisseurs étrangers en Chine d'une part, et celui des investisseurs chinois à l'étranger d'autre part.

**236.** Le *Catalogue des industries sensibles pour les investissements à l'étranger*<sup>387</sup> et des mesures sont promulgués en mars 2018<sup>388</sup> pour l'administration qui délimitent le champ de l'approbation et celui de l'enregistrement. Ces nouvelles mesures de 2018 renforcent les pouvoirs de l'administration. Premièrement, le régime d'approbation est institué pour les projets sensibles ; deuxièmement, le régime d'enregistrement s'applique aux investissements chinois directs dans des projets non sensibles, mais avec un seuil d'investissement ; troisièmement, le régime de notification s'applique aux investisseurs chinois dans des projets non sensibles, avec seuil d'investissement et via une entreprise contrôlée à l'étranger. Pour les autres cas, aucune mesure n'est prévue. Le champ de l'approbation comprend deux catégories : A. Les pays sensibles sont (1) les pays et les régions qui n'ont pas établi de relations diplomatiques avec la Chine ; (2) les pays et les régions où des guerres ou des troubles civils se produisent ; (3) selon les traités et accords internationaux conclus ou auxquels la Chine a adhéré, il est nécessaire de restreindre les pays et les régions dans lesquels les entreprises investissent ; (4) les autres pays et régions sensibles. B. Les secteurs sensibles sont concernant (1) développement, production et maintenance d'armes et de matériel ; (2) développement et utilisation de ressources en eau transfrontalières ; (3) la presse et les médias ; (4) conformément aux lois et règlements de la Chine et aux politiques réglementaires connexes, il est nécessaire de limiter les industries dans lesquelles les entreprises investissent à l'étranger : (a) l'immobilier, (b) l'hôtellerie, (c) les cinémas, (d) l'industrie

---

<sup>387</sup> CNDR, catalogue, 1er mars 2018, des industries sensibles pour les investissements à l'étranger.

<sup>388</sup> Mesures, 1<sup>er</sup> mars 2018, pour l'administration des entreprises chinoises investissant à l'étranger.

du divertissement, (e) les clubs sportifs, (f) fonds d'investissement ou plates-formes d'investissement sans projets industriels.

**237.** Le CNRD est l'autorité de l'enregistrement qui est des projets non sensibles directement réalisés par des investisseurs, c'est-à-dire directement impliqués dans l'investissement d'actifs, d'actions ou de financement, de garanties. Le CNRD est l'autorité de l'enregistrement : (1) si l'investisseur est une société centrale (y incluent les entreprises financières qui sont directement gérées par une société centrale, le Conseil des affaires de l'État ou sous l'administration du Conseil des affaires de l'État) ; (2) si l'investisseur chinois est une société locale et l'investissement est de 300 millions dollars ou plus. Les antennes régionales du CNRD sont compétentes en matière d'enregistrement si l'investisseur est une société locale et l'investissement chinois est inférieur à 300 millions de dollars.

**238. Les mesures différencient les investisseurs publics et les investisseurs privés.-** Ces mesures provisoires pour l'enregistrement ou l'approbation font une distinction claire entre investisseur privé et investisseur public, par le biais de l'article 9 qui précise : si l'investissement à l'étranger par une entreprise centrale<sup>389</sup> appartient aux projets de « surveillance spéciale »<sup>390</sup> prévus dans les *Mesures de surveillance et d'administration des investissements à l'étranger par les entreprises centrale*<sup>391</sup>, l'entreprise doit exécuter les procédures correspondantes conformément aux exigences de supervision et de gestion des actifs publics. En d'autres termes, ces mesures ne s'appliquent qu'aux entreprises centrales dans le cadre de projets soumis à surveillance spéciale.

**239.** En résumé, le catalogue présente de façon claire les secteurs sensibles afin de permettre au gouvernement de mettre en œuvre une procédure administrative et aux investisseurs de prévoir les risques de l'opération. À partir de 2017, des interdictions ou restrictions sont venues frapper certains secteurs, obligeant les investisseurs chinois à s'y

---

<sup>389</sup> Une « entreprise centrale » est une entreprise publique relevant de la SASAC.

<sup>390</sup> V. art. 9 : La SASAC établira et publiera la liste négative des projets d'investissement à l'étranger des entreprises centrales ; elle énonce les projets d'investissement interdits et ceux soumis à surveillance spéciale. Les entreprises centrales n'investissent pas dans les projets d'investissement à l'étranger figurant dans la liste négative. Pour les projets soumis à surveillance spéciale, l'entreprise centrale se soumet à l'exécution des procédures d'examen et d'approbation de la SASAC.

<sup>391</sup> Mesures, 13 mars 2015, de surveillance et d'administration des investissements à l'étranger par les entreprises centrales.

conformer et adapter leurs stratégies. Ces mesures ont notamment mis un coup d'arrêt aux fusions et acquisitions dans certains secteurs et les investisseurs chinois n'ont plus tout à fait été en mesure de choisir librement leurs domaines d'investissement. En revanche, le gouvernement chinois continue d'encourager les investissements chinois à l'étranger dans des secteurs relevant de la politique « *Made in China 2025* ».

**240. Système de rapport d'informations.**- Afin d'assurer le suivi des opérations d'investissement chinois à l'étranger sur la durée, des mesures provisoires pour l'enregistrement ou l'approbation clarifient le principe selon lequel « tous les projets enregistrés ou approuvés doivent faire l'objet d'un rapport d'informations déclarées ». Dans ce cadre, après les procédures administratives d'enregistrement ou d'approbation, les entités d'investissement nationales doivent régulièrement communiquer les informations clés sur leurs projets d'investissement à l'autorité compétente. Cette dernière agrège et distribue les informations collectées sous la forme de rapports de suivi ou autres analyses des risques des projets d'investissement à l'étranger. Les entités d'investissement nationales peuvent déclarer leurs informations à travers une plateforme de service créée par le MOFCOM en 2017. L'article 13 des mesures provisoires pour l'enregistrement ou l'approbation indique que les informations soumises par les entités d'investissement nationales incluent notamment :

- (1). Les informations mensuelles et annuelles qui doivent être déclarées conformément au « système statistique des investissements directs à l'étranger » ;
- (2). Les questions préliminaires concernant les fusions et acquisitions ;
- (3). La progression des investissements directs à l'étranger ;
- (4). Les problèmes majeurs rencontrés ;
- (5). Les événements défavorables ou incidents de sécurité inattendus.

**241.** La portée de ces cinq aspects est si vaste qu'en pratique, les investisseurs chinois se posent beaucoup de questions. Afin de clarifier les éléments qui doivent être signalés et de mettre en œuvre les mesures provisoires pour l'enregistrement ou

l'approbation, l'année suivante, le MOFCOM a promulgué les « Règles détaillées pour la mise en œuvre des rapports de l'enregistrement et l'approbation d'investissement à l'étranger »<sup>392</sup>. Il est stipulé qu'une fois que l'entité d'investissement nationale a obtenu le « Certificat d'investissement à l'étranger », elle doit soumettre un rapport d'information au MOFCOM ou à son représentant régional. Si l'entité d'investissement est une entreprise publique centrale ou une entreprise publique gérée par le gouvernement central, son siège doit rendre compte au MOFCOM ; toutes les entreprises restantes doivent faire rapport au représentant régional du MOFCOM (y compris les entreprises publiques provinciales et l'ensemble des entreprises privées).

**242.** Le contenu du rapport varie selon la fréquence ou l'échéance : mensuelle, semestrielle ou ponctuelle (24 heures). Les rapports mensuels traitent des aspects suivants : (1) Investissements directs à l'étranger par des entités d'investissement nationales ; (2) Réinvestissement par le biais d'entreprises étrangères qui sont issues des entités d'investissement nationales ; (3) Retour sur l'investissement national par le biais d'entreprises étrangères qui sont issues des entités d'investissement nationales.

**243.** Les éléments soumis dans les rapports semestriels incluent : (1) conformité (compliance) des entreprises étrangères ; (2) obstacles à l'investissement rencontrés par les entreprises étrangères ; (3) investissements à l'étranger de 100 millions de dollars ou plus, ainsi que les sociétés étrangères sous contrôle effectif<sup>393</sup> ; (4) zones de coopération ultramarines sous contrôle de l'entreprise<sup>394</sup> ; (5) fusions et acquisitions à l'étranger. Les rapports soumis à échéance de 24 heures concernent un incident soudain ou événement indésirable majeur. Le système de déclaration d'informations sur les investissements chinois à l'étranger a été mis en place à partir de 2019.

---

<sup>392</sup> Règles détaillées, 1<sup>er</sup> juill. 2019, pour la mise en œuvre des rapports de l'enregistrement et l'approbation d'investissement à l'étranger.

<sup>393</sup> Contrôle ici : l'entité d'investissement chinois détient 50 % ou plus des droits de vote de l'entreprise étrangère ; ou bien qu'elle détienne moins de 50 % des droits de vote, mais elle peut exercer 50 % ou plus des droits de vote par le biais d'un accord avec autres titulaires. Les informations rapportées incluent : (1) l'actif, le passif et le capital de l'entreprise à l'étranger ; (2) le chiffre d'affaires ; (3) le bénéfice net ; (4) l'évolution du volume d'importation et d'exportation de marchandises ; (5) le nombre d'employés (de toute nationalité) ; (6) toute autre évolution notable.

<sup>394</sup> Les entreprises chinoises doivent rapporter les informations concernant : (1) la restructuration d'entreprise ou changement d'actionnaires ; (2) modifications des terrains constructibles ; (3) changements de la planification de la zone ; (4) ajustement du positionnement industriel ; (5) promotion du développement économique et social du pays hôte ; (6) autres évolutions notables.



**244. Contrôle des importations et des exportations de technologie.-** Après l'adhésion de la Chine à l'OMC, afin de se conformer sur les accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) et de se conformer à ses obligations internationales en matière par exemple de non-prolifération<sup>395</sup>, le *Règlement sur l'importation et l'exportation de technologies*<sup>396</sup> a été promulgué en 2001. À cette époque, se développent simultanément une politique d'attraction des investissements étrangers en Chine ainsi qu'une politique encourageant les investissements chinois à l'étranger. Par conséquent, après 2001, cette réglementation des importations et des exportations de technologies connexes par des entreprises à capitaux étrangers ou les centres de R&D des entreprises multinationales étrangères en Chine ne faisaient l'objet d'aucune restriction.

**245.** La situation a commencé à changer en 2018, lorsque les États-Unis ont lancé une enquête de la section 301 de la loi sur le commerce extérieur des États-Unis de 1974<sup>397</sup> contre la Chine, mettant en cause la réglementation chinoise telle que les *règlements d'importation et d'exportation de technologies* et *règlements de mise en œuvre de la loi sur les coentreprises sino-étrangères par capital* qui est accusé de priver les investisseurs étrangers de bénéficier du traitement national<sup>398</sup>. L'Union européenne, les États-Unis et le Taipei (Chine) ont présenté des demandes de consultation concernant certaines mesures liées au transfert de technologie de la Chine dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC<sup>399</sup>. Ces demandes de consultation soulignent que les deux règlements en cause violent l'accord sur les TRIPS. En réponse, la Chine a commencé à modifier les deux réglementations en cause, publiant une nouvelle version en 2019 du *Règlement sur l'importation et l'exportation de technologies* qui supprime les articles<sup>400</sup> qui ne sont pas conformes.

---

<sup>395</sup> Le principe de non-prolifération consiste à empêcher les États non dotés d'armes de destruction massive (nucléaires, chimiques ou bactériologiques) de s'en procurer.

<sup>396</sup> Règlement, 13 mai 2019, sur l'importation et l'exportation de technologies.

<sup>397</sup> Le 18 août 2017, le représentant américain au commerce a ouvert une enquête au titre de la section 301 contre la Chine et dans l'enquête a marqué que : « China uses foreign ownership restrictions, such as joint venture requirements and foreign equity limitations, and various administrative review and licensing processes, to require or pressure technology transfer from U. S companies ». V. Office of the United State Trade Representative, 2018 Special 301 Report, section II: country reports China, P.44.

<sup>398</sup> Les accusations portées contre la Chine dans le contexte de la section 301 sont : (1) la Chine utilise des exigences relatives aux coentreprises, des restrictions à l'investissement étranger et des processus d'examen administratif et d'octroi de licences pour forcer ou faire pression sur les transferts de technologie des entreprises américaines. (2) la Chine utilise des processus de licence discriminatoires pour transférer des technologies d'entreprises américaines vers des entreprises chinoises. (3) la Chine dirige et facilite les investissements et les acquisitions qui génèrent un transfert de technologie à grande échelle. USTR, *Section 301 Fact Sheet*, 2018.

<sup>399</sup> OMC, 1 juin 2018, DS549 : Chine- Certaines mesure concernant le transfert de technologie.

<sup>400</sup> Règlement, 14 nov. 2019, sur l'importation et l'exportation de technologies, art. 24, 27 et 29.

**246.** Dans le même sens, l'article 22 de la loi sur l'investissement étranger dispose que « les conditions de la coopération de technique sont subordonnées au principe d'équité ». Cependant, la situation politique continue de se détériorer avec le développement de la guerre commerciale et technologique entre la Chine et les États-Unis. Le gouvernement chinois a révisé le « catalogue des technologies interdites ou restreintes à l'exportation »<sup>401</sup>. Le nouveau catalogue supprime, modifie et ajoute 53 éléments, incorporant notamment les secteurs des nouvelles technologies liées à l'intelligence artificielle. Les technologies d'exportation restreinte dans le catalogue passent sous le régime de gestion administrative autorisée avec une licence délivrée par le MOFCOM, sans laquelle aucune exportation n'est possible. En résumé, les trois régimes de technologie d'exportation envisagés sont : (1) liberté totale à l'exportation ; (2) sous licence délivrée par le MOFCOM ; (3) interdiction totale à l'exportation.

**247.** Enfin, la première « Loi de contrôle des exportations » a été adoptée en octobre 2020. L'article 2 de la loi précise le champ d'application du contrôle des exportations :

- (1). Le transfert des produits contrôlés du territoire de la Chine vers l'étranger (juridiction territoriale) ;
- (2). Tout citoyen chinois, personne morale ou organisation non constituée en société fournissant des produits contrôlés à des organisations ou individus étrangers ;
- (3). Le transfert de technologie par le biais du commerce, de l'investissement ou de la coopération technique, y compris le transfert de droits de brevet, de demandes de brevet, l'octroi de licences de brevets, etc.

**248.** Par conséquent, les nouvelles réglementations sur l'exportation de technologies concernent toutes les entreprises en Chine, y compris celles à capitaux étrangers. Concernant l'investissement à l'étranger, dès lors qu'il prévoit un transfert de

---

<sup>401</sup> Catalogue, 2 août 2020, des technologies interdites ou restreintes à l'exportation.

technologie faisant l'objet de restrictions d'exportation<sup>402</sup>, une procédure d'approbation administrative est requise. En cas de violation de la réglementation, la responsabilité administrative ou pénale est engagée.

**249. Conclusion de la section.-** Depuis le lancement des projets BRI et « *Made in China 2025* », les investisseurs chinois ont considérablement augmenté le nombre de leurs investissements à l'étranger. Par conséquent, le gouvernement a introduit le modèle d'encouragement assorti de la liste négative pour les investissements chinois à l'étranger. Le même schéma a été adopté pour les investissements étrangers en Chine. Le gouvernement distingue les conditions d'approbation pour les entreprises publiques centrales et les entreprises privées dans les industries sensibles, les premières étant soumises à un système d'approbation plus strict. En outre, le gouvernement s'est désintéressé des secteurs en dehors du périmètre du « *Made in China* ». On voit ainsi que les orientations politiques du gouvernement chinois concernant les investissements chinois à l'étranger sont décisives et stratégiques.

**250. Conclusion du chapitre.-** L'investissement direct étranger a constitué le principal moteur de l'essor économique de la Chine, grâce auquel celle-ci est devenue un grand pays exportateur de capitaux. L'Europe est l'une des principales destinations des investissements et des fusions-acquisitions des entreprises chinoises<sup>403</sup>. En réaction, l'Europe a introduit un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers<sup>404</sup>. La mondialisation des entreprises chinoises a engendré de nombreux obstacles et incertitudes. Avec l'expansion de l'économie chinoise, les décisions politiques de la Chine ont un impact profond sur l'économie mondiale mais réciproquement, des facteurs externes affectent également l'environnement politique et économique chinois<sup>405</sup>.

**251. Conclusion du titre.-** Le processus de développement trouve sa source dans les lois et des politiques chinoises volontaristes qui sont le résultat de planifications successives. Les nouvelles tendances sur les investissements directs à l'étranger sont un

---

<sup>402</sup> L'exportation de technologie est divisée en trois catégories : exportation de technologie libre, restreinte et interdite.

<sup>403</sup> MOFCOM, Rapport sur l'évolution des investissements chinois à l'étranger 2019, p. 41-43.

<sup>404</sup> V. Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.

<sup>405</sup> P. Wong, J. Wilhelmus, M. Jarand and J. Lui, « China's Global Investment Strategy»; *Milken Institute*, p.22-23

vecteur important de transfert de technologie, contribuant relativement plus au développement économique que l'investissement interne. Cependant, le rendement plus élevé des IDE ne tient que lorsque le pays hôte dispose d'un stock minimum de capital humain et d'une capacité d'absorption suffisante des technologies de pointe<sup>406</sup>. Les dividendes que les investisseurs étrangers ont perçus en Chine au cours des 40 dernières années et l'accélération de l'essor économique chinois qu'ont permis ces investissements en témoignent. Aujourd'hui cependant, la Chine n'est plus simplement un bénéficiaire d'investissements étrangers, mais aussi un exportateur de capitaux, une évolution qui vient remettre en cause cette relation donnant-donnant. La montée en puissance de pays peuplés tels que la Chine et l'Inde imposent une reconfiguration des relations internationales et suscitent la méfiance envers les investisseurs chinois.

**252.** En Europe, des inquiétudes apparaissent en 2016 lorsque le groupe privé chinois *Midea Group* acquiert la société allemande de robotique *KuKa AG*. À l'issue de cette transaction, les pays de l'UE ont commencé à réexaminer le système d'examen des investissements étrangers. Outre l'Allemagne<sup>407</sup>, la France, le Royaume-Uni et d'autres intensifient progressivement leur contrôle. Par exemple, l'Allemagne a abaissé le seuil d'examen des investissements en provenance de pays non européens de 25 % des droits de vote à 10 % pour les secteurs sensibles. Face à l'arrivée en force d'investisseurs chinois, ciblant souvent des industries, l'UE réagit en renforçant les lois et règlements sur l'approbation des investissements étrangers. Chaque pays membre veille également à ses propres intérêts en prenant des dispositions stratégiques, en particulier pour que les investisseurs étrangers maintiennent une attitude sensible et prudente.

**253. Conclusion de la première partie.-** L'investissement chinois à l'étranger est passé de zéro à l'aube des années 1980 pour atteindre le premier rang mondial en 2020. Deux réformes majeures en Chine ont donné l'impulsion au développement économique : la réforme des entreprises publiques et la réforme du système bancaire. Ces réformes ont à la fois fourni les conditions pour la réforme économique de la Chine et permis le déploiement de capitaux chinois à l'étranger. La transformation de son économie d'un

---

<sup>406</sup> E. Borensztein, J. De Gregorio et J-W. Lee, « How does foreign direct investment affect economic growth ? », *Journal of International Economics* 1998, p. 115-135.

<sup>407</sup> Depuis 2017, les acquisitions et les fusions entre la Chine et l'Allemagne ont été bloquées à plusieurs reprises. Par exemple, l'acquisition de 20% de l'opérateur de réseau électrique allemand 50Hertz par China State Grid a été suspendue et l'affaire du groupe Yantai Taihai avec Leifeld n'a pas pu réussir.

modèle de production domestique (exportation de produits manufacturés et accueil de l'investissement étranger) à un modèle de promotion des investissements chinois à l'étranger est également un élément important à promouvoir les politiques gouvernementales « *Made in China 2025* » et « *Belt and Road Initiative* », qui ont ouvert la voie de l'étranger aux investisseurs chinois. Plus précisément, la réforme des entreprises publiques a favorisé le développement des entreprises privées. En principe, le gouvernement applique une égalité de traitement aux entreprises publiques et aux entreprises privées. Les entreprises publiques chinoises représentaient autrefois la grande majorité de l'économie nationale, mais après une série de réformes, les entreprises privées ont pu rivaliser avec les entreprises publiques dans les projets d'investissement à l'étranger. La nature particulière des entreprises publiques comporte à la fois des avantages et des inconvénients. Plus généralement, les projets d'investissement à l'étranger des entreprises publiques se doivent de répondre aux orientations politiques du gouvernement et aux besoins de modernisation industrielle nationale. Alors que la stratégie des entreprises privées se concentre principalement sur le marché. Les entreprises privées représentaient plus de 60 % du PIB en 2018. D'ailleurs, grâce à la réforme du secteur bancaire, les banques étrangères et les banques multilatérales ont permis aux entreprises privées d'obtenir davantage de canaux de financement. Elles sont finalement devenues la principale force d'investissement chinois à l'étranger.

**254.** Le gouvernement a mis à profit l'expérience acquise au travers de sa gestion des entreprises à capitaux étrangers afin d'optimiser le cadre administratif et juridique de l'investissement chinois à l'étranger. Les capitaux chinois occupent une place importante dans le monde aujourd'hui, alimentant la croissance et l'emploi dans de nombreux pays, mais éveillant également une certaine méfiance à l'égard des investisseurs chinois. De fait, la tendance actuelle est au renforcement du contrôle des investissements étrangers à travers le monde, un phénomène qui résulte en partie de l'ampleur croissante de l'investissement étranger chinois, qui semble avoir pris de court les autres nations. Cependant, dans un environnement international multilatéral où les capitaux circulent librement, il n'est pas judicieux de bloquer les investissements étrangers. Une proposition est à retrouver l'ensemble de l'intérêt à travers la communication et faire la transparence de la politique de la réglementation en matière d'investissements étrangers.



# PARTIE II

## L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER ENCADRÉ PAR LES DROITS CHINOIS, FRANÇAIS, EUROPÉEN ET INTERNATIONAL

---

255. Les investissements sont encadrés soit par des règles de fond et de procédure édictées par un seul État, soit par des règles nées d'un accord entre plusieurs états. Les premières règles sont vues avec suspicion par les investisseurs étrangers. En effet, la règle peut concrétiser une stratégie de l'État hôte. En outre, les éventuels litiges sont soumis à un juge de l'État partie au litige peu important que la procédure applicable ne présente aucune particularité en cette matière. À l'inverse, les règles conventionnelles, parce qu'elles sont le fruit d'un compromis, devraient préserver au mieux les intérêts des investisseurs des différents États parties. En outre, les traités prévoient des modes de résolution de litige qui les font échapper à la juridiction d'un État.

256. L'étude des contrôles des droits internes et européen (**titre 1**), précèdera celle des contrôles en application des règles conventionnelles (**titre 2**).





# TITRE I

## LES CONTRÔLES DES DROITS INTERNES ET DE L'UNION EUROPÉENNE

---

**257.** Une précision quant à la méthode est d'ores et déjà nécessaire. La démarche qui va être adoptée répond à une problématique mais est également didactique. La problématique consiste à voir quelles sont les réactions juridiques adoptées face au développement économique chinois dans la réglementation générale des investissements. L'aspect didactique implique, face à la multiplicité des textes, de faire une sorte de manuel à destination de l'investisseur qui va donc envisager la réglementation dans son ensemble, y compris celle qui n'est pas propre à l'investissement d'origine chinoise. Cette double dimension se mêlera tout au long des développements pour plus de lisibilité.

**258.** Dans la lignée de la tendance mondiale au renforcement du filtrage des investissements étrangers, et face à la nécessité de concilier « investissement étranger » et « sécurité nationale », la Chine a introduit des mesures d'examen de la sécurité nationale pour les investissements étrangers. Dans la mesure où les secteurs sensibles évoluent en fonction de différents facteurs tels que les changements géopolitiques ou technologiques, la Chine a adopté une double protection concernant la sécurité nationale : la liste négative et un système de réglementation. L'UE ne dispose d'un système d'examen des investissements étrangers que depuis 2019, aux fins de « sécurité économique ». La France en possède un depuis les années 1970, mais il a peu servi jusqu'à une époque récente. Désormais, la France renforce ses mesures de protection des technologies de pointe contre l'acquisition par des investisseurs étrangers.

**259.** En particulier, après l'épidémie du Covid-19, les industries impliquées dans le développement et la production de vaccins et de ressources médicales connexes sont devenues un élément important de la stratégie nationale. La perturbation ou la stagnation de la chaîne industrielle provoquée par l'épidémie a conduit à l'inclusion de la sécurité industrielle dans les considérations de sécurité nationale. Au cours des dernières années,

l'approche de la France en matière de réglementation des investissements étrangers s'est orientée vers une attitude de plus en plus stricte et prudente. Le contrôle des concentrations se focalise, quant à lui, sur l'impact sur l'économie. Qu'il s'agisse de la réglementation des investissements étrangers ou des concentrations, leur point commun est qu'avec le développement des nouvelles technologies, l'arrivée du Covid-19 et de nombreux autres facteurs géopolitiques, le seuil de contrôle a été modifié et la notion de contrôle a été élargie pour s'adapter aux nouvelles réalités économiques.

**260.** Les investisseurs chinois sont actifs dans le monde entier à la recherche d'investissements de haute technologie. La France et l'UE étant des destinations prisées des investisseurs chinois, il est nécessaire de bien appréhender les régimes réglementaires français et européen. Pour appréhender au mieux les différents contrôles des investissements, à savoir le contrôle des investissements étrangers et le contrôle des concentrations, il nous semble important d'opposer le contrôle réalisé en application du droit chinois (**chapitre 1**), avant d'apprécier le contrôle en application du droit français et du droit de l'Union européenne (**chapitre 2**).

# CHAPITRE 1 : LE CONTRÔLE EN APPLICATION DU DROIT CHINOIS

---

**261.** Les spécificités du droit chinois en termes de contrôle des investissements incitent à analyser le contrôle des investissements étrangers relevant de la sécurité nationale (**section 1**), le contrôle des investissements étrangers basé sur la liste négative (**section 2**), et le contrôle des concentrations (**section 3**).

## SECTION 1 : LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS RELEVANT DE LA SÉCURITÉ NATIONALE

**262. La tendance des États étrangers à réformer leur système de sécurité nationale.-** La tendance générale est au renforcement des procédures d'examen de l'investissement étranger, à l'élargissement du champ d'application du concept de sécurité nationale et à l'extension du périmètre de définition des industries stratégiques. La Chine accorde progressivement une importance primordiale à l'investissement étranger en tant que pilier stratégique de son développement économique. Les politiques mises en place pour attirer les investissements étrangers et les mesures de protection de ces investissements se développent d'année en année. Cependant, un nombre croissant de pays soumettent dorénavant les investissements étrangers à des critères de sécurité nationale, formulant des lois visant à renforcer le degré de supervision et d'exigence. À titre d'exemple, citons les États-Unis : *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (FIRRMA) en 2018 ; l'Allemagne : *Foreign Trade and Payments Act* (AWG) en 2018) ; l'UE : *Le cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union* (règlement 2019/452) en 2019; la France : *Le renforcement du contrôle des investissements étrangers en France* (loi PACTE) en 2019) ; le Japon : *Rules and Regulations of the Foreign Exchange and Foreign Trade Act* (FEFTA amendments) en 2020.

**263. La réforme du système relatif à la sécurité nationale en Chine.-** Selon les modalités prévues à l'article 35 de la loi chinoise sur l'investissement étranger, l'État met en œuvre un système d'examen des investissements étrangers pour déterminer leur

impact sur la sécurité nationale. Ce système est complété par les « Mesures d'examen de la sécurité des investissements étrangers » du 18 janvier 2021. Les mesures d'examen de sécurité nationale sont l'aboutissement de nombreuses années de pratique. En effet, la Chine a mis en place un système d'examen de sécurité nationale pour les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers dès 2011, suivi en 2015 par des mesures d'examen des investissements étrangers en zone de libre-échange pilote, sur le modèle de gestion des listes négatives. L'étude de l'évolution du système (§1) précédera celle de son champ d'application et de sa procédure (§2).

## §1. L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME D'EXAMEN DE LA SÉCURITÉ NATIONALE

**264.** Le développement du système d'examen de la sécurité nationale de la Chine a connu quatre grandes phases : le système d'approbation (A), le système de notification (B), le système de listes négatives (C) et le système de la sécurité des données (D).

### A) LE SYSTÈME D'APPROBATION (1979-2002)

**265. L'obligation d'approbation.-** À partir de 1979, la Chine ouvre ses marchés aux investisseurs étrangers. L'État adopte un système d'approbation administrative pour gérer l'entrée de capitaux étrangers, y compris dans les secteurs liés à la sécurité nationale. Le cadre juridique de la réglementation des investissements étrangers est celui des « trois lois sur l'investissement étranger ». Les formes juridiques autorisées sont les entreprises conjointes capitales, coopératives, ou la création de nouvelles entreprises. À cette époque, les investissements étrangers proviennent principalement de Hongkong, Macao et Taïwan, et s'orientent vers des industries manufacturières à forte intensité de main-d'œuvre. Les investissements étrangers dans le secteur des services ne dépasseront ceux de l'industrie manufacturière qu'à partir de 2011. En 1995, le premier « Catalogue pour l'orientation des industries d'investissement étranger » est introduit, interdisant officiellement tout investissement dans les industries liées à la sécurité nationale. L'examen de la sécurité nationale n'est alors qu'une composante de l'examen

de l'investissement étranger. Aucun investissement étranger dans les industries liées à la sécurité nationale n'a eu lieu au cours de cette période.

**266.** La diversité des fusions et acquisitions menées par les investisseurs étrangers a permis d'améliorer la réglementation, dont le système d'approbation s'est vu complété par un système d'examen de sécurité nationale. Les « Dispositions relatives à l'orientation de l'investissement étranger » de 2002 ont à la fois permis l'adoption d'un système d'approbation des investissements étrangers, et ont consacré, dans un article (article 7), l'interdiction des opérations d'investissement étranger impliquant la mise en danger de la sécurité nationale ou portant atteinte aux intérêts publics. La sécurité nationale et l'intérêt public ont ainsi fait leur première apparition dans un règlement sur les investissements étrangers.

#### B) LE SYSTÈME DE NOTIFICATION (2003-2013)

**267. L'obligation de notification.-** À partir de 2003, certaines opérations ne sont soumises qu'à une simple obligation de notification. Les *dispositions provisoires sur les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par les investisseurs étrangers*<sup>408</sup> établissent des dispositions de procédure et de fond sur les fusions et acquisitions étrangères. L'article 19 dispose que les autorités compétentes peuvent exiger des investisseurs étrangers qu'ils fassent un rapport sur les fusions et acquisitions étrangères s'il existe des facteurs importants affectant la sécurité économique nationale. Ces règlements provisoires sont modifiés en 2006, disposant que « lorsqu'un investisseur étranger acquiert une entreprise nationale et en obtient le contrôle effectif, qu'elle concerne une industrie clé, qu'elle présente des facteurs qui affectent ou peuvent affecter la sécurité économique nationale ou qu'elle entraîne le transfert du contrôle effectif d'une entreprise nationale propriétaire d'une marque commerciale bien connue ou une marque chinoise ancestrale (China Time-honored Brand), la partie concernée doit en notifier le ministère du Commerce » (article 12). Si l'investisseur étranger manque à son obligation de notifier une opération de fusion-acquisition pouvant avoir un impact significatif sur la sécurité économique nationale, le ministère du Commerce peut exiger des parties concernées

---

<sup>408</sup> Dispositions provisoires, adoptées 7 mar. 2003, sur les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par les investisseurs étrangers.

qu'elles mettent fin à la transaction, ou qu'elles prennent des mesures pour transférer les participations concernées, ou toutes autres mesures efficaces pour éliminer l'impact de l'opération sur la sécurité économique nationale.

**268.** Le concept de sécurité économique nationale prend le pas sur celui, plus général, de sécurité nationale, reflétant la nature des enjeux soulevés par les investissements étrangers au cours de cette période.

### C) LE SYSTÈME DES LISTES NÉGATIVES (2013-AUJOURD'HUI)

**269. Le système des listes négatives.-** Il apparaît en 2013 et concerne les investissements étrangers à l'exclusion des projets liés à la sécurité nationale. Depuis lors, les examens de sécurité nationale sont soumis à un système de contrôle autonome. Cela se reflète dans les *Mesures administratives pour l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger*<sup>409</sup> en 2014, l'article 7 des mesures dispose que les investissements étrangers mettant en jeu la sécurité nationale doivent faire l'objet d'un examen. En 2015, un régime spécial est mis en place dans quatre zones pilotes de libre-échange à Shanghai, Tianjin, Guangdong et Fujian. Selon les *Mesures d'essai pour l'examen de la sécurité nationale des investissements étrangers dans les zones pilotes de libre-échange*<sup>410</sup>, l'examen de sécurité nationale peut se conclure de trois manières : l'approbation sans condition, l'approbation conditionnelle et l'interdiction. Les projets n'affectant pas la sécurité nationale, ou pouvant faire l'objet de mesures correctives, seront traités par l'administration de la zone pilote.

### D) LE SYSTÈME D'EXAMEN DE LA SÉCURITÉ DES DONNÉES (2021-AUJOURD'HUI)

---

<sup>409</sup> Mesures administratives, 13 mai 2014, pour l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger.

<sup>410</sup> Mesures d'essai, 20 avr. 2015, pour l'examen de la sécurité nationale des investissements étrangers dans les zones pilotes de libre-échange.

**270.** En 2021, les *Mesures d'examen de la sécurité des investissements étrangers*<sup>411</sup> viennent consolider le cadre institutionnel chinois pour l'examen de la sécurité nationale des investissements étrangers. En parallèle, un système d'examen de la sécurité des données est mis en place.

**271. Système d'examen de la sécurité des données.-** À partir de 2020, le gouvernement chinois introduit des lois et des règlements sur la cybersécurité des données, dont, la *loi sur la protection des informations personnelles*<sup>412</sup>, les *Mesures pour l'examen de la cybersécurité*<sup>413</sup>, les *Mesures d'évaluation de la sécurité des exportations de données*<sup>414</sup>, la *loi sur la sécurité des données*<sup>415</sup>, le *règlement sur la protection de la sécurité des infrastructures d'information critique*<sup>416</sup>. Dans ce cadre, il procède à des examens de sécurité nationale des activités d'investissement qui affectent ou peuvent affecter les données de sécurité nationale ou qui sont visées par les mesures d'examen de la cybersécurité. Conformément à l'article 24 de la loi sur la sécurité des données, l'État met en place un système d'examen dédié. Les activités de traitement des données qui affectent ou peuvent affecter la sécurité nationale font l'objet d'un examen de sécurité nationale, y compris et notamment les investissements étrangers. Selon les articles 2 et 5 des mesures d'examen de la cybersécurité, les opérateurs achetant des produits et des services de réseaux, qui affectent ou peuvent affecter la sécurité nationale, doivent anticiper les risques pour la sécurité nationale qui peuvent survenir quand les produits et les services sont utilisés. Le cas échéant, ils doivent déposer une demande d'examen de la sécurité du réseau. Enfin, l'article 7 dispose que « les opérateurs de plateformes en ligne pour lesquels les informations personnelles de plus d'un million d'utilisateurs sont rendues publiques à l'étranger doivent procéder à un examen de cybersécurité ».

**272.** L'opérateur ici ne fait pas spécifiquement référence à un opérateur national. Un investisseur étranger peut-il agir en tant qu'opérateur ? En vertu de l'article 56 de la version 2022 de la liste négative nationale, aucune entreprise de télécommunications ne peut être exploitée sans licence. Ainsi, un investisseur étranger peut détenir la qualité

---

<sup>411</sup> Mesures, 27 nov. 2020, d'examen de la sécurité des investissements étrangers.

<sup>412</sup> Loi, 20 août 2021, sur la protection des informations personnelles.

<sup>413</sup> Mesures, 13 avr. 2020, d'examen de la cybersécurité.

<sup>414</sup> Mesures, 19 mai 2022, d'évaluation de la sécurité des exportations de données.

<sup>415</sup> Loi, 10 juin 2021, sur la sécurité des données.

<sup>416</sup> Règlement, 27 avr. 2021 sur la protection de la sécurité des infrastructures d'information critique.

d'opérateur s'il a obtenu une licence délivrée par le ministère de l'Industrie et de l'information. Lorsqu'un investisseur étranger est impliqué en tant qu'opérateur dans des activités commerciales qui répondent aux exigences de l'article 5 des mesures d'examen de la cybersécurité, une notification doit être faite au Bureau d'examen de la cybersécurité.

## §2. LE CHAMP D'APPLICATION ET LA PROCÉDURE DE L'EXAMEN

**273.** Après l'étude des quatre étapes du développement du système d'examen de la sécurité nationale en Chine, il s'agit désormais de s'intéresser au champ d'application de cet examen (A), à la procédure d'examen en elle-même, en particulier la procédure de l'examen de sécurité nationale (B), et la sécurité des données (C).

### A) LE CHAMP D'APPLICATION

**274. Deux champs d'application principaux.-** L'article 4 des mesures d'examen de la sécurité des investissements étrangers dispose que les investissements suivants doivent être notifiés au Bureau du mécanisme de travail<sup>417</sup> :

- (1). Les investissements dans l'industrie militaire, le soutien à l'industrie militaire et les autres investissements liés à la défense et à la sécurité nationale, ainsi que les investissements dans les installations militaires et à proximité d'installations industrielles militaires ;
  
- (2). Les investissements dans les produits agricoles, l'énergie et les ressources, la fabrication d'équipements, les infrastructures, les services de transport, les produits et services culturels, les produits et services liés aux technologies de l'information et à l'internet, les services financiers, et de tout autre domaine d'importance majeure ainsi que l'obtention d'un contrôle effectif des

---

<sup>417</sup> Le bureau du mécanisme de travail dépend la CNDR. Il est piloté par le CNDR et le MOFCOM.



entreprises<sup>418</sup>. Selon ces mesures d'examen, le champ d'application et le contenu de l'examen suivent les dispositions du système en vigueur dans la zone pilote de libre-échange. Les droits de contrôle réels s'entendent ainsi :

- (a). la détention de plus de 50 % des actions de la société ;
- (b). si la participation est inférieure à 50 %, mais peut néanmoins avoir un impact significatif sur les décisions du conseil d'administration ou de l'assemblée générale des actionnaires ;
- (c). toute autre situation dans laquelle un investisseur étranger peut exercer une influence importante sur la vie de l'entreprise, par exemple au niveau du management, des finances, de la technologie, etc.

**275.** Dans les trois cas ci-dessus, les investisseurs étrangers doivent soumettre un dossier au bureau du Mécanisme de travail<sup>419</sup> comprenant le formulaire de déclaration, le plan d'investissement, et l'élément indiquant si cet investissement est susceptible d'affecter la sécurité nationale.

### *B) LA PROCÉDURE DE L'EXAMEN DE SÉCURITÉ NATIONALE*

**276. L'examen général.-** Lorsque l'opération d'investissement entre dans le champ d'application de l'examen, la procédure peut être engagée par l'investisseur étranger de sa propre initiative auprès du bureau du mécanisme de travail, ou par une demande adressée par le bureau à l'investisseur étranger concerné, ou bien sur proposition des autorités compétentes, des entreprises ou des publics concernés. Les documents

---

<sup>418</sup> Le contrôle effectif correspond à : (1) la détention de plus de 50 % des actions ; (2) la détention de moins de 50 % des actions, mais la jouissance de droits de vote conférant une influence significative sur le conseil d'administration, ou l'assemblée générale des actionnaires ; (3) autres circonstances permettant à l'investisseur étranger d'exercer une influence significative sur les décisions commerciales, les cadres dirigeants, les affaires financières, la technologie, etc.

<sup>419</sup> Selon l'article 3 des mesures d'examen de la sécurité introduit un mécanisme de travail d'examen de la sécurité des investissements étrangers, le Bureau du mécanisme de travail sera responsable des travaux de routine relatifs à cet examen, sous la direction de la CNDR et du MOFCOM.

soumis par les parties comprennent : une déclaration du projet d'investissement, un programme d'investissement et une déclaration indiquant si les investissements étrangers affectent la sécurité nationale. La décision d'examen doit être prise dans les 15 jours ouvrables suivant sa réception. Si l'examen ne révèle pas d'atteinte à la sécurité nationale, la procédure est clôturée. Les examens sont divisés en une procédure générale et une approfondie. L'examen général sera achevé dans un délai de 30 jours ouvrables et, s'il n'affecte pas la sécurité nationale, le bureau du Mécanisme de travail validera le projet ; en revanche, s'il est susceptible d'affecter la sécurité nationale, un examen approfondi sera entrepris et notifié par écrit aux investisseurs étrangers.

**277. L'examen approfondi.-** Il est effectué dans un délai de 60 jours ouvrables, une prolongation étant possible dans des circonstances exceptionnelles. L'examen approfondi peut aboutir à l'une des quatre décisions suivantes : l'autorisation ; l'interdiction ; l'autorisation sous conditions, dans le cas où l'impact sur la sécurité nationale peut être éliminé et que l'investisseur étranger s'y engage par écrit ; la restauration, dans le cas où la cession de participations ou d'actifs ou autres mesures nécessaires pour éliminer l'impact sur la sécurité nationale est mandatée. Ce dernier cas de figure peut correspondre à plusieurs situations :

- (1). Lorsqu'une interdiction d'investissement a été prononcée, mais que le projet est déjà mis en œuvre ;
- (2). En cas de refus de notifier une opération qui répond aux critères ;
- (3). Lorsque de faux documents sont fournis ou que des informations pertinentes sont dissimulées afin de passer frauduleusement l'examen de sécurité nationale, la décision est révoquée et le statut initial est rétabli si l'investissement a déjà été mis en œuvre ;
- (4). Lorsque les parties n'ont pas mis en œuvre les mesures correctives auxquelles elles s'étaient engagées.

### C) LA PROCÉDURE DE L'EXAMEN DE SÉCURITÉ DES DONNÉES

**278. La procédure générale.-** L'article 10 des mesures d'examen de la cybersécurité définit la procédure d'examen. Si le bureau d'examen estime qu'il est nécessaire de procéder à un examen de la sécurité des données, il adresse une notification écrite à l'opérateur et procède à l'examen préliminaire dans un délai de 30 jours ouvrables, qui peut être prolongé de 15 jours ouvrables si nécessaire.

**279. La procédure spéciale.-** Les articles 12 et 13 prévoient des procédures spéciales, qui seront signalées au comité central pour la sécurité des réseaux et des données. L'examen sera achevé dans un délai de 90 jours ouvrables, qui peut être prolongé pour les dossiers complexes. Seuls deux résultats sont possibles : l'approbation et l'interdiction.

**280. Conclusion de la section.-** Le champ d'application de l'examen a évolué avec le développement des nouvelles technologies. À l'origine, il s'agissait de la défense nationale, de l'armée, des infrastructures essentielles, des technologies clés et autres domaines liés à la sécurité nationale. Le champ d'application a été élargi pour inclure les industries importantes impliquées dans la sécurité économique nationale et la modernisation industrielle. Par exemple, la protection de l'intégrité des chaînes d'approvisionnement industrielles nationales et le domaine des vaccins rentrent désormais dans le périmètre de la sécurité nationale, qui prend une dimension économique. Le règlement américain sur l'administration des exportations (*the export administration regulation EAR*), qui restreint les exportations de semi-conducteurs notamment en direction de l'industrie chinoise, en est un exemple. La Chine a déposé une plainte contre ce règlement auprès de l'OMC<sup>420</sup>, dont l'issue est incertaine malgré des décennies de mondialisation et de coopération intergouvernementale. Cette plainte permet néanmoins à la Chine d'afficher son attachement au respect du droit international ainsi que sa vigilance concernant les enjeux de l'investissement étranger.

---

<sup>420</sup> OMC, États-Unis – mesures visant certains semi-conducteurs et autres produits, et leurs services et technologies connexes. Demande de consultations présentée par la Chine, OMC, 15 déc. 2022.

**281.** En tout état de cause, l'EAR marque une évolution vers le nationalisme ou la priorisation nationale aux dépens de la mondialisation. Le champ d'application et le contenu des examens de sécurité nationale ont été progressivement étendus par les pays occidentaux.

## SECTION 2 : LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS FONDÉ SUR DES LISTES NÉGATIVES

**282.** Au-delà des contrôles des investissements étrangers au sein des secteurs sensibles relevant de la sécurité nationale, il existe d'autres formes de contrôle reposant sur la notion de liste négative. Il s'agit alors d'analyser le principe d'un examen des investissements basé sur le contrôle des listes négatives (§1), avant d'envisager le champ d'application (§2) et la procédure (§3) de cet examen.

### §1. L'EXAMEN FONDÉ SUR LE CONTRÔLE DES LISTES NÉGATIVES

**283.** Les investissements étrangers sont examinés conformément aux dispositions des listes négatives. L'article 33 du *Règlement d'application de la loi sur les investissements étrangers*<sup>421</sup> interdit les investissements étrangers dans certains secteurs y figurant. D'autres secteurs font l'objet d'un accès restreint, conditionné à des exigences en matière d'actionnariat ou de recrutement. Les investisseurs étrangers qui ne respectent pas les dispositions de la liste négative se verront refuser les licences, les services administratifs, ou bien les autorisations de projets d'investissement en actifs immobilisés<sup>422</sup>.

### §2. LE CHAMP D'APPLICATION

**284.** La gestion des investissements étrangers se divise en deux catégories : l'approbation ou l'enregistrement. L'article 4 des *Mesures administratives relatives à*

---

<sup>421</sup> Règlement, 31 déc. 2019, d'application de la loi sur les investissements étrangers, art. 33.

<sup>422</sup> *Ibid.*, art. 34.

*l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger à Shanghai*<sup>423</sup>, définit ainsi le champ d'application : les projets non interdits figurant sur la liste négative des investissements étrangers ou sur celle de la zone de libre-échange. Les projets dont l'investissement total est inférieur à 300 millions de dollars seront approuvés par la Commission municipale du développement et de la réforme, tandis que les projets dont l'investissement total est supérieur ou égal à ce montant seront approuvés par la Commission nationale du développement et de la réforme.

### §3. LA PROCÉDURE

**285.** Deux procédures sont à distinguer : la procédure d'approbation (**A**) et la procédure d'enregistrement (**B**).

#### A) LA PROCÉDURE D'APPROBATION

**286.** Dans un délai de 20 jours ouvrables à compter de la date d'acceptation de la demande, l'autorité chargée du contrôle du projet notifie une décision d'approbation ou de refus. Lorsque le projet est complexe ou nécessite la consultation des départements concernés, le délai peut être prolongé jusqu'à 40 jours ouvrables<sup>424</sup>.

#### B) LA PROCÉDURE D'ENREGISTREMENT

**287.** L'Administration générale de la réglementation du marché (GAMR) promulgue les exigences suivantes sur les demandes relatives à l'enregistrement des entreprises à investissement étranger<sup>425</sup> :

- (1). Les candidats doivent demander l'enregistrement des entreprises à investissement étranger par le biais du site internet dédié. À Shanghai, par

---

<sup>423</sup> Mesures administratives, 22 déc. 2021, relatives à l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger à Shanghai, art. 4.

<sup>424</sup> *Ibid.*, art. 21.

<sup>425</sup> Avis, 31 déc. 2019, de l'enregistrement des entreprises étrangères sur la mise en œuvre de la loi sur l'investissement étranger par l'Administration d'État pour la régulation du marché.

exemple, le guichet « *one stop* » en ligne permet aux entreprises étrangères de prendre rendez-vous directement pour toutes les demandes concernées. Lorsqu'il demande l'enregistrement d'un établissement ou d'un changement de statut, l'investisseur étranger doit s'engager à respecter les exigences de la liste négative. Les investisseurs étrangers ou les entreprises à capitaux étrangers ne seront enregistrés par les autorités compétentes que s'ils respectent les conditions afférentes qui peuvent concerner, par exemple, le ratio d'actionnariat ou la nationalité du dirigeant ;

- (2). L'introduction d'un système de rapport d'information sur les investissements étrangers à partir de 2020. Toutefois, la présentation d'un rapport d'information n'est pas une condition nécessaire à l'enregistrement ;
- (3). Une preuve de la qualification principale de l'investisseur étranger. Les documents soumis pour l'enregistrement de l'entreprise doivent être doublement certifiés : par un notaire public dans le pays de l'investisseur et par l'ambassade de Chine dans le pays de l'investisseur ;
- (4). La clarification de la signification des documents juridiques. La demande d'enregistrement d'un établissement doit être faite en soumettant à l'autorité d'enregistrement une « lettre d'autorisation pour la signification de document juridique » signée par l'investisseur étranger ;
- (5). La mention du montant et de la monnaie du capital social. La devise peut être exprimée en RMB ou en devises librement convertibles ;
- (6). L'explicitation des règles d'enregistrement des différents types d'entreprises : par exemple, la « société à responsabilité limitée », la « société par actions » et indication de l'investissement étranger ou de l'investissement issu de Hongkong, Macao et Taïwan.

**288. Conclusion de la section.-** La Chine est considérée comme l'une des économies les plus fermées du monde, selon l'indice de restrictivité de l'IDE de l'OCDE<sup>426</sup>. L'indice chinois est en effet de 0.214<sup>427</sup> : le pays est au 10<sup>e</sup> indice le plus bas après l'Arabie Saoudite en 2020. Cependant, il y a dix ans, l'indice était de 0.436. Contrairement au Viêt Nam, les mesures de l'IDE en Chine ont suivi une approche graduelle, étape par étape. Alors que le Viêt Nam a massivement modifié ses mesures concernant les investissements étrangers en 2014, l'indice est passé de 0.281 à 0.132 entre 2014 et 2015. Ce changement a eu un grand succès pour attirer les investissements étrangers au Viêt Nam. Depuis 2014, le gouvernement chinois, comme le gouvernement vietnamien, a mis en œuvre de nombreuses réformes pour le contrôle des investissements étrangers. Parmi les mesures prises, on peut noter la simplification des procédures d'autorisation préalable pour les investissements étrangers, la réduction des délais des demandes, la clarification des critères d'examen et le raccourci de la liste négative. Ces réformes peuvent stimuler les investissements étrangers tout en préservant la sécurité nationale.

**289.** Il est important de poursuivre les réformes des investissements étrangers en Chine, pour aboutir à un marché ouvert sur le monde. En conclusion, l'examen des investissements étrangers évalue la conformité du projet avec les dispositions de la liste négative.

### SECTION 3 : LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EN DROIT CHINOIS

**290. Premières observations.-** La législation consolidant les règles de la concurrence sur le marché chinois a été instituée en 2008. Par rapport au premier « *Sherman Act* » de 1890 aux États-Unis, le droit de la concurrence chinoise avait plus

---

<sup>426</sup> OCDE, Restrictivité de l'IDE (indicateur), OCDE, 2023.

<sup>427</sup> La restrictivité de l'IDE est un indicateur de l'OCDE mesurant le caractère restrictif des règles d'un pays en matière d'investissement direct étranger, en fonction de quatre types de restrictions : seuils autorisés pour les participations étrangères, mécanismes de filtrage ou d'autorisation, restrictions à l'emploi d'étrangers à des postes clés et restrictions à l'exploitation (le « 0 » signifiant « ouvert » et le « 1 » désignant « fermé »).

d'un siècle de retard, reflétant le décalage dans le développement économique des deux nations. L'Union européenne, également en avance économiquement sur la Chine au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, a unifié son droit de la concurrence par le biais des articles 101 à 109 du Traité de Lisbonne de 2009. L'essor rapide de la Chine à partir de l'an 2000 l'a néanmoins conduit à élaborer un système moderne de réglementation de la concurrence. Les règles de la concurrence ont été progressivement construites au cours des années 1990.

**291.** La réforme constitutionnelle de 1993 décida que le pays appliquerait dorénavant un système d'économie de marché socialiste. Les entreprises publiques, qui représentaient alors la quasi-totalité de l'économie chinoise, ont commencé à se réformer dans le cadre de la libéralisation du marché. En particulier, les nouvelles mesures politiques ont donné aux investisseurs étrangers la possibilité de fusionner et/ou d'acquérir des entreprises publiques chinoises. Ainsi, la société *China Strategic Holding Limited Hongkong* a pu acquérir un total de trente-sept entreprises publiques, ainsi qu'une part majoritaire dans cent deux coentreprises publiques entre 1992 et 1993. L'autorité de supervision est finalement intervenue pour y mettre fin, mais le fait qu'en un laps de temps aussi court, une société étrangère ait pu accumuler une telle série d'acquisitions d'entreprises publiques chinoises dans un pays socialiste pointait clairement les carences législatives et réglementaires relatives au contrôle des investissements étrangers.

**292.** La seule loi applicable concernait la concurrence déloyale, promulguée la même année que la réforme constitutionnelle, et n'assumait qu'une petite partie de la fonction du droit de la concurrence. L'accélération du développement économique de la Chine entre 1993 et 2008 a finalement donné naissance à une loi globale de la concurrence fondée sur trois types de comportements monopolistiques, comme les États-Unis et l'Union européenne, comprenant l'interdiction des accords de monopole ; l'interdiction des abus de position dominante sur le marché ; et le contrôle de la concentration.

**293.** L'administration chinoise de contrôle de la concurrence est réformée en 2018. Auparavant, cette supervision était assurée par trois autorités distinctes : la Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR), l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce (SAIC) et le ministère du Commerce (MOFCOM), ce dernier étant chargé de l'examen des concentrations. À partir de 2018, ce



rôle est dévolu à *la State Administration for Market Regulation (SAMR)* nouvellement créée, dont le Bureau anti-monopole formule les « règles pour l'examen des concentrations »<sup>428</sup> de 2023 et publie les comptes-rendus en ligne en gage de transparence. Cette section décrit les exigences posées par le droit chinois à propos des concentrations en deux aspects : le champ d'application (§1) et la procédure d'examen (§2).

### §1. LE CHAMP D'APPLICATION

**294.** Bien que le droit de la concurrence chinois s'inspire largement du droit de l'Union européenne, il intègre des éléments spécifiques au caractère socialiste du système économique chinois. En particulier, les mesures industrielles sont prises en compte dans l'application de la loi. L'article 33 (5) de la loi sur la concurrence dispose que « l'impact des concentrations sur le développement de l'économie nationale est nul », sans plus de précisions. À titre d'exemple, le MOFCOM a opposé son premier veto en 2009 lors du projet d'acquisition du fabricant chinois du jus de fruits *Hui Yuan* par la société américaine *Coca-Cola*. Les raisons invoquées par le ministère du Commerce pour justifier sa décision étaient que la concentration aurait eu pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence et que *Coca-Cola* n'avait pas prévu de mesures correctrices suffisantes. Il est à noter que cette décision ne répondait pas aux questions de fond implicites, telles que la manière de définir le marché pertinent. Toutefois, elle a constitué une référence pour les examens ultérieurs par les autorités.

**295.** Une opération doit être notifiée à l'autorité de deux manières : les critères de notification pour l'examen d'une concentration (A) ; le critère de contrôle (B) et les critères de fond pour l'examen d'une concentration (C).

#### A) LES CRITÈRES DE NOTIFICATION

**296. Les critères de chiffres d'affaires.-** La norme pour la notification d'une concentration en Chine porte sur le chiffre d'affaires. Actuellement, ces critères sont

---

<sup>428</sup> Règles, 20 fév. 2023, pour l'examen des concentrations, issues du projet d'amendement.

contenus dans l'article 3 des *Dispositions du Conseil des affaires de l'État sur la norme de notification pour une concentration*<sup>429</sup>. Un projet d'amendement proposé par le SAMR en 2022 modifie ces seuils<sup>430</sup>. Ainsi, une opération de concentration doit être notifiée aux autorités avant sa réalisation, dès lors qu'elle satisfait à l'une ou l'autre des conditions suivantes :

- (1). Dans le droit actuel, le chiffre d'affaires mondial combiné de l'année fiscale écoulée de l'ensemble des acteurs concernés dépasse 10 milliards de RMB, et au moins deux d'entre eux ont réalisé un chiffre d'affaires en Chine de plus de 400 millions de RMB au cours de l'année fiscale précédente ; dans le projet d'amendement, ces seuils passent respectivement à 12 milliards de RMB et à 800 millions de RMB ;
- (2). Le chiffre d'affaires combiné de l'année fiscale écoulée réalisé en Chine par l'ensemble des opérateurs dépasse 2 milliards de RMB, et au moins deux d'entre eux ont réalisé un chiffre d'affaires en Chine de plus de 400 millions de RMB au cours de l'exercice précédent ; dans le projet d'amendement, les seuils sont respectivement de 4 milliards de RMB et 800 millions de RMB.

**297.** Ce projet d'amendement compte, en outre, ajouter deux critères supplémentaires pour la notification. Le premier étant que l'un des opérateurs dépasse 100 milliards de RMB en Chine au cours de l'exercice précédent ; s'agissant du second, la capitalisation boursière ou l'évaluation de l'un des opérateurs n'est pas inférieure à 800 millions de RMB et le chiffre d'affaires réalisé en Chine au cours de l'exercice précédent ne représente pas plus d'un tiers de son chiffre d'affaires mondial.

**298.** En revenant au droit positif, l'article 9 *des règles pour l'examen des concentrations* dispose que le chiffre d'affaires comprend les recettes provenant de la vente de produits et de services fournis par l'opérateur concerné au cours de l'exercice

---

<sup>429</sup> Dispositions du Conseil des affaires de l'État, 2 mars 2009, *sur la norme de notification pour une concentration*.

<sup>430</sup> Projet d'amendement, 14 janv. 2022, *sur les dispositions sur la norme de notification pour des concentrations*.

précédent, moins les taxes et surtaxes pertinentes. Le calcul du chiffre d'affaires doit être envisagé sous les aspects suivants<sup>431</sup> :

- (1). Le chiffre d'affaires de l'opérateur en Chine recouvre les transactions pour lesquelles l'acheteur des produits ou services est situé en Chine. Le critère retenu concerne uniquement l'acheteur, et non le vendeur, ce qui signifie qu'il est tenu compte des exportations de l'opérateur vers la Chine à partir de l'étranger, à condition que l'acheteur se situe en Chine, tout en excluant les exportations de produits ou services de l'opérateur à partir de la Chine ou de pays tiers, lorsque le vendeur est situé en Chine, mais non l'acheteur ;
- (2). Le chiffre d'affaires retenu concerne l'ensemble des opérateurs contrôlés directement ou indirectement, ainsi que la somme des chiffres d'affaires sous contrôle réel direct ou indirect des opérateurs ultimes, mais n'inclut pas les transactions internes entre les opérateurs contrôlés par une même entité ultime<sup>432</sup>, dans la mesure où les transactions consolidées entre opérateurs sous contrôle de la même entité ultime sont dispensées de la notification de concentration ;
- (3). Le périmètre de l'opérateur avec lequel il a une relation de contrôle avant la notification est pris en compte, en revanche, le chiffre d'affaires de l'opérateur qui a perdu le contrôle au moment de la notification n'est pas inclus dans le chiffre d'affaires de l'opérateur participant à la concentration ; inversement, le chiffre d'affaires de l'opérateur qui a acquis le contrôle au moment de la notification est inclus dans le chiffre d'affaires de l'opérateur participant à la concentration ;
- (4). Lorsqu'un participant à une concentration acquiert une partie du capital ou des actifs d'un autre opérateur, le chiffre d'affaires de cette part et de tous les opérateurs sous son contrôle direct ou indirect est pris en compte ;

---

<sup>431</sup> Lignes directrices, 29 sept. 2018, *sur la notification des concentrations*, art. 5 et 8.

<sup>432</sup> Lignes directrices, *sur la notification des concentrations*, préc., art. 6.

- (5). En cas de contrôle conjoint, le chiffre d'affaires cumulé des parties contrôlantes est retenu ;
- (6). En cas de contrôle conjoint entre un opérateur participant à la concentration et un opérateur n'y participant pas, le chiffre d'affaires de l'opérateur participant à la concentration est calculé au *pro rata* de sa participation dans l'entité commune ;
- (7). Le chiffre d'affaires mondial de l'opérateur correspond au chiffre d'affaires cumulé réalisé en Chine et à l'étranger ;
- (8). Les concentrations qui ne répondent pas aux critères de notification et qui sont réalisées par le même opérateur plusieurs fois au cours d'une période de deux ans sont considérées comme une seule opération de concentration et le chiffre d'affaires est calculé en combinant les multiples opérations.

**299.** Selon l'article 18 des *lignes directrices anti-monopole pour le secteur des plateformes*<sup>433</sup> de 2021, le chiffre d'affaires du secteur des plateformes comprend les revenus qu'il tire de la vente de produits et de services. Le calcul du chiffre d'affaires peut varier en fonction des pratiques du secteur, de la manière dont les frais sont facturés, du modèle d'entreprise, du rôle de l'opérateur de la plateforme, etc. Cela donne à l'autorité le pouvoir de calculer le chiffre d'affaires des entreprises des plateformes en multiméthodes pour voir si les conditions de notification sont remplies.

**300.** Ces modalités de calcul du chiffre d'affaires notifié d'une concentration s'appliquent à toutes les industries, à l'exception du secteur financier<sup>434</sup>.

---

<sup>433</sup> Lignes directrices, 7 févr. 2021, pour la lutte contre le monopole dans le domaine de l'économie des plateformes.

<sup>434</sup> Selon les « Mesures de calcul du chiffre d'affaires de la notification de concentration du secteur financier », le secteur financier comprend : les banques commerciales, les coopératives de crédit urbain, les coopératives de crédit rural, les banque politiques, les sociétés de valeurs mobilières, les sociétés de contrats à terme, les sociétés de gestion de fonds, les sociétés d'assurance, etc.

## B) LE CRITÈRE DE CONTRÔLE

**301.** En sus du critère tenant au chiffre d'affaires, une opération doit satisfaire à des critères de contrôle. L'article 25 de la loi de la concurrence distingue trois cas de prise de contrôle : (1) une fusion ; (2) une acquisition du contrôle par l'acquisition de capitaux ou d'actifs ; (3) l'opérateur acquiert un contrôle ou peut exercer une influence déterminante sur les autres opérateurs par le biais contractuel ou par d'autres moyens. En résumé, les éléments constitutifs d'une concentration sont les transferts de contrôle, soit par fusion ou acquisition, soit par l'exercice d'une influence déterminante. Les définitions d'opérateur, d'opérateur pertinent, de contrôle et d'influence déterminante sont exposées plus en détail ci-dessous.

**302. L'opérateur.-** L'article 15 de la loi de la concurrence dispose que « les opérateurs sont des personnes morales, des organisations économiques et des personnes physiques qui ont des activités consistant à fournir des biens ou des services, dans un but lucratif ». Les entreprises publiques étant des personnes morales, les fusions et acquisitions auxquelles elles se livrent doivent être notifiées, en accord avec les « Mesures administratives pour la supervision des transactions de capitaux d'entreprises publiques »<sup>435</sup>, afin de prévenir la perte d'actifs publics. En particulier, les opérations entre entreprises publiques doivent être notifiées dès lors qu'elles satisfont aux critères de chiffre d'affaires et de transfert de contrôle.

**303.** Une exemption est toutefois prévue à l'article 27, paragraphe 2 de la loi de la concurrence, lorsque plus de 50% des actions avec droit de vote ou des actifs de chaque opérateur participant à la concentration sont détenus par le même opérateur, auquel cas le « transfert de contrôle » est purement formel. Les qualifications d'opérateur sont précisées à l'article 15 de la loi. En ce qui concerne les opérations entre entreprises publiques sous contrôle du SASAC, il convient de noter que la loi de la concurrence ne considère pas les organes et institutions de l'État comme des opérateurs. La SASAC n'exerce que le pouvoir de supervision et n'a pas de contrôle effectif. En conséquence, les opérations entre entreprises publiques sous sa supervision doivent être notifiées lorsque les critères

---

<sup>435</sup> Mesures administratives, 24 juin 2016, pour la supervision des transactions de capitaux d'entreprises publiques.

applicables sont remplis. Le non-respect de l'obligation de notification est sanctionné dans les conditions prévues à l'article 58 de la loi de la concurrence<sup>436</sup>.

**304.** Le *formulaire de déclaration pour l'examen de la concentration*<sup>437</sup> énumère six catégories d'opération : fusion par absorption, fusion par création, acquisition par prises de participation, acquisition par prise d'actifs, acquisition par contrat ou par l'exercice d'une influence déterminante (y compris les structures VIE<sup>438</sup>), une nouvelle création d'entreprise. La qualification d'opérateur participant à une opération dépend de la nature de celle-ci : (1) dans le cas d'une fusion par absorption ou par création, l'ensemble des parties à la fusion sont des opérateurs participant à la concentration ; (2) lorsque le contrôle est obtenu par le biais de l'acquisition de capitaux ou d'actifs, les opérateurs qui prennent le contrôle sont des opérateurs participant à la concentration ; (3) lorsque le contrôle ou une influence déterminante est acquis par le biais contractuel, les opérateurs qui obtiennent le contrôle ou une influence déterminante sont des opérateurs participant à la concentration ; (4) dans le cas d'une nouvelle création, les opérateurs participants à la concentration sont les opérateurs qui contrôlent conjointement l'entreprise commune. En revanche, si l'entreprise commune est contrôlée par un seul opérateur, l'opération ne constitue pas une concentration ; (5) dans le cas d'une création d'entreprise commune par le biais d'une opération dans laquelle l'entreprise préexistante continue d'exister.

**305.** Il existe alors deux possibilités. Soit l'entreprise préexistante qui était la seule partie contrôlante avant l'opération conserve le contrôle ou est capable d'exercer une influence déterminante après l'opération ; dans ce cas, elle n'est pas considérée comme un opérateur participant à la concentration, car le transfert de contrôle n'est pas caractérisé. Soit, elle perd le contrôle ou sa faculté d'exercer une influence déterminante après

---

<sup>436</sup> Loi, 24 juin 2022, *de la concurrence*, art. 58 « Lorsqu'un opérateur réalise une opération de concentration en violation des dispositions de la loi et qu'elle a ou peut avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence, l'autorité de la concurrence ordonne la suspension de la réalisation de l'opération, la cession d'actions ou d'actifs, le transfert d'activités dans un délai fixe, et/ou la prise d'autres mesures nécessaires pour rétablir le statut qu'avant la concentration, et/ ou impose une amende ne dépassant pas 10% de chiffres d'affaires de l'année précédente. Une amende pouvant aller jusqu'à cinq millions de yuans peut être imposée ».

<sup>437</sup> Formulaire de déclaration, 6 juin 2012, *pour l'examen de la concentration*.

<sup>438</sup> Les Lignes directrices, 7 févr. 2021, *pour la lutte contre le monopole dans le domaine de l'économie des plateformes* précisent que les transactions impliquant des structures VIE doivent être déclarées et examinées et s'appliquent quel que soit le type d'entreprise, à condition qu'il existe une structure de contrôle convenue pour l'opérateur, la société cible, ou le bénéficiaire effectif de l'entreprise.

l'opération et dès lors elle est considérée comme un opérateur participant à la concentration.

**306. S'agissant du contrôle et de l'influence déterminante.-** L'article 3 du « Guide sur les seuils de notification préalable des concentrations » indique que le contrôle au sens de la concentration comprend le contrôle solo et conjoint. La détermination du fait qu'un opérateur a acquis le contrôle ou exerce une influence déterminante par le biais d'une opération dépend d'un grand nombre de facteurs juridiques et factuels.

**307.** Les facteurs juridiques peuvent inclure : (1) les accords de concentration ou les statuts des entreprises concernées ; (2) l'acquisition de plus de 50% des actifs ou des actions avec droit de vote ; (3) le fait que l'opérateur acquiert une participation majoritaire relative avec des droits de vote ou de veto malgré l'acquisition de moins de 50% des actions ou des actifs ; (4) en l'absence d'un accord de concentration ou d'une base claire dans les statuts, ainsi que dans le cas d'un actionnariat fragmenté, le fait que l'opérateur puisse prendre des décisions stratégiques significatives ou exercer une influence déterminante même s'il acquiert une participation minoritaire.

**308.** Les éléments factuels se réfèrent, sans s'y limiter, aux sept critères suivants : (1) l'objectif et le plan de l'opération ; (2) la structure de l'actionnariat et les changements après l'opération ; (3) le mécanisme de vote à l'assemblée générale ; (4) le mécanisme de vote du Conseil d'administration et du Conseil de surveillance ; (5) la nomination et la révocation des cadres supérieurs ; (6) l'existence de parties agissant de concert entre les actionnaires et les administrateurs ; (7) l'existence d'une relation commerciale significative entre les opérateurs.

### C) LES CRITÈRES DE FOND POUR L'EXAMEN DE LA CONCENTRATION

**309.** Lorsqu'une concentration répond aux critères de notification, la procédure de notification est engagée. À la suite du processus de l'examen, l'autorité prend une décision sur la base de critères de fond. Ces critères de fond se divisent en deux catégories : les critères généraux (1) ; les critères liés aux facteurs économiques (2).

## 1). Les critères généraux

**310.** L'article 34 de la loi sur la concurrence dispose que « si la concentration a ou peut avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence, l'autorité prend une décision d'interdiction ; toutefois, si l'opérateur peut prouver que les effets bénéfiques de la concentration sont nettement supérieurs aux effets négatifs, ou bien si cet effet correspond à l'intérêt public, l'autorité peut ne pas prendre une décision d'interdiction ». Cet article confère à l'opérateur le droit de se défendre dans le cas où il peut prouver que la concentration a un effet plus favorable que défavorable sur la concurrence ou qu'elle est dans l'intérêt public. L'autorité doit donc procéder à un examen des facteurs économiques sur la concentration.

## 2). Les critères économiques

**311.** L'article 33 de la loi de la concurrence indique que les critères économiques considérés par l'autorité de la concurrence recouvrent six éléments : (1) les parts des opérateurs concernés et leur degré d'influence sur les marchés en cause ; (2) la proportion de la concentration sur les marchés en cause ; (3) l'impact de la concentration sur l'accès au marché et le développement technologique ; (4) l'impact sur les consommateurs et les autres opérateurs concernés ; (5) l'impact sur le développement économique national ; (6) tout autre élément ayant un impact sur la concurrence. Il faut davantage cerner le marché en cause afin de mieux apprécier ces critères.

**312. La définition du marché en cause.-** Afin de déterminer l'impact spécifique sur le marché et ses intervenants, il convient de clairement délimiter le marché en cause. L'examen d'une concentration est une intervention efficace car il peut empêcher que le marché ne soit dominé par de grands capitaux et ne tombe dans un schéma de concurrence viciée voire dans une situation non concurrentielle qui pourrait compromettre les intérêts des consommateurs et la capacité des entreprises à innover. Le *Guide pour la définition du marché pertinent*<sup>439</sup> définit ainsi le marché : « la gamme de biens et la zone

---

<sup>439</sup> Guide, 24 mai 2009, pour la définition du marché pertinent.



géographique dans laquelle les opérateurs sont en concurrence pour des biens ou des services spécifiques pendant une période donnée ». Ainsi, les éléments pertinents regroupent à la fois la nature du produit, le lieu de distribution et la temporalité, incluant des facteurs tels que la durée d'utilisation ou la saisonnalité, et des facteurs liés aux droits de propriété intellectuelle.

**313. Les méthodes de la définition du marché en cause.**- La base pour définir les marchés en cause est donnée dans la ligne directrice comme étant l'analyse de la substituabilité du côté de la demande et l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre. L'analyse de la substituabilité du côté de la demande est généralement basée sur la qualité et le prix du bien ou d'autres facteurs. Plus le degré de substitution entre un produit A et un produit B est élevé du point de vue du consommateur, plus la relation concurrentielle entre les deux produits est forte sur le plan qualité et/ou tarifaire, et plus, ces deux produits seront considérés comme appartenant au même marché en cause. L'analyse de la substituabilité du côté de l'offre détermine le degré de substitution entre différents produits de base du point de vue de l'opérateur.

**314.** Les facteurs déterminant le degré de substitution sont identifiés par les intrants nécessaires pour modifier les installations de production, les risques à prendre pour changer de production ainsi que les délais d'entrée sur le marché cible. Cela signifie également que si les opérateurs sont similaires en termes moyens de production tels que l'équipement et la technologie, alors les produits alternatifs vers lesquels ils peuvent se tourner sont susceptibles d'appartenir au même marché concurrentiel et au même marché en cause. Le marché en cause est ainsi défini par deux sujets principaux : le demandeur (consommateur) et le fournisseur (l'opérateur). Tout dépend de l'existence d'une substitution ou d'une substitution potentielle. S'il n'y a pas de substituabilité des produits ou des moyens de production, aucun lien direct avec le marché ou de concurrence ne peut être établi, et il ne s'agira au mieux que d'un marché en cause potentiel.

**315.** En complément de ces deux méthodes d'analyse, la ligne directrice propose une troisième méthode pour définir le marché en cause lorsque l'étendue du marché sur lequel l'opérateur est en concurrence n'est pas suffisamment claire ou facile à déterminer : un test d'élasticité croisé. Ce test dénommé « SSNIP » (*Small but Significant Non-*

*transitory Increase in Price*) définit le marché en cause en identifiant l'ensemble minimal de biens et la zone géographique dans lesquels l'acteur provoquant le monopole est supposé pouvoir maintenir les prix au-dessus des niveaux de prix concurrentiels.

**316.** Le marché de produits en cause se doit d'être défini avant le marché géographique en cause, mais la méthode est identique dans les deux cas. Selon les préconisations de la ligne directrice, l'analyse des biens proposés par l'opérateur se déroule de la manière suivante. Supposons qu'un produit A est commercialisé par un hypothétique acteur provoquant le monopole qui cherche à maximiser ses profits, et qu'il augmente, le prix du produit de base de 5 à 10 % par an sans changement tarifaire pour les autres produits de base. Si les acheteurs peuvent se tourner vers l'achat d'un produit concurrent B, entraînant ainsi une baisse des ventes du produit A, mais que cette dernière demeure malgré tout rentable, alors on considère que le produit A constitue à lui seul un marché de produit en cause, et l'analyse prend fin.

**317.** En revanche, si la marge bénéficiaire du produit A disparaît, alors les produits A et B doivent être regroupés dans un pool de produit et l'analyse se poursuit en appliquant une hausse tarifaire de 5 à 10 % à ces deux produits. S'il existe un produit de substitution C vers lequel les acheteurs se reportent, sans remettre en cause la rentabilité des produits A et B, alors le marché en cause se limite à ces derniers et l'analyse est terminée. Dans le cas contraire, le produit C est intégré au pool. Si l'on suppose que l'acteur provoquant le monopole peut encore réaliser des bénéfices en augmentant les prix. Le marché de produit en cause continue ainsi de s'étendre tant que la rentabilité du pool de produits n'est pas remise en cause par des augmentations de prix. Le marché de produit en cause peut être délimité. À mesure que la collection de produits devient de plus en plus grande, la substituabilité des autres produits devient de plus en plus faible. Lorsque les produits alternatifs ne sont plus en mesure de remettre en cause la rentabilité des produits dans le pool existant à la suite d'une hausse tarifaire, le marché en cause sera délimité et l'analyse prend fin.

**318.** Les idées ci-dessus s'appliquent également à la définition des marchés géographiques. Les conditions de vente géographiques d'un produit de base restent inchangées, si ce produit est rentable en augmentant le prix du produit A de 5 à 10 %

pendant un an dans la zone géographique cible, et la zone géographique cible devient le marché géographique en cause. En revanche, si l'augmentation de prix n'est plus rentable, il faut continuer à étendre la zone géographique jusqu'à ce que l'augmentation tarifaire devienne avantageuse, à l'issue de quoi ces zones géographiques seront considérées comme des marchés géographiques en cause<sup>440</sup>.

**319.** En conclusion, l'autorité chinoise adopte les trois méthodes pour définir le marché en cause. L'accent est mis sur l'analyse de la substituabilité du côté du demandeur, complétée par l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre, ainsi qu'un test d'élasticité croisé. Les facteurs qui déterminent si un opérateur a acquis ou accru son contrôle sur le marché comprennent la part de marché, le degré de substitution des produits ou des services, la capacité à contrôler les marchés de vente ou les marchés d'approvisionnement en matières premières, la capacité de changer de fournisseur, les conditions financières et les techniques de l'opérateur<sup>441</sup>. La détermination de la concentration du marché est également mesurée par l'indice Herfinderdhal Hirschman (HHI)<sup>442</sup> et le taux de concentration de l'entreprise (CRn).

## §2. LA PROCÉDURE D'EXAMEN

**320.** Lorsqu'une opération répond aux critères d'une concentration, les opérateurs concernés sont tenus de la notifier à l'autorité de la concurrence. Une prénotification (A) précède la notification (B). L'autorité examine l'opération conformément à la procédure prévue par la loi de la concurrence (C) avant de prendre une décision au terme de l'examen (D).

### A) LA PRÉ-NOTIFICATION

---

<sup>440</sup> Guide, 24 mai 2009, *pour la définition du marché pertinent*, préc., art. 10.

<sup>441</sup> Dispositions provisoires, 2 sept. 2011, *sur l'évaluation de l'impact de la concentration*, art. 5.

<sup>442</sup> L'IHH est inférieur à 1500 sont considérés comme concurrentiels, ceux dont l'IHH est compris entre 1500 et 2500 sont considérés comme modérément concentrés et ceux dont l'IHH est égal ou supérieur à 2500 sont considérés comme fortement concentrés.

**321.** La prénotification n'est pas une procédure obligatoire. Cette phase préparatoire facultative permet à l'opérateur d'ouvrir le dialogue avec l'autorité de la concurrence en vue de préparer le dossier de notification. L'avantage de cette procédure est d'augmenter la prévisibilité de l'approbation, ainsi d'envisager une procédure simplifiée le cas échéant.

### B) LA NOTIFICATION

**322.** Une procédure standard de notification est envisagée directement si les opérateurs n'ont pas demandé de prénotification. Les éléments constitutifs de cette tâche, les dossiers à déposer, ainsi que les échéances de la procédure sont des questions essentielles. Les obligations de notification dépendent de la nature de l'opération<sup>443</sup> : (1) dans le cas d'une concentration réalisée par voie de fusion, l'obligation de notification incombe aux opérateurs des parties impliquées dans la fusion ; (2) dans les autres cas, la responsabilité de la notification incombe à l'opérateur qui acquiert le contrôle ou est en mesure d'exercer une influence déterminante ; (3) lorsque plusieurs opérateurs sont concernés par une notification, ils peuvent la soumettre conjointement ou bien désigner l'un d'entre eux comme responsable de la notification. Si l'un des opérateurs manque à son obligation de notification, les autres opérateurs en sont tenus responsables.

**323.** La notification d'une opération doit être réalisée dès la signature d'un accord d'achat, d'actions, d'une lettre d'intention, ou encore de tout autre document juridiquement contraignant.

**324.** Concernant les dossiers déposés, l'article 28 de loi de la concurrence dispose que les opérateurs doivent déposer les dossiers suivants :

- (1). Le rapport de notification ;

---

<sup>443</sup> Règles, 20 fév. 2023, pour l'examen des concentrations, préc., art. 13.

- (2). La description de l'impact de la concentration sur la situation concurrentielle du marché en cause. Cette description joue un rôle central dans l'examen au fond de l'opération par l'autorité de la concurrence. Il doit fournir une vue d'ensemble de l'opération de concentration ; une définition du marché en cause ; les parts de marché des opérateurs concernés sur le marché en cause et leur capacité de contrôle du marché ; les principaux concurrents et leurs parts de marché ; la concentration du marché ; les barrières à l'entrée sur le marché en cause ;
  
- (3). Les accords de la concentration ;
  
- (4). Le rapport de comptabilité financière de l'exercice précédent certifié par le cabinet comptable de l'opérateur concerné ;
  
- (5). Tout autre document, ou information réclamée par l'autorité de la concurrence.

**325.** Si l'autorité de la concurrence constate que les documents et informations apportées sont incomplets, il peut demander au déclarant des compléments dans un délai déterminé. Tout retard entraîne la nullité de la déclaration, et si le déclarant dissimule délibérément des informations importantes ou fournisse de fausses informations, l'autorité de la concurrence refusera la demande d'approbation de l'opération et pourra envisager des sanctions.

### C) L'EXAMEN DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

**326.** La décision d'ouvrir un dossier sera prise après que l'autorité aura examiné le dossier et constaté qu'il répond aux critères. En fonction de l'opération, elle fera l'objet d'une procédure simplifiée (1) ou standard (2).

### 1). L'application d'une procédure simplifiée

**327.** En vertu de l'article 19 des *règles pour l'examen des concentrations*, les opérateurs peuvent déclarer en tant qu'affaires simplifiées :

- (1). Sur le même marché pertinent, les parts de marché des opérateurs concernés sont inférieures à 15 % ; sur les marchés en amont et en aval, les parts de marchés des opérateurs participant à la concentration sont inférieures à 25 % ; et les parts de marché des opérateurs participant à la concentration qui ne sont pas sur le même marché pertinent et qui n'ont pas de relation en amont ou en aval sont inférieures à 25 % sur chacun des marchés sur lesquels porte l'opération ;
- (2). Lorsque l'opérateur participant à la concentration crée une entreprise commune en dehors de la Chine et que l'entreprise commune n'exerce pas d'activité économique en Chine ;
- (3). Lorsque l'opérateur participant à la concentration acquiert le capital ou les actifs d'une entreprise étrangère qui n'exerce pas d'activité économique. En parallèle, les dispositions prévoient des exceptions relatives à cette application.

**328.** Les affaires suivantes ne sont pas considérées comme des affaires simplifiées même si elles sont conformes à l'article 19 des règles: (a) lorsqu'une entreprise commune a le contrôle exclusif de l'un des opérateurs par le biais d'une concentration, et qui est un concurrent sur le même marché pertinent que l'entreprise commune et détient une part de marché cumulée de plus de 15 % ; (b) lorsque le marché en cause est difficile à définir ; (c) lorsque la concentration peut avoir un effet négatif sur l'accès au marché et le progrès technologique ; (d) lorsque la concentration peut avoir un impact négatif sur les consommateurs et les autres opérateurs concernés ; (e) lorsque la concentration peut avoir un impact négatif sur le développement de l'économie nationale ; (f) dans d'autres

circonstances qui peuvent avoir un impact négatif sur le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché.

## 2). L'application d'une procédure standard

**329.** En dehors des circonstances décrites ci-dessus, qui donnent lieu à une procédure simplifiée, la procédure standard est appliquée.

**330. La phase I.-** En vertu de l'article 30 de la loi de la concurrence, la décision d'examen de la première phase doit être prise dans un délai de 30 jours à compter de la date de dépôt de la demande, soumise par écrit, et détermine l'opportunité d'ouvrir une procédure de fonds. Si aucune décision n'intervient à l'expiration de ce délai, l'opération est réputée approuver. En revanche, les affaires en procédure simplifiée sont soumises à un délai de 45 jours.

**331. La phase II.-** Dès lors que l'autorité de la concurrence décide d'ouvrir une procédure de fond, la décision doit être rendue dans un délai de 90 jours. Ce délai peut être prolongé une fois de 60 jours maximum dans les cas suivants<sup>444</sup> : (1) les opérateurs sont d'accord pour prolonger la période d'examen ; (2) certains documents ou informations présentés sont inexacts et l'autorité doit procéder à des vérifications ; (3) les circonstances pertinentes ont changé de manière significative depuis la notification. Dans tous les cas, si l'autorité n'a pas pris de décision après 180 jours, l'opération est considérée comme validée.

**332. Le système de suspension- « *Stop the clock* ».-** L'article 32 de la loi sur la concurrence introduit un mécanisme dénommé « *Stop the clock* », qui permet d'ajuster les échéances de l'examen aux différents types d'affaires de concentration. L'autorité de la concurrence suspend le calcul de la période d'examen dans les cas suivants : (1) les documents et informations ne sont pas requis ; (2) de nouvelles circonstances ou de nouveaux faits d'importance doivent être vérifiés ; ou (3) les opérateurs concernés demandent un sursis afin de se conformer à de nouvelles conditions restrictives. Ce

---

<sup>444</sup> Loi, 24 juin 2022, de la concurrence, préc., art. 26.

mécanisme est une solution bien adaptée à l'exigence initiale selon laquelle la période d'examen ne doit pas dépasser 180 jours. Dans la pratique, de nombreux cas nécessitent une période plus longue, et il arrive que l'autorité de la concurrence demande à la partie déposante de retirer puis de déposer à nouveau sa demande afin que la période d'examen puisse être recalculée.

**333.** En conséquence, cela aboutit à des coûts supplémentaires pour les opérateurs. Pourtant ce système a été largement introduit dans les pays occidentaux pour faire face aux aléas de la mise en pratique de la réglementation.

#### D) LA DÉCISION AU TERME DE L'EXAMEN

**334.** À l'issue de la procédure d'examen, quatre types de décisions peuvent être prises par l'Autorité de la concurrence : l'autorisation (1), l'autorisation sous conditions (2), l'interdiction (3) et la sanction (4).

##### 1). L'autorisation

**335.** À l'issue de l'examen, l'autorité valide toute opération qui n'a pas ou ne peut pas avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence. Il peut même s'agir d'une approbation tacite lorsque l'autorité ne rend pas de décision dans les délais prévus.

##### 2). L'autorisation sous conditions

**336.** Lorsque l'autorité considère que la concentration a ou peut avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence, il en notifie les opérateurs concernés et leur fixe un délai raisonnable durant lequel ils sont invités à présenter des engagements écrits assortis de conditions restrictives afin de pallier les possibles conséquences négatives de l'opération. Selon l'opération, les conditions restrictives peuvent inclure<sup>445</sup> :

---

<sup>445</sup> Règles, 20 fév. 2023, pour l'examen des concentrations, préc., art. 40.



- (1). Des engagements structurels tels qu'une cession d'actifs corporels ou incorporels comme la propriété intellectuelle, ou une filiale, une succursale ou une unité commerciale. Le cédant doit trouver un acheteur approprié pour l'activité cédée et conclure un accord de vente dans un délai déterminé avec l'approbation de l'autorité de la concurrence. L'acheteur doit être indépendant des opérateurs concernés, être en mesure de réaliser l'opération de cession de manière autonome, et ne doit notamment pas solliciter de financement pour l'achat des activités cédées à des opérateurs participant à la concentration<sup>446</sup> ;
  
- (2). Des conditions comportementales telles que l'accès des clients aux réseaux ou aux plates-formes, l'autorisation des licences sur des technologies clés, notamment les brevets, des savoir-faire exclusifs ou d'autres droits de propriété intellectuelle, ainsi que la réalisation d'accords d'exclusivité ;
  
- (3). Une combinaison d'engagements structurels et de conditions comportementales.

**337.** Si la partie notifiant fait, dans le délai prescrit, une proposition d'engagement suffisante pour éliminer les effets négatifs sur la concurrence, l'opération sera approuvée de manière définitive par l'autorité de la concurrence.

### 3). L'interdiction

**338.** En pratique, l'autorité interdit rarement les opérations de concentration, sauf si elle considère que l'opération risque de mettre le bon fonctionnement du marché en péril même avec des engagements conditionnels. L'interdiction concerne donc l'un ou l'autre des deux cas suivants : (a) si la partie notifiant ne soumet pas de proposition conditionnelle dans le délai prescrit ou si la proposition soumise est insuffisante pour éliminer les effets négatifs sur la concurrence ; (b) si l'opération de concentration est susceptible d'avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence.

---

<sup>446</sup> Règles, 20 fév. 2023, pour l'examen des concentrations, préc., art. 46.

#### 4). La sanction

**339.** Un total de sept mesures administratives ou pénales sont prévues pour sanctionner les infractions aux règles de la concentration :

- (1). Une double sanction pour non-respect de notification d'une concentration et « *Gun-jumping* ». Plus précisément, l'autorité de la concurrence peut imposer une amende allant jusqu'à 5 millions de RMB ou 10 % du chiffre d'affaires de l'année précédente du groupe de l'opérateur en cas de non-respect de l'obligation de notification ou s'il a mené à bien une opération avant qu'elle ne soit autorisée, une infraction dénommée « *gun-jumping* » ; la version 2008 de la loi de la concurrence avait fixé la condamnation à 500.000 RMB, une sanction insuffisante qui a depuis été alourdie en conformité avec les normes internationales ;
  
- (2). L'autorité de la concurrence peut exiger la cessation de la concentration si elle est réalisée en contravention aux dispositions réglementaires et a pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence, y compris l'annulation de toute cession d'actions ou d'actifs qui aurait pu intervenir, ainsi qu'imposer une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de l'année précédente ; si la concentration n'a pas pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence, le montant de l'amende est limité à 5 millions de RMB<sup>447</sup> ;
  
- (3). Si le notifiant refuse de soumettre des dossiers ou des informations concernant l'opération, fournit de faux dossiers ou éléments se rend coupable de dissimulation, destruction ou transfert de preuves, ou bien commet toute autre entrave à l'enquête, l'autorité de la concurrence ordonnera la rectification et imposera une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de l'année précédente ou, si ce montant est difficile à calculer, une amende fixée à 5 millions RMB pour une personne morale, et 500.000 RMB

---

<sup>447</sup> Loi, 24 juin 2022, *de la concurrence*, préc., art. 58.

pour une personne physique. En cas d'abus caractérisé, l'amende peut être multipliée par cinq. Si les circonstances sont suffisamment graves pour constituer un délit, la responsabilité pénale est recherchée<sup>448</sup> ;

- (4). Une sanction en « *soft law* » prévue dans la nouvelle loi sur la concurrence dans sa version 2022 : les opérateurs qui font l'objet de sanctions administratives pour violation de la réglementation sont inscrits au fichier des mauvais crédits. Si l'opérateur a de mauvais crédits, il lui sera difficile de maintenir des relations avec des banques ou encore les diverses administrations chinoises ;
- (5). Dans le cadre d'une opération soumise à des conditions restrictives, lorsque le mandataire manque à ses obligations, l'opérateur peut être tenu de le remplacer et se voir infliger une amende allant jusqu'à 100.000 RMB<sup>449</sup> ;
- (6). Lorsque l'acheteur d'une activité cédée manque à ses obligations, empêchant la réalisation des conditions restrictives, une amende pouvant aller jusqu'à 100.000 RMB est prévue<sup>450</sup> ;
- (7). Les autres cas donnant lieu à une sanction pénale incluent les hypothèses suivantes : (i) lorsqu'un inspecteur de l'autorité de la concurrence abuse de son pouvoir en divulguant des secrets commerciaux d'une manière qui constitue un délit<sup>451</sup> ; (ii) en vertu de l'article 67 de la loi de la concurrence, tout comportement délictuel de la part d'un opérateur serait pénalisé. Cependant, si l'opérateur d'une concentration encourt une responsabilité pénale, le droit pénal chinois actuel n'a pas encore été modifié en ce sens et la responsabilité pénale spécifique n'a pas encore été précisée.

---

<sup>448</sup> Loi, 24 juin 2022, *de la concurrence*, préc., art. 62 et 63 ; Règles, 20 fév. 2023, *pour l'examen des concentrations*, préc., art. 67.

<sup>449</sup> Règles, 20 fév. 2023, *pour l'examen des concentrations*, préc., art. 72.

<sup>450</sup> Règles, 20 fév. 2023, *pour l'examen des concentrations*, préc., art. 73.

<sup>451</sup> Loi, 24 juin 2022, *de la concurrence*, préc., art. 54.

**340.** En cas de contestation d'une sanction administrative, l'opérateur peut dans un premier temps demander un réexamen administratif puis engager d'autres procédures administratives.

**341. Conclusion de la section.-** Une bonne structure de marché maintient son dynamisme, permettant aux entreprises d'innover et d'avoir une concurrence saine. La modernisation du droit de la concurrence chinois, connu sous le nom de « constitution économique », est venue appuyer et encadrer le développement économique du pays depuis les années 2000. Hissée au second rang des destinations mondiales pour les investissements étrangers, la Chine a connu une augmentation concomitante du nombre d'examens des concentrations. Le projet d'amendement sur les « Dispositions sur la norme de notification pour des concentrations » a augmenté les seuils relatifs au chiffre d'affaires déclenchant la notification. En outre, même si le chiffre d'affaires est inférieur à ces seuils, une obligation de notifier existe lorsque deux autres critères alternatifs sont réunis.

**342.** Ces modifications ont d'un côté pour objet d'encourager les opérations sur les start-ups afin de faciliter leur regroupement et de l'autre de protéger les *start-ups* innovantes contre les « *killer acquisitions* ». En effet, dans la plupart des cas, le chiffre d'affaires des start-ups ne répond pas aux critères principaux de notification de sorte que les grandes multinationales en profitaient pour acquérir des *start-ups* aux projets concurrents afin de tuer la concurrence dans l'œuf. Enfin, indépendamment de ces différents critères, l'autorité du contrôle des concentrations peut exiger une notification et effectuer un contrôle lorsqu'il existe des preuves que l'opérateur a ou est susceptible d'avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence. Un dernier point mérite d'être souligné que le législateur souhaite établir un « système d'examen classifié et gradué »<sup>452</sup> dans les domaines concernant l'économie nationale et les moyens de subsistance nationaux. Il s'agirait alors de cumuler les trois examens que sont l'examen des concentrations, l'examen des investissements étrangers et l'examen de la sécurité nationale.

---

<sup>452</sup> Une introduction du système d'examen classifié et gradué est précisée aux articles 37 de la loi *de la concurrence* et 6 des règles *pour l'examen des concentrations*.

**343. Conclusion du chapitre.-** Il existait, pour les seuls investissements étrangers, un chevauchement entre le contrôle des investissements et le contrôle des investissements relatif à la sécurité nationale. Depuis 2020, ces deux contrôles ont des domaines exclusifs, propres à certains secteurs économiques. Quant au contrôle des concentrations, l'examen s'applique aussi bien aux investissements étrangers qu'aux investissements nationaux et quel que soit le secteur d'activité, seules des conditions objectives de notification, telles que les critères tenant au chiffre d'affaires ou au transfert de contrôle sont posées. De ce fait, un chevauchement est possible entre le contrôle des concentrations et les contrôles précédents lorsque la concentration est dans un des domaines des seconds et remplit les conditions du premier. En réaction, une intervention du législateur est nécessaire pour assurer leur compatibilité réciproque<sup>453</sup>. Ce mouvement a vocation à perdurer.

**344.** Ces trois examens servent trois objectifs différents qui ont tous un impact significatif sur l'économie interne. L'examen de la concentration protège la diversité de l'économie contre le monopole. L'examen des investissements étrangers est quant à lui fondé sur une liste négative, dans un but de protéger certains secteurs spécifiques en restreignant les investissements étrangers par des exigences en matière d'actionariat ou de nationalité au point que certains secteurs sont interdits aux investissements étrangers. Enfin, l'examen de la sécurité nationale engage la sécurité de l'État. La notion de sécurité nationale n'est pas restreinte à la défense nationale au sens traditionnel, de nos jours elle s'étend à la sécurité économique nationale, ce qui n'est pas sans poser de problèmes.

**345.** Afin de favoriser le développement économique et attirer les investissements étrangers, l'autorité chinoise révisé et réduit régulièrement la liste négative du contrôle des investissements. On peut penser qu'à terme ce contrôle aura vocation à disparaître ; autrement dit que seuls deux examens subsisteront, l'examen de la sécurité nationale et l'examen de la concentration d'autant plus qu'ils sont fortement liés à des considérations géopolitiques et au développement des nouvelles technologies. Pour s'adapter au mieux aux réalités économiques, certains éléments de leur régime peuvent

---

<sup>453</sup> À la fin de l'année 2022, le gouvernement chinois a déjà enlevé des règlements et des mesures normatifs incompatibles avec la loi sur l'investissement étranger, aboutissant à la révision ou l'abrogation de 399 règlements, ou autres documents normatifs ; v. Comité permanent du Congrès national du peuple, *Rapport sur la mise en œuvre de la loi sur l'investissement étranger*, 2022.

être modifiés, comme le seuil de déclenchement relatif au chiffre d'affaires, sans pour autant affecter la nature et la logique du contrôle. Le droit chinois en matière d'investissements étrangers se développe à son propre rythme et présente ainsi une certaine autonomie par rapport aux influences extérieures. Le droit chinois n'a pas connu d'évolutions qui auraient été adoptées en réaction aux investissements européens ou français. L'inverse n'est toutefois pas vrai, le contrôle des investissements étrangers en France et en Europe ayant évolué au gré des investissements étrangers et, en particulier, chinois.

## CHAPITRE 2 : LE CONTRÔLE EN APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

**346.** Il existe deux grands types de contrôle : le contrôle des investissements étrangers et le contrôle des concentrations. Le contrôle relatif aux investissements étrangers se fait en application du droit national, français en l'espèce (**section 1**). L'Union européenne peut cependant émettre un avis à destination des pays membres pour les opérations étrangères affectant la sécurité nationale dès lors qu'elles concernent également l'intérêt de l'Union européenne. Il s'agit d'un mécanisme européen de *soft law* de filtrage des investissements étrangers (**section 2**). De son côté, le contrôle des concentrations se fait par application cumulative des droits français et de l'UE (**section 3**).

### SECTION 1 : LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN FRANCE

**347.** Le gouvernement Pompidou a posé les bases de la libre circulation des capitaux étrangers en France par la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 concernant le contrôle des investissements étrangers, donnant au ministre chargé de l'Économie le pouvoir de refuser les investissements étrangers relatifs aux secteurs d'importance nationale dans le cadre d'approbation préalable. Cette liberté a été circonscrite en 2004, la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 a établi une liste de secteurs et d'activités relevant du contrôle précisé par l'article R. 153-2 du Code monétaire et financier, en conformité avec les règles européennes. Ce changement a été effectué afin d'adapter le mécanisme d'examen des investissements étrangers au nouvel environnement géopolitique et géoéconomique. Les secteurs d'investissement nécessitant une approbation préalable du ministre de l'Économie sont énumérés en onze secteurs stratégiques à partir de 2005. Le gouvernement français a adopté des procédures différenciées pour les investisseurs issus de l'Union européenne et ceux de pays tiers. La définition des investisseurs étrangers fut ensuite élargie en 2009, puis en 2012, de même que le champ des secteurs stratégiques nationaux qui inclut désormais des secteurs d'importance nationale, tels que l'énergie et

les télécommunications. Ces modifications ont enfin permis de garder la branche énergie d'*Alstom* lors de son achat par *General Electric*.

**348.** En réaction à l'acquisition d'*Alstom* par *General Electric* et face à l'émoi des mondes économique et politique, les autorités françaises ont adopté le décret n° 2014-479 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable afin d'octroyer au ministre de l'Économie un droit de veto aux opérations et d'élargir la liste des secteurs et des activités contrôlées. Le contrôle des investissements étrangers est réglementé par la loi du 21 août 2018 relative à la lutte contre les investissements étrangers qui peuvent risquer ou avoir un impact concernant la sécurité nationale et les intérêts de l'ordre public. Les investissements soumis à ce contrôle peuvent inclure des secteurs sensibles tels que la défense, les infrastructures critiques, etc. Les autorités compétentes peuvent imposer des restrictions ou des conditions ou bien une interdiction de l'opération.

**349.** La France a été l'un des premiers pays exportateurs de capitaux. Dès les années 1850-1914, il y a des traces de flux d'investissement entre la France et neuf autres pays industrialisés<sup>454</sup>. À cette époque, le seul investissement français à l'étranger en Asie était au Japon, qui représentait 4,17 % de l'ensemble des investissements à l'étranger<sup>455</sup>. Au cours de cette période, la Chine était en guerre ; les investissements français en Chine étaient nuls et les investissements chinois à l'étranger inexistant. Grâce à sa puissance économique et à ses relations avec d'autres puissances industrielles, la France conserve une attitude accueillante à l'égard des investissements étrangers. La France a ainsi adopté le principe de libre circulation des capitaux depuis 1967<sup>456</sup>, conformément à la politique de l'Union européenne en la matière. Elle adopte un système de filtrage des investissements étrangers selon l'article L. 153-3 du Code monétaire et financier. Ce système est le meilleur moyen pour l'État de filtrer les investisseurs étrangers par l'intervention administrative, en exigeant une approbation préalable du ministère de l'Économie et des

---

<sup>454</sup> G. Guyard, *La réglementation des investissements directs en droit français*, th. Paris II, 1986, p. 15. Ces neuf pays industrialisés sont : les États-Unis, le Canada, la Grande-Bretagne, la Suisse, l'Espagne, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas et la Belgique.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 28-44. Sur le principe de liberté économique et financière de la France vis-à-vis de l'étranger, le ministre de 1967 indiquait : « Le principe est celui de la liberté ». Il faut préciser que le décret du 27 janvier 1967 ne s'applique qu'aux mouvements de capitaux, alors que le décret du 24 novembre 1968 réglemente les relations financières avec l'étranger, y compris les investissements étrangers.



Finances pour toutes les industries liées à la sécurité nationale, à l'ordre public ou à l'intérêt national.

**350.** La France fait partie des pays qui se sont orientés vers davantage de rigidité dans la réglementation des investissements étrangers. Le dispositif de contrôle des investissements étrangers en France (IEF) est constamment mis à jour, et le décret du 27 avril 2020 étend le champ d'application du régime actuel. La Chine n'est pas un contributeur majeur d'investissement direct étranger en France : 65,8 % des projets d'investissement étranger sont réalisés par des investisseurs contrôlants non européens, principalement le Royaume-Uni, les États-Unis et le Canada. Les investisseurs européens comme l'Allemagne, le Luxembourg et l'Italie se partagent le reste (34,2 %) <sup>457</sup>. Bien que le mécanisme de filtrage du droit français n'ait pas vocation à cibler les investissements d'une nation en particulier, la montée en puissance des investissements chinois vient appuyer l'impératif de renforcer le cadre juridique national à l'endroit des investissements étrangers, quelle que soit leur provenance. La réglementation française n'a donc pas été adoptée en contemplation des investissements venus de Chine. Par conséquent, elle ne présente aucune singularité par rapport à n'importe quel autre investissement étranger. Néanmoins, cet état des choses est amené à évoluer. Pour ce qui concerne le contrôle d'investissements étrangers relatif à la sécurité nationale en droit français, la principale distinction est faite entre les investisseurs européens et ceux de pays tiers.

**351.** Les paragraphes suivants traitent des trois sections relatives à l'approbation préalable des investissements étrangers : le domaine d'application du contrôle (§1); la teneur du contrôle (§2); la procédure de contrôle (§3).

#### §1. LE DOMAINE D'APPLICATION DU CONTRÔLE

**352. Le département chargé de formuler la politique industrielle et de réglementer les investissements étrangers.-** Le contrôle des investissements étrangers est attribué à la direction du Trésor, à la direction générale des douanes, à la Banque de

---

<sup>457</sup> Direction générale du Trésor, Contrôle des Investissements Étrangers en France Rapport annuel 2023, Ministère de l'Économie, 2023, p. 12.

France et aux autres banques en 1967 et 1968<sup>458</sup>. Le gouvernement a créé un comité interministériel<sup>459</sup> par la loi du 28 décembre 1966 pour mener des missions concernant les investissements étrangers en France et Français à l'étranger. La direction du Trésor a joué un rôle essentiel à ce sujet, effectuant des contrôles des projets d'investissements étrangers et français à l'étranger, et délivrant une autorisation ou une interdiction.

**353.** Le ministère de l'Économie a seule compétence pour approuver les investissements étrangers. Multicom 4, le bureau du contrôle des investissements étrangers en France, a été créé pour accomplir la mission d'autorisation d'investissement étranger sous les auspices de la Direction générale du Trésor. La procédure de contrôle des investissements étrangers est pilotée par la Direction générale du Trésor et fait intervenir le Comité interministériel des investissements étrangers en France (CIIEF), dont le secrétariat général est assuré par la Direction générale du Trésor. Ce Comité rassemble les institutions administratives dont le champ d'expertise porte sur les secteurs soumis au contrôle. Le Multicom 4 est chargé de vérifier que le contrôle des investissements étrangers est mené à terme<sup>460</sup>. Deux éléments importants relèvent du domaine du contrôle : les compétences du ministre chargé de l'Économie (A) et l'évolution d'un régime réglementaire pour les investissements étrangers (B).

#### A) LES COMPÉTENCES DU MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE

**354.** La loi Pacte de 2019 étend les pouvoirs du ministre de l'Économie en matière d'examen de la préapprobation des investissements étrangers. Cette mesure rend

---

<sup>458</sup> Direction générale du Trésor, Contrôle des Investissements Étranger en France Rapport annuel 2023, op. cit., p. 64.

<sup>459</sup> La composition du comité interministériel dépend de la mission qu'il traite. S'il considère sa mission comme principale le comité est composé par son président, le ministre des Finances, les ministres de Affaires étrangères et de l'Industrie, le gouverneur de la Banque de France, le commissaire au plan, le délégué à l'aménagement du territoire, le directeur général du commerce intérieur et des prix, le directeur des relations économiques extérieures, le directeur du Trésor. Pour une mission complémentaire : le ministre de l'Économie et des Finances, le garde des Sceaux, le ministre des Affaires étrangère, le ministre de l'Équipement, le ministre de l'Agriculture, le ministre de l'Industrie, le ministre des Affaires sociales, le ministre chargé de la Recherche scientifique, le secrétaire d'État au commerce extérieur, le secrétaire général de la Défense nationale.

<sup>460</sup> Le multicom 4 est chargé de coopérer avec le CIIEF dans l'élaboration et l'application des règles relatives à l'examen des investissements étrangers ; de guider les investisseurs sur la manière de réaliser leurs investissements ; de donner des conseils et de présenter des demandes d'approbation d'investissement ; d'assister le ministre de l'Économie dans la rédaction des décisions pertinentes et de mettre en œuvre les pouvoirs réglementaire prévue par la loi ; de coopérer avec le CIIEF pour assurer la transparence vis-à-vis du public ; de promouvoir la recherche sur les système européens et internationaux d'examen des investissements étrangers.

le système d'examen plus flexible face aux différents types d'investissement étranger, renforçant notamment les pouvoirs de rétroactivité et de sanctions administratives dont dispose le ministre de l'Économie, comme la portée des arrêtés ministériels ou le pouvoir de conservation. Pour les investissements étrangers réalisés sans notification préalable ou sans autorisation, le ministre de l'Économie peut prendre des arrêtés et des interdictions en vertu de la loi Pacte.

**355. Le pouvoir rétroactif.-** La loi Pacte établit le pouvoir du ministre de l'Économie de modifier ou d'attacher de nouvelles conditions aux opérations précédemment approuvées.

**356. Les injonctions.-** L'article L. 151-3-1 du Code monétaire et financier dispose que « *si un investissement étranger a été réalisé sans autorisation préalable, le ministre chargé de l'Économie prend une ou plusieurs des mesures suivantes : (1) injonction à l'investisseur de déposer une demande d'autorisation ; (2) injonction à l'investisseur de rétablir à ses frais la situation antérieure ; (3) injonction à l'investisseur de modifier l'investissement* ».

**357. Les mesures conservatoires.-** Le ministre peut prendre des mesures conservatoires dans les cas où des investissements étrangers sont réalisés en violation des conditions prévues par l'examen des investissements étrangers, et qui peuvent affecter ou nuire à l'intérêt national. En vertu de l'article L. 151-3-1, paragraphe I du Code monétaire et financier, le ministre chargé de l'Économie peut également, si la protection des intérêts nationaux mentionnés au I de l'article L. 151-3 est compromise ou susceptible de l'être, prendre les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires. Il peut à ce titre :

*« (1). Prononcer la suspension des droits de vote attachés à la fraction des actions ou des parts sociales dont la détention par l'investisseur aurait dû faire l'objet d'une autorisation préalable ;*

*(2). Interdire ou limiter la distribution des dividendes ou des rémunérations attachés aux actions ou aux parts sociales dont la détention par l'investisseur aurait dû faire l'objet d'une autorisation préalable ;*

(3). *Suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie des actifs liés aux activités définies au même I ;*

(4). *Désigner un mandataire chargé de veiller, au sein de l'entreprise dont relève l'activité mentionnée au I de l'article L. 151-3, à la protection des intérêts nationaux. Ce mandataire peut faire obstacle à toute décision des organes sociaux de nature à porter atteinte à ces intérêts. Sa rémunération est fixée par le ministre chargé de l'Économie ; elle est prise en charge, ainsi que les frais engagés par le mandataire, par l'entreprise auprès de laquelle il est désigné. »*

**358.** S'il estime que les conditions dont est assortie son autorisation en application du II de l'article L. 151-3 ont été méconnues, le ministre prend une ou plusieurs des mesures suivantes :

« (1). **Retrait de l'autorisation.** *Sauf s'il rétablit la situation antérieure à l'investissement, l'investisseur étranger sollicite de nouveau l'autorisation d'investissement prévue au même article L. 151-3 ;*

(2). **Injonction** *à l'investisseur auquel incombait l'obligation non exécutée de respecter dans un délai qu'il fixe les conditions figurant dans l'autorisation ;*

(3). **Injonction** *à l'investisseur auquel incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'il fixe des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée, y compris le rétablissement de la situation antérieure au non-respect de cette obligation ou la cession de tout ou partie des activités définies au I dudit article L. 151-3. »*

**359.** Les mesures de conservation susmentionnées peuvent, sauf en cas de circonstances urgentes et exceptionnelles, donner à l'investisseur étranger le droit de présenter des observations dans un délai de 15 jours et des pénalités de retard peuvent être attachées à l'une des ordonnances susmentionnées.

**360. Les sanctions administratives.-** L'article L. 151-3-2 du Code monétaire et financier dispose que le ministre peut également infliger une sanction pécuniaire dont le montant s'élève au maximum à la plus élevée des sommes suivantes : « (1) *le double du*

*montant de l'investissement irrégulier ;(2) 10 % du chiffre d'affaires annuel de l'entité cible ; (3) cinq millions d'euros pour les personnes morales et un million d'euros pour les personnes physiques ».* Le montant de la sanction pécuniaire est proportionné à la gravité des manquements commis.

**361. Mécanismes de divulgation des données et mécanismes de contrôle parlementaire.-** Les mécanismes de divulgation des données viennent en application du principe de transparence dans l'examen des investissements étrangers. L'article 153 de la loi Pacte dispose que le ministre de l'Économie met à la disposition du public les données relatives à l'examen des investissements étrangers. Toutefois, les dispositions touchant au secret-défense ne sont pas divulguées. Le mécanisme de contrôle parlementaire donne à la Commission des affaires économiques et à la Commission des finances le pouvoir de superviser la conduite des examens des investissements étrangers.

**362.** Selon l'article L. 151-7, I CMF, le gouvernement présente chaque année un rapport au Président de la Commission des affaires économiques et au Rapporteur général de la Commission des finances. Ce rapport présente les mesures gouvernementales visant à protéger et à promouvoir les intérêts économiques, industriels et scientifiques du pays, ainsi que les mesures prises par le gouvernement dans le cadre de l'examen de l'accès aux investissements étrangers. Mais l'article L. 151-7, II CMF confère aux Commissions permanentes des pouvoirs de surveillance. Ces pouvoirs de surveillance sont *ex post*, c'est-à-dire qu'il s'agit d'investissements pour lesquels la décision d'approbation préalable a déjà été prise par le ministre de l'Économie.

**363.** Le pouvoir de décision du ministre de l'Économie concernant l'examen des investissements étrangers est contrebalancé par les mécanismes de divulgation des données et des mécanismes de surveillance.

## B) L'ÉVOLUTION D'UN RÉGIME RÉGLEMENTAIRE POUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

**364. Le contrôle des projets des investissements étrangers.-** Après l'institution de la déclaration préalable en 1967<sup>461</sup>, le décret de 1968 a prévu que les projets d'investissement direct impliquant un transfert de fonds seraient soumis à une procédure d'autorisation préalable<sup>462</sup>. En pratique, pour quasiment tous les projets d'investissement étranger nécessitant de transférer des fonds, la déclaration préalable n'avait qu'un intérêt purement formel. La règle de l'autorisation préalable, visant à contrôler les flux de capitaux, et la règle de la déclaration préalable dont l'objectif était le contrôle de la nature de l'investissement ont été fusionnées<sup>463</sup>. Les investissements étrangers en France et français à l'étranger avaient seulement besoin de déclarer leurs projets et il a fallu demander une autorisation dans le cas du transfert de fonds.

**365.** Une dispense d'autorisation préalable était prévue pour les investissements directs effectués à l'intérieur de ce qui était alors la Communauté économique européenne, en vertu de la circulaire du 6 août 1980 relative aux investissements directs<sup>464</sup>. Toutefois, cette dispense ne s'applique pas aux cas suivants :

- « (1) les investissements effectués dans des activités participant en France, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ;
- (2) les investissements mettant en cause l'ordre public, ou la santé publique, ou la sécurité publique, ainsi que ceux réalisés dans des activités de production ou de commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ;
- (3) les opérations ayant pour effet de faire échec à l'application des lois et réglementations françaises »<sup>465</sup>.

**366.** Depuis 1986, un système d'approbation préalable est appliqué aux investissements étrangers dans les secteurs touchant à la sécurité nationale. Ce principe a continué à inspirer l'ensemble de la réglementation des investissements étrangers.

---

<sup>461</sup> Décret, 27 janv. 1967, fixant les modalités d'application de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, art. 3-4.

<sup>462</sup> Décret, 24 nov. 1968, réglementant les relations financières avec l'étranger, art. 4.

<sup>463</sup> G. Guyard, La réglementation des investissements directs en droit français, op. cit., p. 69.

<sup>464</sup> G. Guyard, La réglementation des investissements directs en droit français, op. cit., p. 341.

<sup>465</sup> Circulaire, 21 mai 1986, relative aux investissements directs à l'étranger, JORF, 23 mai 1986.

**367.** Le décret du 27 janvier 1967 et la circulaire du 6 août 1980 prévoient les conditions suivantes pour bénéficier de la dispense : (1) pour une personne physique, sa résidence habituelle doit se situer dans un des États de la CEE ; (2) pour une personne morale, son siège social et son siège administratif doivent se situer dans un des États membres de la CEE. En outre, la personne morale doit être contrôlée directement ou indirectement par un de ces États, par des personnes physiques résidentes dans un de ces États, ou par une collectivité publique située dans un de ces États.

**368.** Au cours de la période 1966-1970, le pays était à la pointe du développement industriel et le taux de croissance annuel de son PIB était supérieur à celui des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Allemagne. Le président de Gaulle avait adopté une politique d'ouverture totale aux investissements étrangers avec l'introduction de la loi du 25 décembre 1966 instituant le principe fondamental de la liberté d'investissement étranger notamment, afin de favoriser les relations financières entre la France et l'étranger. Sur ce fondement, la procédure d'approbation a distingué les investisseurs de la CEE et ceux extérieurs à la CEE.

**369.** La circulaire relative aux investissements directs français à l'étranger et étranger en France du 21 mai 1987 soumettait les investisseurs de l'UE à un régime de déclaration préalable, alors que les investisseurs non communautaires relevaient du régime d'autorisation préalable. Jusqu'en 1992, la distinction entre les investisseurs communautaires et ceux des pays tiers est supprimée en 1992. La procédure de notification préalable est désormais applicable à tous les investisseurs étrangers ; seuls certains secteurs sensibles relèvent du régime d'autorisation préalable. Par la suite, la loi du 14 février 1996 a permis aux investisseurs étrangers d'opter pour un régime de déclaration administrative. Des procédures administratives simplifiées ont facilité l'attraction des capitaux étrangers, qui provenaient principalement de la zone UE et des États-Unis à cette époque.

**370.** La politique française en matière d'investissements étrangers n'a pas changé de manière significative depuis 1966. Au principe de libre circulation des capitaux s'est ajoutée une réserve d'exception pour l'approbation préalable en ce qui concerne des secteurs spécifiques liés à la sécurité nationale. La loi Pacte, en 2019, met l'accent sur le

renforcement du processus d’approbation préalable des investissements étrangers en vue de protéger les industries nationales.

## §2. LE CHAMP D’APPLICATION DE L’EXAMEN DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

**371.** La procédure préalable de contrôle des investissements étrangers implique qu’une condition tenant à la nature de l’activité soit également vérifiée.

**372. La matière de l’investissement.-** Concernant les critères liés à la nature de l’opération, l’article R. 151-2 du Code monétaire et financier définit les investissements donnant lieu à un examen toute opération ayant pour effet : le contrôle d’une entité, l’acquisition de tout ou partie d’une branche d’activité et le franchissement du seuil de 10 % de détention des droits de vote d’une entité<sup>466</sup>. Pour le cas des nouvelles créations, elles ne sont pas soumises à l’approbation<sup>467</sup>. Toutefois, une procédure d’examen s’appliquera si l’entreprise est contrôlée par l’investisseur étranger :

- (1). Pour les investisseurs hors UE et EEE qui investissent dans des entités françaises à hauteur de 10 % des droits de vote, directement ou indirectement, dont l’activité concerne des secteurs stratégiques de la sécurité nationale ;
- (2). Conformément aux six situations de contrôle énumérées à l’article L. 233-3 du Code de commerce, le contrôle est obtenu par l’accord ou la nomination des membres du Conseil d’administration, de la direction de la société, ou par le fait que l’actionnaire dispose de plus de 50 % des droits de vote à l’assemblée générale, ou plus de 40 % des actions si elles représentent la part de vote la plus importante. Les six situations énumérées ici ne couvrent pas le cas d’une « influence dominante ».

---

<sup>466</sup> V. *supra* n°31

<sup>467</sup> V. *supra* n°32



**373.** Cela signifie que les investisseurs étrangers peuvent avoir une influence déterminante sur les décisions de l'entreprise sans avoir la majorité ou moins de 40 %, ce qui peut potentiellement conduire à un changement de la stratégie de l'entreprise française. Par conséquent, toutes les situations qui peuvent avoir pour effet d'une « influence dominante » doivent être considérées comme un contrôle et le processus de préalable approbation doit être enclenché.

**374.** La crise du Covid-19-19 a conduit le ministre chargé de l'Économie, des Finances et de la Relance à renforcer les mesures de contrôle des investissements étrangers par le biais de deux mesures :

- (1). En ce qui concerne, les entreprises françaises cotées, le seuil de déclenchement de l'examen des investissements a été réduit de 25 % à 10 % de droit de vote dans l'acquisition d'une société française cotée en bourse<sup>468</sup> ;
- (2). En ce qui concerne, le secteur des biotechnologies, la biotechnologie est incluse dans la liste des technologies clés soumises à l'examen des investissements directs étrangers<sup>469</sup>.

**375.** En résumé, ces dernières mesures ne concernent pas les investisseurs européens, elles ne portent que sur les investissements réalisés au sein des sociétés cotées. Ils s'exercent selon une procédure accélérée : l'investisseur franchissant le seuil de 10 % le notifie à la direction générale du Trésor. Le ministre de l'Économie dispose alors de 10 jours pour décider si l'opération doit être soumise à un examen approfondi, sur la base d'une demande d'autorisation qui peut conduire à refuser qu'un investisseur étranger non européen détienne plus de 10 % des droits de vote d'une entreprise française sensible.

**376. La nature de l'activité.** L'article L. 151-3 du Code monétaire et financier soumet à contrôle les opérations d'investissement appartenant aux trois catégories suivantes :

---

<sup>468</sup> V. le décret n°2022-1622 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle.

<sup>469</sup> V. l'arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France.

- « (1) Activités de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense nationale, participant à l'exercice de l'autorité publique ou de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité publique ;
- (2) Activités de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense nationale, participant à l'exercice de l'autorité publique ou de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité publique ;
- (3) Activités de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense nationale, participant à l'exercice de l'autorité publique ou de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité publique, lorsqu'elles sont destinées à être mises en œuvre dans l'une des activités mentionnées aux I ou II ».

**377. Les critères d'examen.-** Les opérations d'investissements étrangers ont été examinées en fonction de certains critères. Selon l'article L. 151-3, ii du CMF, l'examen des investissements étrangers a pour objet de déterminer si un investissement étranger porte atteinte ou menace les intérêts de la sécurité nationale. Cela signifie que lorsque le ministre chargé de l'Économie estime qu'une activité d'investissement étranger est susceptible de porter atteinte ou de menacer l'intérêt national, même en imposant des conditions d'approbation, une décision de refus sera notifiée. Cependant, le ministre évite la plupart du temps de prendre des décisions de rejet d'une opération d'investissement étranger entraînant une pression économique ainsi que des répercussions politiques et diplomatiques. La procédure d'examen peut déboucher sur l'approbation, l'approbation sous conditions ou le refus.

Dans la plupart des cas, l'opération est sans risque pour la sécurité nationale ou économique. Le ministre chargé de l'Économie donne alors son feu vert.

**378. L'approbation sous conditions est un compromis.-** Cette décision met en balance les intérêts combinés de la contribution à l'économie nationale et de la protection de l'industrie. L'approbation sous conditions peut être accordée à une opération d'investissement étranger afin d'éliminer le risque potentiel d'atteinte à l'intérêt public ou à la sécurité nationale. Cette solution permet de concilier deux objectifs : d'une part, les intérêts nationaux sont préservés ; d'autre part, la garantie maximale de libre circulation

des capitaux est préservée sans intervention administrative. L'article R. 151-8-I du Code monétaire et financier<sup>470</sup> mentionne quatre éléments qui sont pris en compte dans les conditions imposées par le ministère de l'Économie pour s'assurer que l'opération d'investissement étranger n'a pas d'impact négatif sur les intérêts de la nation.

**379.** Le ministre peut imposer une ou plusieurs conditions lorsque le principe de proportionnalité doit être respecté, pour notamment minimiser les pertes des investisseurs étrangers. Ainsi, les conditions imposées peuvent consister à vendre tout ou partie des activités de la société cible en France touchant à la sécurité nationale, ou tout ou partie de ses participations, à d'autres entités françaises qui sont indépendantes de l'investisseur étranger. S'il y a plusieurs investisseurs étrangers, l'un d'entre eux peut être désigné comme responsable du respect des conditions attachées par le ministre.

**380.** L'arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France a permis d'assortir de conditions des opérations déjà approuvées. Si l'investisseur étranger ne remplit pas les nouvelles conditions, l'approbation de l'opération est annulée, ramenant cette dernière au statu *quo ante*. Afin d'éviter des pertes financières très importantes, les investisseurs étrangers se restructureront sur la base des conditions données par le ministère de l'Économie. Ils ont également le droit de demander une modification des conditions dans deux situations : (1) les changements dans les circonstances économiques et réglementaires affectant l'activité stratégique de la société cible ne pouvaient pas être anticipés au moment de la réalisation de l'investissement ; (2) un changement dans la structure de l'actionariat ou dans le contrôle des sociétés cibles françaises est intervenu. Lorsque ces deux situations se présentent, le ministre chargé de l'Économie ne peut imposer de nouvelles conditions que si l'investisseur étranger acquiert le contrôle de la société cible française, et dans le respect du principe de proportionnalité. Lorsque le ministère de l'Économie notifie à un investisseur étranger une modification supplémentaire des conditions, celui-ci dispose d'un délai de 45 jours ouvrables pour présenter ses observations. À l'expiration de ce délai, le ministre notifie formellement à

---

<sup>470</sup> L'article R. 151-8-I du CMF indique que les conditions mentionnées au II de l'article L. 153-3 ont les objectifs suivants, dans le respect du principe de proportionnalité : 1) Assurer la pérennité et la sécurité, sur le territoire national, des activités énumérées à l'article R. 151-3 exercées par l'entité objet de l'investissement (...); 2) Assurer le maintien des savoirs et des savoir-faire de l'entité objet de l'investissement et faire obstacle à leur captation ; 3) Adapter les modalités d'organisation interne et de gouvernance de l'entité, ainsi que les modalités d'exercice des droits acquis dans l'entité à la faveur de l'investissement ; 4) Fixer les modalités d'informations de l'autorité administrative chargée du contrôle.

l'investisseur étranger les nouvelles conditions supplémentaires et la date de leur entrée en vigueur.

**381. Le refus.-** L'article R. 151-10 du CMF prévoit trois situations pouvant donner lieu à une décision de refus : « (1) s'il existe une présomption sérieuse que l'investisseur est susceptible de commettre l'une des infractions ou le recel de l'une des infractions ou le recel de l'une des infractions visées aux articles 222-34 à 222-39, 223-15-2, 225-4-1, 225-5, 225-6, 225-10, 313-1, 314-1, 321-6, 324-1, 421-1 à 421-2-6, 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 441-1 à 441-8, 450-1 du Code pénal, au titre 1<sup>er</sup> du livre IV du même code ou aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du Code général des impôts ;

(2) si l'investisseur a été condamné définitivement sur le fondement de l'une des infractions mentionnées au 1<sup>o</sup> ou pour des infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État, au cours de cinq années précédant le dépôt de la demande d'autorisation ; 3<sup>o</sup> si l'investisseur a fait l'objet d'une sanction prononcée sur le fondement de l'article L. 151-3-2, ou s'il a méconnu, de manière grave et persistante, les injonctions ou mesures conservatoires prononcées sur le fondement des I et II de l'article ».

**382.** Ainsi, deux considérations peuvent motiver une décision de refus. D'une part, si l'investisseur est impliqué dans une violation des dispositions pertinentes du droit pénal mentionnées ci-dessus ; d'autre part, si, en dépit des conditions qui pourraient assortir l'opération, il est impossible d'écarter tout risque d'atteinte aux intérêts de sécurité nationale et de sécurité économique. Aucun critère objectif n'étant précisé à cet égard, les critères d'examen des investissements étrangers ne sont pas tout à fait objectifs ni transparents. Le ministre chargé de l'Économie conserve toute latitude dans sa décision, y compris pour répondre à des exigences politiques.

### §3. LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE

**383.** Une demande d'autorisation des investissements étrangers est en principe effectuée dès qu'une opération d'investissement est lancée, sauf lorsqu'une dispense est prévue par l'article L. 151-7 du Code monétaire et financier. L'investisseur étranger doit

déposer son dossier en langue française à la Direction générale du Trésor, laquelle doit fournir les informations relatives à l'investisseur, l'entité cible de l'investissement, et l'opération d'investissement. L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 31 décembre 2019 liste les pièces exigées en distinguant la qualité de l'investisseur, personne physique ou personne morale, l'objet de l'investissement et sa nature.

**384.** Lorsque le bureau Multicom 4 de la Direction générale du Trésor est saisi du dossier, il fait intervenir le Comité interministériel des investissements étrangers en France (CIIEF). Le Comité associe les ministères ou agences dont les domaines d'expertise correspondent au secteur concerné. Au cours du processus d'évaluation, les trois critères d'éligibilité au contrôle sont analysés, notamment l'impact des opérations d'investissement étranger sur la sécurité publique, l'ordre public ou les intérêts de la défense nationale. L'examen d'un investissement étranger est effectué conjointement par plusieurs départements.

**385. La procédure préalable à la décision.-** La phase d'examen est divisée en deux étapes. La première étape prend un maximum de 30 jours sous réserve que les documents aient été fournis dans leur intégralité. La deuxième étape ne concerne que les investissements étrangers dont l'autorisation est susceptible d'être soumise à condition et prend un maximum de 45 jours.

**386. Phase I.-** Une déclaration doit être soumise si une opération d'investissement est concernée par les procédures de préapprobation applicables. Dès réception de la déclaration, le ministère procédera à un examen de fond, c'est-à-dire à un examen des trois principaux critères. La décision finale de la première phase I est prise dans un délai de 30 jours ouvrables qui peuvent être de quatre ordres :

- (1). L'investissement n'est pas soumis à l'accord préalable du ministre au titre du contrôle des investissements étrangers français, car l'investissement ne remplit pas l'un des trois critères d'éligibilité ;

- (2). L'investissement est soumis à l'accord préalable du ministre au titre du contrôle des investissements étrangers français et l'opération est autorisée sans condition. L'investissement étranger satisfait bien aux trois critères principaux de soumission à l'accord préalable. En revanche il ne répond à aucun des critères identifiés comme étant susceptibles d'affecter ou de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité économique ;
  
- (3). L'investissement est soumis à l'accord préalable du ministre au titre du contrôle des investissements étrangers français, et l'opération nécessite une deuxième étape d'examen pour la préservation des intérêts nationaux avec l'imposition de conditions supplémentaire. L'investissement étranger est considéré comme étant susceptible d'affecter ou de nuire à la sécurité nationale ou à la sécurité économique. Un délai de supplémentaire de 45 jours est nécessaire pour un examen approfondi et pour prendre une décision finale ;
  
- (4). L'opération est réputée interdite sans qu'aucune décision n'ait été prise par le ministre sous 30 jours de l'ouverture du dossier. En effet, de nouvelles dispositions sont venues modifier le système antérieur selon lequel l'absence de décision de la part du ministre avant l'expiration du délai valait approbation tacite. Cette évolution témoigne clairement de l'élargissement progressif des pouvoirs du ministre, l'absence de décision du ministre constituant désormais un veto, quel qu'en soit le motif.

**387. Phase II.-** Après que le ministre a notifié à l'investisseur l'ouverture d'une deuxième phase d'instruction, une décision finale est requise dans un délai de 45 jours ouvrés, parmi les quatre options suivantes<sup>471</sup> : (1) l'opération est autorisée sans condition ; (2) l'opération est autorisée sous conditions ; (3) l'opération est interdite, par décision expresse ou dans l'absence de décision dûment notifiée à l'issue du délai.

---

<sup>471</sup> CMF, art. R. 151-8.

**388. La procédure postérieure à la décision.-** Si l'investissement a été autorisé, avec ou sans condition par le ministre chargé de l'Économie, l'investisseur doit soumettre une déclaration<sup>472</sup> dans les deux mois suivant la réalisation de l'investissement. Dans le cas d'une autorisation conditionnelle, l'opération d'investissement fera l'objet de contrôles par les services ministériels compétents pendant toute la durée d'application des conditions.

**389. Les voies de recours contre les décisions du ministre de l'Économie.-** Les décisions du ministre de l'Économie peuvent potentiellement faire l'objet de recours, lesquels interviennent au niveau interne (A) ou de l'Union européenne (B).

#### A) EN DROIT INTERNE

**390.** En vertu de l'article L. 151-3-1-IV du Code monétaire et financier, les décisions du ministre de l'Économie peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif de Paris dans un délai de deux mois.

#### B) AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

**391.** Les investisseurs étrangers qui souhaitent contester la décision prise par le gouvernement français peuvent saisir le Tribunal de première instance de la Cour de justice de l'Union européenne. Si la décision rendue par le Tribunal de première instance ne leur donne pas satisfaction, un recours peut être formé devant la Cour de justice de l'Union européenne. En parallèle, la Commission européenne est également en droit d'introduire un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle estime que le gouvernement français a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union européenne. Si les juridictions françaises ne sont pas en mesure de déterminer si l'affaire appelle à l'application du droit de l'UE et que cette question est préalable, les

---

<sup>472</sup> La déclaration prévue à l'article R. 151-11 du CMF est effectuée par l'investisseur dans les deux mois suivant la réalisation de l'investissement et doit indiquer : 1) la date à laquelle l'opération a été réalisée ; 2) la répartition du capital de l'entité objet de l'investissement à l'issue de la réalisation de l'opération ; 3) le moment effectivement acquitté de l'investissement s'il est disponible, ou le montant de l'investissement s'il est disponible, ou le montant de l'investissement estimé et à jour, le cas échéant, la méthode retenue pour fournir cette estimation.

juridictions françaises renvoient la problématique à la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci statue dans une décision préjudicielle. L'article 6-4 du cadre d'examen des investissements étrangers de l'UE prévoit que les investisseurs étrangers et les entreprises apparentées doivent avoir la possibilité d'exercer des recours judiciaires contre les décisions de révision des autorités publiques.

**392. Les voies d'action du ministre contre l'investisseur étranger qui ne respecte pas la procédure d'autorisation.-** Selon l'article L. 151-4 du CMF, une opération d'investissement étranger qui élude la procédure de contrôle des investissements étrangers en France bien qu'en remplissant les critères d'applicabilité, est réputée nulle. Dans un tel cas, le ministre peut enjoindre à l'investisseur d'exécuter une ou plusieurs mesures, et pourra faire de même dans l'hypothèse de non-respect des conditions assortissant l'autorisation du ministère.

**393. Les sanctions pénales.-** Des sanctions pénales peuvent être infligées sur plainte du ministre, prévue à l'article 459 du Code des douanes, lorsque des investisseurs étrangers ne se conforment pas à la procédure d'autorisation préalable et ne respectent pas leurs obligations en matière de transparence<sup>473</sup>.

**394. Conclusion de la section.-** Le ministre de l'Économie s'est vu accorder une plus grande latitude d'appréciation afin de mieux protéger la stabilité des secteurs stratégiques du pays. Toutefois, il convient de noter qu'une des trois conditions d'enclenchement de l'examen prévu par l'article L. 233-3 du Code de commerce ne couvre pas le mode d'acquisition du contrôle par un investisseur étranger de manière exhaustive.

---

<sup>473</sup> Les sanctions pénales suivantes : « 1° sera puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, de la confiscation du corps du délit, de la confiscation des moyens de transport utilisés pour la fraude, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende égale au minimum au moment et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction ; 2° lorsque pour une cause quelconque, les objets passibles de confiscation n'ont pu être saisis ou ne sont pas représentés par le délinquant ou lorsque le ministre du budget ou son représentant en fait la demande, le tribunal doit, pour tenir lieu de la confiscation, prononcer une condamnation au paiement d'une somme égale à la valeur de ces objets ; 3° sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 450 euros à 225000 euros toute personne qui aura incité par écrit, propagande ou publicité à commettre une des infractions visées au 1° ci-dessus, que cette incitation ait été ou non suivie d'effet ; 4° les personnes condamnées pour infractions à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger sont, en outre, déclarées incapables d'exercer les fonctions d'agents de change, d'être électeurs ou élus aux chambres de commerce, tribunaux de commerce et conseils de prud'homme, tant et aussi longtemps qu'elles n'auront pas été relevées de cette incapacité ; 5° les tribunaux ordonneront, en outre, que leurs décisions portant condamnation seront, aux frais des personnes condamnées, insérées en entier ou par extraits dans les journaux qu'ils désigneront. »



Il serait souhaitable que le régulateur étende le concept de contrôle au cas de figure où l'investisseur étranger exerce une influence dominante, directe ou indirecte, sur la stratégie de la société, détenant de fait le contrôle de la celle-ci. Il y a toujours eu un contrôle des investissements étrangers en France. Pendant longtemps en France, ce contrôle était surtout théorique et n'a jamais véritablement trouvé d'applications concrètes. L'acquisition d'*Alstom* par *General Electric* a été un électrochoc pour le monde économique et politique justifiant un intérêt actuel pour la maîtrise des investissements étrangers. Ainsi le décret de 2014 ouvre un nouveau chapitre pour les investissements étrangers en France qui s'est d'ailleurs traduit dans la loi Pacte de 2019.

**395.** À ne s'en tenir qu'à l'article L. 151-1 du CMF, la liberté d'investissement devrait être le principe guidant les investissements étrangers en France. Or, force est de constater que l'accès libre et ouvert au marché qui en découle est de plus en plus affecté par des décrets administratifs. Cette tendance restrictive s'est tellement accentuée ces dernières années que l'on peut se demander si ce principe de liberté, réduit à peau de chagrin, n'est pas en réalité devenu l'exception. Dans tous les cas, cette évolution se retrouve à l'identique dans de nombreux systèmes étrangers et le droit français ne fait alors que participer à un mouvement général.

L'achat par *General Electric* d'*Alstom* a provoqué des débats sur la souveraineté économique. La France a renforcé le mécanisme de contrôle des investissements étrangers après cette opération pour protéger l'intérêt national. Le veto sur le rachat par le groupe américain *Teledyne* de l'entreprise française *Photonis* décidé par les autorités françaises en 2020 est le premier que l'État français a émis pour interdire complètement une cession, en raison de la technologie développée par cette entreprise, utile au secteur militaire. On peut souligner que ce contrôle n'a jamais été appliqué pour un investissement chinois. Le défi qu'est le contrôle des investissements étrangers en France et dans n'importe quel pays est toujours complexe et nécessite une approche équilibrée pour protéger les intérêts nationaux tout en stimulant la croissance économique. En effet, la préservation de la souveraineté et de la sécurité nationales est au cœur du contrôle des investissements étrangers, peu importe la nationalité des entreprises et peu importe le secteur. Néanmoins, des spécificités nationales subsistent car chaque état a une sensibilité différente quant au domaine de la sécurité et de la souveraineté nationales, y compris au sein de l'UE.

## SECTION 2 : LE MÉCANISME EUROPÉEN DE FILTRAGE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS

**396.** Ce mécanisme a été adopté face au développement de l'investissement chinois et se retrouve dans d'autres pays occidentaux. En 2018, les États-Unis ont adopté le « *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* » (FIRRMA), pour renforcer son mécanisme de contrôle des investissements étrangers relatif à la sécurité nationale. Il s'agit d'une loi de révision, la plus complète jamais adoptée, dans laquelle les investisseurs chinois sont directement ciblés par la réglementation. La loi prévoit expressément que le ministre chinois du Commerce soumette tous les deux ans au Congrès américain et au Comité pour l'investissement étranger aux États-Unis (CFIUS) un rapport sur l'IDE chinois. Ce rapport doit déterminer si la structure des investissements chinois est compatible avec le projet « *Made in China 2025* »<sup>474</sup>. La sécurité nationale est devenue l'enjeu le plus important pour la stratégie d'un pays ou d'une union politique. Ainsi, en 2019, l'UE a adopté un mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers. Un des objectifs de ce cadre est d'assurer une transparence et un échange d'informations entre les États membres et la CE sur les investissements étrangers.

**397.** Il existe un mécanisme européen de filtrage des investissements directs étrangers. L'origine de ce contrôle (§1) mérite d'être rappelée pour montrer que l'Union européenne s'est directement saisie de cette problématique avant d'envisager son régime juridique actuel (§2). Pour autant, force est de constater que son efficacité reste encore limitée (§3).

### §1. L'ORIGINE DU CONTRÔLE

**398.** La sécurité nationale est devenue un enjeu particulièrement important dans l'environnement géopolitique en mutation pour les secteurs où les investissements étrangers sont liés à la sécurité nationale. En vertu de l'article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'UE a le droit exclusif de légiférer en matière de politique commerciale commune et le droit de conclure des traités bilatéraux ou

---

<sup>474</sup> Ministère américain de l'Économie, *Review of Foreign Investment and Export Controls*, 2018.

multilatéraux. Il en va de même avec le principe de subsidiarité du Traité sur l'Union européenne, qui lui donne la possibilité de partager des droits avec les États membres lorsque ces derniers ne sont pas en mesure d'atteindre efficacement certains objectifs spécifiques sans l'aide de l'Union. Cela donne à l'UE un fondement législatif pour établir un cadre du filtrage des investissements étrangers en respectant le droit d'examen des États membres. Cette idée s'est concrétisée dans plusieurs textes européens.

**399. La promulgation du règlement de l'UE sur le filtrage des investissements directs étrangers (IDE) (ci-après : le règlement de l'UE).**- Elle signifie que la réglementation des IDE a été élevée au niveau de l'UE, passant d'un modèle de réglementation nationale à un modèle à double niveau : États membres et Union européenne. Les investisseurs étrangers sont confrontés à la fois au filtrage des IDE et au contrôle de la concentration. La clé du succès des fusions et acquisitions est d'obtenir les deux approbations.

**400. Les articles 206 et 207 du TFUE placent la politique commerciale commune sous la compétence de la Commission européenne.**- Les États membres confèrent à la Commission européenne (CE) certains pouvoirs dans le domaine des IDE, y compris la négociation et la conclusion des accords relatifs à l'accès aux marchés d'investissements étrangers. Toutefois, les domaines liés à l'ordre public et à la sécurité nationale demeurent réservés aux États membres. Ce nouveau cadre donne à la CE le pouvoir d'examiner et de délivrer des avis sur les IDE dans le domaine de l'ordre public et de la sécurité nationale. Cependant la Commission européenne n'a pas le dernier mot, car la décision finale d'approbation ou d'interdiction reste la prérogative des États membres. Il s'agit d'un compromis qui accorde à la CE des pouvoirs d'examen et de recommandation pour les IDE, en répondant au nombre croissant de défis sur des secteurs stratégiques, et de trouver un équilibre entre les intérêts de l'Union européenne et les droits souverains des États membres. Cette approche modifie la capacité de la CE à intervenir dans les examens des IDE.

**401.** Le rapport d'avis de la Commission peut influencer l'approbation des opérations d'IDE présentant un intérêt pour l'Union dans plusieurs États membres ou dans l'ensemble de l'Union. Ce rapport fait suffisamment autorité pour éviter le risque qu'un

État membre concerné compromette les intérêts de l'Union en raison d'informations réglementaires insuffisantes. D'ailleurs, le règlement comporte un fort élément de considérations politiques, impliquant l'examen des motivations de l'investisseur étranger, de l'origine des fonds et du risque de préjudice aux intérêts nationaux du pays hôte si des technologies sensibles sont acquises par l'investisseur étranger qui pourrait par exemple les transférer au gouvernement de son pays d'origine. Par exemple, les investisseurs étrangers peuvent utiliser les nouvelles technologies pour produire des articles et ensuite refuser ou imposer des conditions à leur vente dans le pays hôte, ou encore engendrer un risque de fuites d'informations et de réseaux de surveillance du fait de leur pénétration de l'entreprise du pays hôte<sup>475</sup>. Puisque le mécanisme sur le filtrage des IDE n'est pas destiné à des perspectives micro-économiques, ce mécanisme n'est pas conçu pour une protection des investisseurs ou des consommateurs, mais est pensé de manière macro-économique, pour une protection de l'ensemble de l'industrie nationale. En effet, la sécurité industrielle implique la sécurité de l'énergie et de l'économie du pays. Par conséquent, de nombreux pays ont mis en place des examens des investissements étrangers ou des examens de sécurité nationale.

**402.** En vertu du règlement sur le filtrage des IDE, la division se fait entre les États membres de l'UE qui disposent de procédures d'examen de sécurité nationale et ceux qui n'en ont pas. Or, la CE n'est en théorie pas compétente pour s'opposer directement aux opérations d'IDE. Cependant, les avis et commentaires du Comité sur les opérations ont une influence significative sur l'examen. Les investissements directs chinois dans l'UE ont chuté rapidement depuis 2017, l'une des principales raisons de cette baisse étant le renforcement du contrôle des examens des investissements étrangers. L'UE possède l'un des marchés les plus ouverts du monde ; afin de rétablir l'équilibre avec les pays qui sont moins ouverts qu'elle, elle adopte une double stratégie, d'une part en renégociant les accords bilatéraux d'investissement, et d'autre part en révisant les réglementations existantes en matière d'investissements étrangers. Par exemple, les négociations du nouvel

---

<sup>475</sup> Le CFIUS classe la menace des investissements directs étrangers en trois catégories : la première menace découle de la possibilité que des technologies sensibles soient divulguées à des entreprises étrangères ou des gouvernements étrangers qui pourraient les déployer ou les revendre au détriment des intérêts nationaux des États-Unis. La deuxième menace découle de la capacité potentielle d'un acquéreur étranger indépendamment ou sous la direction de son gouvernement, de retarder, rejeter, ou soumettre à des conditions la production, une fois que l'opération a été réalisée. La troisième menace provient du fait que l'acquisition d'entreprises américaines pourrait permettre à des entreprises étrangères ou à des gouvernements étrangers d'infiltrer les réseaux informatiques des entreprises américaines.

accord de TBI entre la Chine et l'UE, qui se sont conclues fin 2020, prévoient une vision unifiée de l'ouverture des marchés aux investissements étrangers et garantissent un niveau d'ouverture des marchés plus équitable, ainsi que davantage de prévisibilité et de transparence.

**403.** Le mécanisme d'examen des IDE est divisé en un examen de fond et un examen de procédure. L'examen de fond débute par une définition claire de l'objet de l'examen, de la portée du mécanisme d'examen à appliquer, des facteurs à prendre en compte lors de l'examen et de la définition des concepts pertinents, tels que l'IDE ou la sécurité nationale. Le règlement dispose que la portée et l'objet de l'examen sont les activités d'investissement direct étranger impliquant des pays tiers extraeuropéens. Depuis que le Royaume-Uni n'est plus membre de l'UE, les investisseurs britanniques sont théoriquement des investisseurs de pays tiers. Les trois pays de l'Espace économique européen que sont la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein sont également considérés comme pays tiers.

## §2. LE RÉGIME DU CONTRÔLE

**404.** La détermination du champ d'application de ce contrôle (A) précédera la présentation de sa procédure (B).

### A) LE CHAMP D'APPLICATION DE LA SÉCURITÉ NATIONALE

**405.** Le domaine de ce contrôle (2) se justifie par la notion de sécurité nationale qu'il convient d'explicitier (1).

#### 1). La notion de sécurité nationale

**406.** La sécurité nationale est d'abord une notion économique et politique, non un concept juridique. Comme la portée de la définition de la sécurité nationale affecte directement l'examen des IDE, elle pourrait potentiellement conduire à la possibilité d'interdire une opération. C'est pourquoi l'UE et ses États membres, ainsi que d'autres

pays comme les États-Unis et la Chine, ont adopté une définition au sens plus vague et énuméré des situations de sécurité nationale qui facilitent le droit d'interprétation par l'État. La définition de sécurité nationale peut être influencée par l'évolution technologique dans différentes industries. L'étendue des industries couvertes varie et tend à augmenter en fonction des développements technologiques. Lorsqu'il s'agit de secteurs liés à la sécurité nationale, les premiers sont ceux liés à la défense, par exemple, les entreprises militaires ou celles liées à l'armement ; celles liées aux infrastructures critiques, telles que l'énergie, les télécommunications, le transport et l'eau ; ainsi que les autres secteurs stratégiques comme les services de santé, notamment ceux liés à l'épidémie de Covid-19 et la vaccination, l'éducation, les médias, l'approvisionnement alimentaire, etc.

**407.** La sécurité de la défense, la sécurité des infrastructures et la sécurité industrielle relèvent toutes de la sécurité nationale. Le règlement définit la sécurité nationale et l'ordre public comme le champ d'application de l'examen. Elles sont présentées ci-dessous.

## 2). Le domaine du contrôle

**408.** Les éléments de l'examen recouvrent : l'industrie concernée par l'investissement ; la nature de l'investissement et les investissements pour lesquels la Commission européenne doit émettre un avis.

**409.** Le premier critère prévu par l'article 4 du règlement énumère cinq facteurs<sup>476</sup>, susceptibles d'être pris en considération par les États membres ou la Commission : « (a) les infrastructures critiques ; (b) les technologies critiques ; (c) l'approvisionnement en intrants essentiels ; (d) l'accès à des informations sensibles ; (e) la liberté et le pluralisme des médias ». Les cinq industries susmentionnées se recoupent avec le programme « *Made in China 2025* ». La modernisation de ces industries est un objectif prioritaire pour la Chine, et est également génératrice d'innovations technologiques dont les pays du monde entier ont besoin pour renforcer leur sécurité nationale. Afin

---

<sup>476</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 19 mars 2019, établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, n° 2019/452.

d'empêcher les investisseurs étrangers d'acquérir des technologies ou des données dans ces domaines, ce qui mettrait en péril leurs intérêts nationaux, certains pays ont commencé à mettre en place des mécanismes d'examen pour faire face à la possibilité que des entreprises étrangères puissent acquérir des technologies dans ces domaines.

**410.** Le deuxième critère important est de savoir si la nature de l'IDE présente un risque pour la sécurité nationale ou l'ordre public. Il s'agit notamment d'analyser les éléments suivants <sup>477</sup> : (1) si l'investisseur étranger est contrôlé directement ou indirectement par le gouvernement d'un pays tiers, y compris par des organismes publics ou les forces armées, notamment à travers l'actionnariat ou un appui financier significatif ; (2) si l'investisseur étranger a déjà participé à des activités portant atteinte à la sécurité nationale ou l'ordre public dans un État membre ; la CE examinera le projet si l'investissement direct étranger est susceptible d'affecter des travaux ou des projets qui peuvent porter atteinte à la sécurité de l'UE et à l'ordre public ; (3) si l'investisseur étranger se livre à des activités illégales, voire criminelles.

**411.** Le troisième critère est prévu à l'article 8, paragraphe 1 du règlement, qui précise que « lorsque la Commission considère qu'un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union, pour des motifs de sécurité ou d'ordre public, elle peut émettre un avis à l'attention de l'État membre dans lequel l'investissement direct étranger est prévu ou a été réalisé ». Il comprend : (1) les programmes globaux de navigation par satellite européen (GNSS) : Galileo et EGNOS <sup>478</sup> ; (2) Copernicus <sup>479</sup> ; (3) Horizon 2020 <sup>480</sup> ; (4) les Réseaux

---

<sup>477</sup> *Ibid.*, art. 4, § 2.

<sup>478</sup> V. Système global de navigation par satellite, Autorité de surveillance du GNSS européen, Les programmes européens de navigation par satellite, Conseil de l'Europe, 2008.

<sup>479</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 3 avr. 2014, *établissant le programme Copernicus et abrogeant le règlement (UE) no 911/2010*, n° 377/2014, art. 2 : « Copernicus est un programme civil, axé sur les utilisateurs, et placé sous contrôle civil, qui s'appuie sur les capacités nationales et européennes existantes et s'inscrit dans la continuité des activités menées dans le cadre du programme de surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité ».

<sup>480</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, n° 1291/2013, portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » (2014-2020), art. premier : l'objet de ce règlement est de soutenir le programme Horizon 2020 pour le soutien de l'Union aux activités de recherche et d'innovation renforçant la base scientifique et technologique européenne.

transeuropéens de transport (RTE-T)<sup>481</sup> ; (5) les Réseaux transeuropéens d'énergie (RTE-E)<sup>482</sup> ; (6) les Réseaux transeuropéens de télécommunications<sup>483</sup>.

**412. Conclusion.-** Les industries liées à la sécurité nationale et à l'ordre public s'adaptent aux changements de la politique industrielle, ce qui a pour conséquence que le domaine de l'examen n'est pas certain au fil du développement de technologie.

## B) LA PROCÉDURE DE SÉCURITÉ NATIONALE

**413.** La procédure se déroule en quatre étapes : les obligations d'échange d'informations et de notification (1), les procédures de l'examen (2), les mécanismes de coopération (3) et les obligations de rapport annuel (4).

### 1). Les obligations d'échange d'informations et de notification

**414.** Le filtrage des investissements directs étrangers est basé sur les obligations d'échange d'informations entre les États membres et la Commission européenne, qui visent à empêcher certains investisseurs étrangers de contourner les règles des pays de destination des investissements, ou à les utiliser comme tremplin intermédiaire en profitant de systèmes d'examen souple ou inexistant dans certains États membres.

### 2). Les procédures de mise en œuvre de l'examen

**415. Le règlement de l'UE distingue deux types d'examen.-** Le premier concerne l'IDE générique qui pourrait affecter l'ordre et la sécurité publics ; le second concerne l'IDE qui pourrait affecter les intérêts communs. Le premier cas fait appel à un mécanisme d'examen de base et le second un examen approfondi. La Commission européenne n'est compétente pour prendre une décision finale dans aucun des deux cas,

---

<sup>481</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, n° 1315/2013, sur les orientations pour le développement d'un réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision (UE) 661/2010, 11 déc. 2013.

<sup>482</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, n° 347/2013, sur les orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, 17 avr. 2013.

<sup>483</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, n° 283/2014, sur les orientations pour les réseaux transeuropéens dans le secteur des infrastructures de télécommunications, 11 mars 2014.



mais le règlement comporte un mécanisme lui permettant d'émettre des avis et de prendre position. Ce mécanisme est fondé sur l'intérêt de l'Union et les États membres se doivent d'examiner attentivement les avis émis par l'UE. Par exemple, la CE conseillera le pays d'accueil pour savoir si un IDE constitue une menace pour la sécurité européenne, fera des recommandations. À la réception de l'avis de la CE, le pays hôte peut choisir de ne pas se conformer à l'avis, mais dans ce cas doit s'en justifier. En tout état de cause, le règlement impose aux États membres de prendre dûment en considération l'avis de la Commission<sup>484</sup>. Dans les cas de risque d'atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de l'UE, l'État membre tient le plus grand compte de l'avis de la Commission et s'il ne suit pas cet avis, il fournit une explication à la Commission<sup>485</sup>.

### 3). Le mécanisme de coopération

**416.** Le mécanisme de coopération fait la distinction entre les États membres qui disposent d'un mécanisme d'examen de la sécurité des investissements étrangers **(a)** et ceux qui n'en disposent pas **(b)**.

#### a. Pour les États membres qui disposent d'un mécanisme d'examen des investissements étrangers

**417.** Lorsqu'un État membre engage une procédure d'examen d'un investissement étranger, il communique à la CE et aux autres États membres toutes les informations relatives à l'investisseur étranger concerné. Si les autres États membres effectuent également l'examen de cette même opération, ils doivent communiquer rapidement les informations pertinentes à l'État membre et à la CE. Si l'opération implique également un examen de la concentration, les informations pertinentes doivent être fournies. Les États membres doivent recevoir un avis lorsque la CE estime que l'opération est susceptible de toucher à la sécurité nationale et à l'intérêt public de plus d'un État membre. La CE donnera également son avis sur la base du retour des autres États membres. L'État membre responsable de l'examen doit tenir dûment compte des réactions ou des

---

<sup>484</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, n° 2019/452, 19 mars 2019, art. 6, § 9 et 7, § 7.

<sup>485</sup> *Ibid.*, art. 8, § 2, c.

commentaires. Si un État membre n'a pas examiné une opération, un autre État membre ou la CE peut également émettre des avis ou des commentaires.

**418.** Le principe du mécanisme de coopération est d'échanger toutes les informations pertinentes entre les États membres et la CE, de sorte que l'ensemble des informations sur une opération impliquant un examen d'investissement étranger ou un examen simultané de la concentration soient partagées. Cet échange mutuel d'informations entre les États membres et la CE doit permettre une compréhension mutuelle de l'opération et de savoir si elle touche les intérêts d'autres États membres ou de l'UE. Toute opération effectuée dans un État membre présente un intérêt non seulement pour le pays directement concerné, mais aussi pour l'ensemble de l'UE.

**419.** La procédure de mise en œuvre prévoit que lorsqu'un État membre (le pays hôte) lance le processus d'examen des investissements étrangers, il en informe les autres États membres et la CE dans un délai de 15 jours ouvrables. Les autres États membres et la CE peuvent demander un complément d'information au pays hôte dans un délai raisonnable. La CE émettra un avis formel dans les 20 jours suivant la réception des informations. Le pays hôte prend la décision finale sur la base de la réglementation de l'examen des investissements étrangers après avoir reçu le rapport délivré par la CE.

b. Pour les États membres qui ne disposent pas d'un mécanisme d'examen des investissements étrangers

**420.** Un État membre peut soumettre un avis à un État membre n'ayant pas institué de procédure d'examen des investissements étrangers, en informer simultanément la Commission, s'il estime qu'une opération d'investissement étranger est en cours ou a été achevée dans cet État membre qui touche à sa sécurité nationale et à son intérêt public. De même, la CE fournira des avis à un État membre qui n'a pas de processus d'examen des investissements étrangers lorsqu'elle considère qu'une opération qui a lieu ou qui a été réalisée dans cet État membre touche aux intérêts d'autres États membres ou de l'UE.

**421.** Les États membres qui ne disposent pas d'un mécanisme d'examen des investissements étrangers notifient et demandent des recommandations à la CE ou à

d'autres États membres s'ils estiment qu'une opération d'investissement étranger touche à la sécurité nationale ou à l'intérêt public. Il doit tenir compte des commentaires de la CE ou d'autres États membres. Ce principe est le même que dans le cas des États membres qui disposent du mécanisme de l'examen, le mécanisme de coopération servant à communiquer entre les États membres et à tenir pleinement compte des intérêts de sécurité nationale des autres États membres et de la CE. Afin de restreindre ou d'exclure des investisseurs étrangers, les États membres ne disposant pas dans l'immédiat d'un mécanisme d'examen peuvent leur opposer leur réglementation administrative sollicitant, par exemple, licences ou permis, permettant de sélectionner des entreprises qualifiées pour entrer dans des secteurs d'intérêt national stratégiques. Il est également possible d'utiliser une législation telle que la « loi sur les changes », ou d'autres lois relatives au rachat d'entreprises du pays hôte par des investisseurs étrangers.

**422.** Cependant, la mise en place d'un mécanisme d'examen est une tendance générale parmi les États membres afin d'assurer la réglementation des investissements étrangers. La procédure de mise en œuvre est la suivante : quinze mois après l'achèvement de l'opération d'investissement étranger ou dans les 35 jours suivant la réception des informations sur l'investissement étranger, l'État membre doit notifier et informer les autres États membres ou la CE, pour que les autres États membres et la CE fournissent des avis et des commentaires en retour.

#### 4). L'obligation de rapport annuel

**423.** L'obligation de rapport annuel s'applique à tous les États membres. Les investissements étrangers sur leur territoire sont notifiés à la CE avant le 31 mars de chaque année, y compris les informations relatives à la structure de propriété, aux actionnaires de contrôle, à la source de financement de l'investissement, etc. Qu'ils disposent ou non d'un mécanisme de régulation, les États membres ont l'obligation de notifier les autres États membres et la CE. Le cadre de base et les valeurs fondamentales définies par l'UE sont les normes auxquelles chaque État membre se réfère. Le règlement donne à la CE des pouvoirs relevant de la « *soft law* » pour délivrer des avis formels sur des dossiers impliquant les intérêts de l'UE, ce qui permet à la CE et aux États membres de coopérer et de coordonner la maîtrise de l'impact des IDE sur les intérêts de l'UE dans son

ensemble. La CE n'est pas en mesure de rejeter une opération qui touche à la sécurité nationale dans un État membre, en vertu du respect de la souveraineté et de l'intégrité judiciaires d'un pays membre.

### §3. UNE INFLUENCE LIMITÉE

**424.** Les droits nationaux sont tenus de respecter certains principes généraux dans l'édiction de leurs règles internes (**A**). Au-delà, l'efficacité du contrôle direct effectué par la Commission européenne est très limitée (**B**).

#### A) LE RESPECT DE PRINCIPES EUROPÉENS GÉNÉRAUX

**425.** L'article 207, paragraphe 2 du TFUE prévoit une compétence législative exclusive de l'UE en matière de politique commerciale commune. L'UE a donc inclus l'examen des IDE dans le contexte de la politique commerciale commune, et le traité de Lisbonne a élevé le droit d'examiner les IDE au niveau de l'UE. Le cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers donne aux États membres une compétence pour examiner les IDE. Les États membres peuvent établir des systèmes d'examen pour les pays qui ne disposent pas de mécanismes internes, ou choisir de ne pas en établir, selon les circonstances de chaque pays. Pour les pays qui disposent déjà d'un mécanisme, il peut être possible de modifier ou maintenir le cadre pour le filtrage. Toutefois, qu'ils soient modifiés ou non, les systèmes d'examen des investissements étrangers dans tous les États membres doivent être conformes aux normes minimales recommandées par l'UE. Les normes minimales reflètent les principes fondamentaux de l'approche de la politique commune, les principes de proportionnalité, de transparence, et de non-discrimination.

**426.** En premier lieu, s'agissant du principe de proportionnalité, l'UE a toujours défendu le concept de libre circulation des capitaux, qui était l'un des objectifs fondamentaux de l'établissement d'un marché européen unifié. Or le statut économique international de l'UE a changé au fil du temps, passant de celui d'exportateur majeur de capitaux à celui de destination pour les IDE, ce qui a modifié le principe d'accueil des IDE sur une base imposée des conditions respectant le principe de libre circulation des capitaux.

C'est-à-dire qu'il accueille des IDE à certaines conditions. Le principe de proportionnalité garantit donc que certains investisseurs étrangers sont directement exclus du marché en vertu d'objectifs politiques. En même temps, la jurisprudence de l'UE exige que les États membres prouvent la nécessité d'une mesure restrictive particulière. Bien que les réformes du système d'examen se déroulent dans le contexte d'un grand nombre d'acquisitions d'entreprises dans des États membres de l'UE par des investisseurs chinois, ces réformes ne ciblent pas les investisseurs d'un pays en particulier, mais doivent être considérées comme une réponse globale à l'évolution du paysage économique mondial du XXI<sup>e</sup> siècle.

427. En Deuxième lieu, concernant le principe de transparence, un tel principe est également reflété dans les négociations de l'accord bilatéral d'investissement entre la Chine et l'UE. La transparence est l'incarnation de l'équité et de la protection des investisseurs étranger face à l'examen réglementaire de l'autorité. Lorsque la réglementation est appliquée dans le cadre d'un processus transparent, les investisseurs étrangers sont mieux à même d'en anticiper le résultat. En particulier, l'une des principales préoccupations des investisseurs étrangers en Chine est l'opacité du processus d'approbation et la remise en question de la crédibilité des résultats. Le principe de transparence est basé sur la confiance. Si les critères d'examen de procédure et de fond sont cohérents et transparents, cela améliorera l'environnement commercial et attirera les IDE. C'est pour cela que le cadre pour le filtrage des IDE exige que les États membres respectent le principe de transparence.

428. En troisième lieu, le principe de non-discrimination : l'UE adopte le principe de l'égalité de traitement des investisseurs étrangers et une norme uniforme de traitement national pour la réglementation des investissements étrangers.

#### B) UNE EFFICACITÉ LIMITÉE DU CONTRÔLE AU NIVEAU EUROPÉEN

429. La CE n'a aucun pouvoir de contrainte dans le cadre du filtrage des investissements étrangers. Il ne s'agit que de « *soft law* ». L'Union européenne, en tant qu'organisation politique et économique régionale, n'a pas le pouvoir d'intervenir directement dans le système d'examen des investissements étrangers lié à sa sécurité

nationale, elle ne peut pas donner une autorisation ou un veto sur une opération. Néanmoins, la Commission européenne, qui ne dispose pas de pouvoirs négatifs directs à l'égard des investissements étrangers, peut premièrement faire part de ses préoccupations concernant une opération d'investissement étranger en émettant un avis ou un commentaire et en le reliant aux commentaires d'autres États membres. Deuxièmement, la CE fait des propositions pour le maintien, le renforcement ou l'établissement de mécanismes d'examen des investissements étrangers dans les États membres. Parmi les défis existants, la CE recommandera aux États membres de mettre en place des mécanismes d'examen des investissements étrangers<sup>486</sup> conformes à ses valeurs et aux intérêts communs de l'UE, afin d'empêcher les investissements étrangers de contourner les règles européennes. En effet, lorsqu'une entreprise étrangère s'installe dans un État membre, l'entreprise créée est considérée comme une entreprise de l'Union européenne de sorte que les investissements que cette dernière pourrait faire dans le reste de l'Union européenne ne sont pas considérés comme des investissements étrangers. Les recommandations de l'Union européenne ont alors vocation à informer les autres États membres du caractère potentiellement sensible de l'entreprise. Par conséquent, s'il n'existe aucun obstacle d'ordre juridique à l'installation de cette entreprise issue d'un investissement étranger, des obstacles de nature politique sont susceptibles d'entraver son développement dans les autres états membres et par exemple d'acquérir un savoir-faire qui mérite protection.

**430. Conclusion de la section.-** Le rachat par la Chine d'entreprises allemandes de robotique en 2016 a déclenché une vague d'inquiétude dans toute l'Europe, notamment à l'égard des technologies de pointe. Il en a résulté, d'une part, une modification du seuil du contrôle des investissements étrangers en Allemagne, qui est passé de 25 % à 10 %, ainsi qu'un élargissement de la liste des secteurs concernés par les stratégies défenses nationales. D'autre part, à l'initiative de l'Allemagne, de la France et de l'Italie, l'introduction d'un cadre général de filtrage des investissements étrangers au sein de l'Union européenne a été proposée et a abouti au règlement (UE) 2019/452.

---

<sup>486</sup> 18 États-membres disposent d'un cadre de filtrage des investissements étrangers contre 15 en 2020 ; Direction générale du Trésor, *Contrôle des Investissements Étranger en France Rapport annuel 2023*.

431. La défense nationale et la sécurité économique de chaque État membre forment ensemble la sécurité de l'UE. L'objectif du mécanisme d'examen des investissements étrangers de l'UE n'est pas d'intervenir directement au niveau d'un État membre en particulier, mais de rendre obligatoire l'échange d'informations entre les États membres et entre les États membres et la CE<sup>487</sup>, de sorte que d'un côté la CE dispose d'informations pour réagir et formuler des recommandations politiques pertinentes ; de l'autre côté, l'avis émis par la CE est suffisant pour influencer la décision des États membres afin qu'ils aient un comportement unique.

432. La mise en œuvre du règlement européen 2019/452 a également pour effet de conduire à une coopération internationale en matière d'examen des investissements étrangers entre les pays qui ont des intérêts communs, comme l'Alliance « *Five Eyes* »<sup>488</sup>. On peut penser que la tendance à l'avenir dans l'Alliance sera à la coopération internationale, tant formelle qu'informelle, en matière du contrôle des investissements étrangers à travers l'échange des informations. Ainsi, le contrôle juridique des investissements étrangers se dote de plus en plus d'une dimension politique qui devient essentielle.

433. Cet examen allie deux formes de pouvoirs : le droit du contrôle des investissements étrangers et le droit souverain et exclusif d'un État de défendre sa sécurité nationale. Le régime du filtrage des investissements étrangers de l'UE traduit une conception équilibrée des rapports entre l'Union européenne et les pays membres.

### SECTION 3 : LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EN FRANCE ET EN EUROPE

---

<sup>487</sup> La CE a conseillé que les pays nordiques établissent une coopération plus formelle dans ce domaine. V. « L'Évolution des politiques de l'investissement dans 62 économies » par l'OCDE, p.13 ; pour la suggestion d'une coopération en matière du filtrage des investissements étrangers pourrait être explorée par le biais d'un échange des informations et de la création de cybersécurité entre les pays nordiques, B. Bjarnason, « *Nordic Foreign and Security Policy 2020 : Climate Change, Hybrid & Cyber Threats and Challenges to the Multilateral, Rules-Based World Order* », juillet 2020.

<sup>488</sup> *Ibid.*

**434.** Une opération de concentration<sup>489</sup> est susceptible de faire l'objet d'un contrôle, exercé par les autorités françaises ou européennes, lorsque sont réunies les diverses conditions du champ d'application du contrôle des concentrations (§1). Une fois qu'il est acquis qu'un contrôle doit intervenir, des procédures de contrôle sont mises en œuvre au niveau national et européen (§2), étant entendu que les concentrations intervenant sur les marchés numériques au sein de l'Union européenne font l'objet d'une approche particulière (§3).

## §1. LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

**435.** La notion de concentration est commune au droit interne<sup>490</sup> et au droit de l'Union<sup>491</sup> et se résume aux trois situations suivantes : (1). Fusion de deux ou plusieurs entreprises ; (2). Transfert partiel ou total du contrôle d'une entreprise à une autre entreprise, directement ou indirectement ; (3). Création d'une entreprise commune. Outre les trois situations ci-dessus qui sont susceptibles de donner lieu à un examen de la concentration, une autre condition justifiant un examen est le seuil de chiffre d'affaires. Ceci justifie de distinguer les opérations concernées quant à leur nature (A) et les opérations concernées quant à leur taille (B).

### A) LES OPÉRATIONS CONCERNÉES QUANT À LEUR NATURE

---

<sup>489</sup> Pour une définition de la notion de concentration, v. la note de bas de page n°483.

<sup>490</sup> *C. com., art. L. 430-1, I* : « une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. II-La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article ».

<sup>491</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », n° 139/2004, art. 3 : « une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte : de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises, ou de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes ; Le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens ; Des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. Le contrôle est acquis par la ou les personnes ou entreprises : qui sont titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ou qui, n'étant pas titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable ».



**436. L'objet du contrôle.-** Le contrôle de la concentration a pour objet de déterminer si une opération de fusion ou acquisition est de nature monopolistique. Contrairement au contrôle des investissements étrangers, la nationalité des investisseurs ne fait pas partie des critères d'examen. Traditionnellement, les régimes de réglementation des monopoles ont été divisés entre structuralisme et comportementalisme. Le système français du contrôle de la concentration combine des normes structuralistes et comportementalistes, en conformité avec celles de l'UE. La géopolitique internationale ayant progressivement influencé les politiques économiques nationales, la réglementation de la concentration est une émanation des stratégies économiques nationales. Le pouvoir du ministre de l'Économie d'opposer son veto à une opération d'investissement ou de demander un examen approfondi est justifié par le souci de préservation des intérêts nationaux.

**437.** Concernant la réglementation européenne, un rapport remis au gouvernement français par l'Inspection générale des Finances le 3 juin 2019 préconise de faire évoluer le droit de l'Union européenne vers un objectif d'intérêt général, et non plus de libre concurrence<sup>492</sup>, répondant à deux grands enjeux : les fusions et acquisitions par les entreprises publiques chinoises sur le marché international, et les « *killer acquisitions* », c'est-à-dire un acteur dominant ou structurant sur un marché qui fait l'acquisition directe ou indirecte d'un acteur innovant ou prometteur, afin de renforcer sa position sur le marché. Nous pensons que l'examen des investissements étrangers est le mieux à même de traiter la première question lorsque l'intérêt général est en cause. En ce qui concerne la problématique des « *killer acquisitions* » dans le secteur du numérique, il conviendrait d'envisager de fixer un seuil de chiffre d'affaires réglementaire pour les start-ups de l'internet ou des nouvelles technologies, de manière à les différencier des industries traditionnelles. Si la réglementation de la concentration n'est peut-être désormais plus fondée sur des considérations purement économiques, la frontière entre ce contrôle et l'examen des investissements étrangers sera de plus en plus floue. Elle augmente également l'incertitude de l'examen des concentrations et n'a pas d'impact positif sur le marché en termes de liberté d'entreprendre.

---

<sup>492</sup> M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, 8<sup>e</sup> éd., Sirey, 2019, p. 356-357.

**438.** Qu'une opération de fusion ou d'acquisition nécessite ou non une notification de concentration, et le fait que cette notification soit suivie ou non d'une approbation sont deux questions distinctes.

**439. La définition des concentrations.-** Le concept de concentration trouve son origine dans la sphère économique. La réglementation a été introduite pour encadrer la concentration afin de préserver l'intégrité du marché. L'intervention en matière de concentration consiste en l'adoption de lois qui empêchent les fusions ou acquisitions d'entreprises de créer ou renforcer une situation de monopole sur le marché au détriment d'autres entreprises. Le contrôle couvre l'ensemble des secteurs, qu'il s'agisse d'opérateurs privés ou publics, à l'exception pour la France, suite à une réserve, de certains secteurs spécifiques, à savoir la presse et l'audiovisuel ; la banque et les assurances<sup>493</sup>. Au niveau de l'UE, en principe, les entreprises privées et publiques sont examinées selon les mêmes critères, mais dans la pratique, les entreprises publiques sont examinées plus attentivement, notamment les entreprises publiques chinoises, en ce qui concerne les critères de calcul du chiffre d'affaires<sup>494</sup>.

**440.** On distingue trois formes de concentration : la concentration horizontale qui concerne des entreprises appartenant au même secteur, la concentration verticale qui concerne des entreprises qui participent à la création d'une même richesse et la concentration conglomerale qui correspond à une concentration verticale et horizontale.

**441.** Le droit interne et le droit de l'UE convergent sur les critères du contrôle de concentration. Une concentration se caractérise par le transfert de contrôle d'une partie à une autre, par le biais d'une fusion par absorption, d'une nouvelle création, lorsque le contrôle de la société est transféré d'un actionnaire à un autre ou lorsqu'un nouvel

---

<sup>493</sup> La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie n° 2008-776, prévoit que l'Autorité de la concurrence doit saisir pour avis le Conseil supérieur de l'audiovisuel avant de se prononcer ; L'article L.612-22 du CMF prévoit que l'Autorité de la concurrence doit saisir pour avis l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution dès qu'un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement fait l'objet d'un examen approfondi. La loi du 4 août 2008 prévoit la même disposition pour le secteur des assurances que le secteur bancaire. V., en la matière, M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 359.

<sup>494</sup> Par exemple, la Commission européenne a calculé le chiffre d'affaires de CGNPC (une entreprise publique chinoise), en ajoutant à son chiffre d'affaires ceux de toutes les entreprises publiques chinoises en Europe qui sont sous la surveillance du SASAC.

actionnaire prend le contrôle de la société. Deux formes de contrôle sont à distinguer selon l'opération en cause : la fusion-acquisition (1) et le contrôle conjoint (2).

### 1). Les fusions et acquisitions

**442.** Les différents objectifs des fusions et acquisitions peuvent être différenciés selon la catégorie des opérations horizontales, verticales et mixtes. Les opérations horizontales sont des fusions et acquisitions concurrentielles entre entreprises du même secteur d'activité, leur permettant de réorganiser leurs ressources afin de bénéficier d'économies d'échelle et d'une meilleure qualité de service. La catégorie verticale concerne des fusions et acquisitions d'entreprises situées en amont et en aval dans la même chaîne industrielle, généralement sans concurrence directe entre les entreprises. Ce type de fusions et acquisitions peuvent réduire les coûts et les maillons redondants de la chaîne de production, tout en permettant de raccourcir les délais de commercialisation et de distribution des produits. Les opérations mixtes sont des fusions et acquisitions entre entreprises de secteurs différents qui ne sont absolument pas en concurrence. Les opérations transsectorielles permettent de diversifier les risques d'une entreprise et de tirer parti des investissements pour accroître la rentabilité de l'entreprise.

**443.** Une fusion est un regroupement de deux ou plusieurs entreprises, qui peut aboutir à différents résultats, tel que l'absorption d'une entreprise par une autre, par exemple  $A+B=A$  ou  $A+B=B$ , ou une réorganisation mutuelle en une nouvelle entreprise, par exemple  $A+B=C$ .

**444.** Une acquisition a lieu lorsqu'une entreprise acquiert le contrôle ou la propriété des actifs d'une autre entreprise en achetant les capitaux propres ou les actifs de cette entreprise. Par exemple, si l'entreprise A possède plus de 50 % du capital ou des actifs de l'entreprise B, ou si elle possède moins de 50 % du capital ou des actifs mais exerce un contrôle substantiel par la majorité des actionnaires, ou qu'elle exerce un contrôle réel même si elle est en minorité, en disposant d'un droit de veto sur la stratégie de l'entreprise en vertu d'un accord ou par tout autre biais. Dans ce cas, les entreprises A et B continuent d'exister et aucune entreprise ne disparaît à la suite de l'acquisition.

## 2). Le contrôle conjoint

**445.** Le contrôle conjoint peut être caractérisé en cas de création d'une entreprise commune (a), mais aussi lorsqu'il existe un transfert de contrôle (b).

### a. La création d'une entreprise commune

**446. Une entreprise commune existante.-** En sus des fusions et acquisitions, il existe une troisième forme de contrôle : le contrôle conjoint. Il se divise en deux catégories : le contrôle conjoint d'une entreprise nouvellement créée, et le contrôle conjoint d'une entreprise existante<sup>495</sup>. Le II de l'article L. 430-1 du Code de commerce et l'article 3-4 du règlement 139/2004 CE n'évoquent que « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable (...)* ». Qu'il s'agisse du contrôle conjoint d'une entreprise de plein exercice nouvellement créée ou une entreprise de plein exercice existante, les trois conditions suivantes doivent être réunies pour justifier une notification de concentration<sup>496</sup> :

- (1). L'entreprise est contrôlée par deux ou plusieurs entreprises indépendantes, ce qui justifie le qualificatif « commune » ;
- (2). L'entreprise fonctionne et se développe de manière durable. Autrement dit, une création pour un projet ponctuel ou temporaire n'est pas considérée comme une concentration ;
- (3). L'entreprise commune fonctionne en plein exercice. Cette dernière exigence signifie que l'entreprise commune dispose d'une capacité commerciale propre, intégrée et complète. Elle fonctionne indépendamment de la société mère, possède en propre des actifs, ainsi que des ressources et du personnel. Une

---

<sup>495</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directives relatives au contrôle des concentrations, Autorité de la concurrence, 2020, p. 24. Celles-ci soulignent que la création d'une entreprise commune peut résulter « de l'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, dès l'instant où ces actifs, qu'il s'agisse de contrats, d'un savoir-faire ou d'autres actifs, permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités ».

<sup>496</sup> *Ibid.*, p. 25.

*joint-venture* dépendant de sa société mère, et ne disposant pas d'une capacité opérationnelle pleinement indépendante, ne rentre pas dans le champ de la notification en France, au contraire de la Chine. Il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait commencé son activité, car l'examen de concentration est un préréglementation préventive.

#### b. Le transfert de contrôle

447. Un transfert de contrôle résultant d'un changement de la forme juridique de l'entreprise constituée<sup>497</sup>, une concentration, et doit donc être notifié. *A contrario*, une modification de la forme juridique sans changement dans le contrôle effectif n'est pas considérée comme une concentration. La définition du contrôle dans le cadre de la concentration est donc essentielle.

448. La définition du contrôle est ici celle du contrôle au sens de la concentration. La détermination de la détention du contrôle est basée sur l'influence déterminante, la capacité d'une entreprise d'imposer ou d'opposer son veto à des choix stratégiques d'une entreprise tierce. Elle peut être démontrée de différentes manières, impliquant :

- les décisions relatives au plan stratégique ;
- les décisions relatives aux investissements en deçà d'un certain montant ;
- les décisions relatives au budget ;
- les décisions relatives à la nomination et à la révocation des principaux dirigeants ;

---

<sup>497</sup> CJUE, 7 sept. 2017, Austria Asphalt GmbH & Co OG contre Bundeskartellamt, req. C-248/16 : « Une concentration est réputée réalisée notamment lorsqu'un changement durable du contrôle résulte de l'acquisition, par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises » ; « La création d'une entreprise commune ne constitue une concentration que lorsque cette entreprise accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome » ; « Une concentration est réputée réalisée à l'issue d'une opération par laquelle le contrôle d'une entreprise existante d'exclusif devient conjoint lorsque l'entreprise commune résultant d'une telle opération n'accomplit pas toutes les fonctions d'une entité économique autonome » ; « La notion de concentration doit être définie de telle sorte qu'elle couvre les opérations entraînant un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la structure du marché ».

- la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant, immédiatement ou dans le futur, une part déterminante dans les décisions de l'entreprise ;
- la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise ;
- la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions, ou encore en raison de l'existence d'options d'achat ; en elles-mêmes, de telles options ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants, mais elles peuvent venir conforter d'autres indices d'une influence déterminante ;
- la détention de droits de préemption ou de préférence ;
- la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées aux dirigeants ou à l'actionnaire majoritaire.

**449.** La détention de capital ou de fonds propres par une entreprise dans une autre constituera une influence dominante dans trois cas de figure :

- (1). Une entreprise détient plus de 50 % des actions ou du capital d'une autre entreprise et devient l'actionnaire majoritaire absolu ;
- (2). Elle détient une participation ou un capital inférieur à 50 %, mais l'actionnaire le plus important exerce un pouvoir de décision significatif sur les orientations stratégiques de l'entreprise, soit par le fait d'un contrôle exclusif actif (le droit de prendre une décision significative) ou par un contrôle exclusif passif (le droit de veto) ;
- (3). Elle détient une participation ou un capital équivalent aux autres parties, par exemple 50 % - 50 %, ce qui est plus typique d'un contrôle conjoint, car ils partagent des droits de vote. Toutefois, une inégalité dans la répartition des droits de vote n'exclut pas le contrôle conjoint si la partie minoritaire détient par exemple

un droit de veto sur les décisions importantes, ou le pouvoir de bloquer les choix stratégiques de l'entreprise ou le recrutement des cadres supérieurs, etc.

**450.** Le contrôle conjoint peut ainsi être *de droit ou de fait*. Si deux entreprises ou plus acquièrent l'entreprise cible dans le but de l'exploiter et de la contrôler en commun, il s'agit d'une concentration de contrôle en commun. En revanche, si l'objectif est uniquement d'acquérir le droit de distribuer les actifs ou les bénéfices à long terme, il s'agit d'une opération de concentration de contrôle multiple, à partir du moment où l'opération satisfait à l'exigence d'obtenir une influence absolue sur l'entreprise cible. Dans ce cas, l'acquisition de chaque entreprise doit être notifiée individuellement ;

**451.** Une participation ou un capital compris entre 0 % et 49 %. Un actionnaire qui serait minoritaire, voire ne détiendrait ni capital ni participation, peut malgré tout exercer une influence dominante, dans deux cas de figure :

- (1). Lorsqu'un actionnaire minoritaire détient des droits de vote double, bénéficie de dispositions inscrites dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, dispose d'un droit de veto spécifique, ou encore lorsque les statuts lui attribuent une majorité dans les organes dirigeants de l'entreprise. Ainsi, l'influence dominante s'exprime de diverses manières et ne se mesure pas uniquement en termes d'actions ou de capitaux ;
  
- (2). En l'absence de parts sociales ou de participation, l'influence dominante peut être obtenue par le biais d'un accord ou d'un contrat. L'article 18 de la communication consolidée de la Commission indique : « afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels) ».

**452.** Le contrôle acquis par le biais d'une relation contractuelle implique qu'une entreprise acquiert les droits de gestion d'une autre entreprise à travers des accords ou des contrats, et que les droits de gestion soient effectifs pour le long terme. La relation contractuelle est ici équivalente au contrôle par l'acquisition d'actions ou d'actifs ; par exemple, les droits de jouissance ou une convention de location-gérance<sup>498</sup> ;

**453. Une majorité fluctuante.-** Lorsqu'aucun des actionnaires n'a le contrôle et qu'il n'y pas d'accord de vote ou d'autre joint-venture entre les actionnaires pour faciliter un mécanisme de vote stable, qu'ainsi qu'aucune partie n'a le contrôle ou une influence dominante, dans ce cas, l'entreprise consiste en une « alliance de liquidité » avec de multiples actionnaires minoritaires. En l'absence de contrôle dans cette entreprise, si une ou plusieurs autres entreprises ont acquis cette entreprise et ont obtenu un contrôle absolu ou conjoint de cette entreprise, il s'agit d'une opération de concentration.

**454.** En résumé, l'élément essentiel dans la pratique est le critère de l'influence dominante. Tant qu'il peut être démontré qu'une entreprise a exercé d'une influence dominante sur une autre entreprise, le transfert de contrôle répond à l'une des conditions de notification de concentration. Si un transfert de contrôle est constaté, il s'agit d'une concentration. L'étape suivante consiste à déterminer si le critère du chiffre d'affaires justifie sa notification.

### *B) LES OPÉRATIONS CONCERNÉES QUANT À LEUR TAILLE*

**455.** Lorsqu'une opération remplit le critère du transfert de contrôle, l'autorité de la concurrence n'examinera la substance que si le chiffre d'affaires répond à certains critères et qu'il y a un risque de préjudice concurrentiel pour le marché. Le seuil du chiffre d'affaires est ici à distinguer entre le niveau européen<sup>499</sup> et le niveau français<sup>500</sup>. L'UE est compétente pour traiter les dossiers où le chiffre d'affaires de l'entreprise concernée

---

<sup>498</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 19. Adde, C. com., art. L. 430-1, III.

<sup>499</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », préc., art. 1, § 2 : une concentration est de dimension communautaire (la grande dimension européenne).

<sup>500</sup> C. com., art. L. 430-2 : fixe les seuils du contrôle des concentration par l'Autorité de la concurrence.



répond aux normes européennes. L'Autorité de la concurrence française, quant à elle, ne sera compétente que si le chiffre d'affaires est compris entre le seuil national et celui de l'UE. Pour opérer cette répartition entre le niveau européen et le niveau national, il faut successivement procéder à la définition de l'entreprise concernée (1) et au calcul du chiffre d'affaires (2), étant entendu que les entreprises publiques constituent un cas particulier (3).

### 1). La définition de l'entreprise concernée

**456.** Afin de calculer le chiffre d'affaires pertinent pour déterminer si l'opération doit être notifiée, il faut d'abord identifier l'entreprise concernée ainsi que les autres entreprises avec lesquelles l'entreprise concernée a une relation de contrôle en amont ou en aval. En effet, c'est la force économique de l'entreprise dans son ensemble, en termes d'impact sur le marché, qui est prise en compte par la réglementation de la concentration, et non seulement les chiffres d'affaires des entités juridiques impliquées dans l'opération. Le droit interne et le droit de l'Union européenne partagent la même définition de l'entreprise concernée, à savoir :

- (1). Dans le cas d'une fusion, (y compris la fusion par absorption, l'acquisition et la création d'une entreprise commune), les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
- (2). Dans le cas d'une prise de contrôle exclusif par biais de l'obtention des actions ou des actifs, les entreprises concernées sont l'entreprise contrôlante et l'entreprise cible ;
- (3). Dans le cas d'une prise de contrôle exclusif par conclusion d'un accord, les entreprises concernées sont l'entreprise contrôlante et l'entreprise cible ;
- (4). Dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises concernées sont les entreprises contrôlantes. L'entreprise nouvellement créée n'est pas prise en compte dans le calcul.

- (5). Dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises qui acquièrent le contrôle et l'entreprise préexistante acquise, sauf si l'entreprise préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une entreprise et qu'un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun. Les entreprises concernées sont l'entreprise contrôlante initiale et les nouveaux actionnaires, qui exercent un contrôle en commun ; l'entreprise cible n'est pas une entreprise concernée.

**457.** Dans le cas d'une transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées. Une fois les entreprises concernées identifiées, il ne reste qu'à calculer leur chiffre d'affaires.

## 2). Le calcul du chiffre d'affaires

**458.** Une fois les entreprises concernées identifiées, il convient de calculer le chiffre d'affaires total relatif au contrôle des concentrations. L'article 5, §4 du règlement de 2004, prévoit la méthode de calcul du chiffre d'affaires<sup>501</sup>. Les entreprises identifiées pour calculer le chiffre d'affaires total sont les suivantes :

- (1). Les entreprises concernées ;
  
- (2). Les entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose d'une influence déterminante directement ou indirectement<sup>502</sup> ;
  
- (3). Les entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point (2) ;

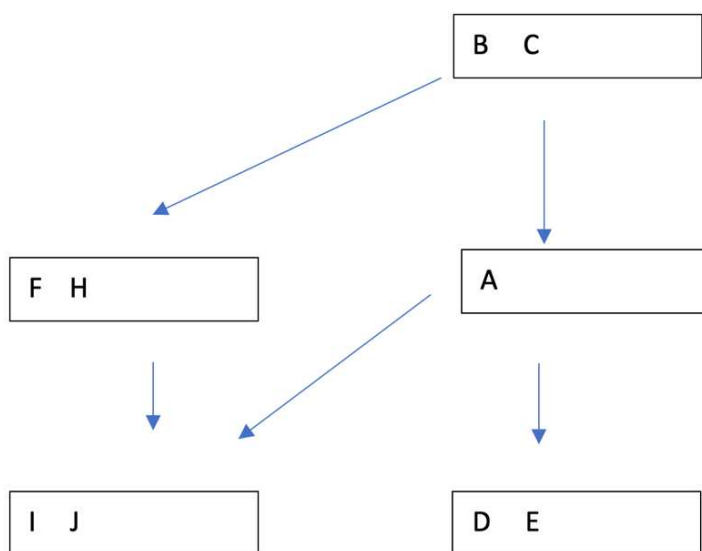
---

<sup>501</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », préc., art. 5, § 4.

<sup>502</sup> L'influence déterminante inclut les cas suivants, sans s'y limiter : 1) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation ; 2) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ; 3) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ; 4) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise.

-(4). Les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point (3) dispose des droits ou du pouvoir énumérés au point (2) ;

-(5). Les entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points (1) à (4) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point (2)



(1) =A, (2) = D E, (3) =B C, (4) = F H, (5) = I J.

Sur la base de l'illustration ci-dessus, on peut conclure que le chiffre d'affaires total = (1) +(2) +(3) +(4) +(5) =A+D+E+B+C+F+H+I+J.

**459.** Dans la pratique, les transactions intraentreprises doivent être exclues du calcul du chiffre d'affaires afin d'éviter une double comptabilisation. Le chiffre d'affaires doit être calculé en fonction de chaque cas particulier<sup>503</sup>.

**460.** Le droit de l'Union européenne prévoit des modalités de calcul spécifiques pour certains secteurs d'activité. Il en va ainsi des établissements de crédit et autres établissements financiers, et des entreprises d'assurances (article 5, §3, du règlement

<sup>503</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », préc., art. 5, § 4.

CE)<sup>504</sup>. L'article 5, §4 indique les modalités pour les réseaux de distribution impliquant des adhérents indépendants coordonnés par une tête de réseau<sup>505</sup>. Concernant des secteurs tels que les voyages à forfait ou la publicité, le point 159 de la communication consolidée de la Commission précise les règles de calcul du chiffre d'affaires<sup>506</sup>.

### 3). Le cas particulier des entreprises publiques

**461.** Les entreprises publiques ont la même position concurrentielle sur le marché que les entreprises privées, et le principe de non-discrimination garantit qu'elles sont soumises aux mêmes normes d'examen et aux mêmes procédures de réglementation des concentrations. Or, le règlement sur le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques a dépassé le critère de détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote sur les entreprises privées<sup>507</sup>. La communication n°2009-C-43-09, § IV, 5.4 indique que « dans le secteur public, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise participant à la concentration, il faut tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la décision de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables ».

**462.** L'expression clé est ici « décision autonome ». Une entreprise publique ne constitue pas un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome lorsqu'elle n'occupe pas une position de marché indépendante. Le calcul du chiffre d'affaires pertinent devra prendre en compte toutes les entités liées à l'établissement public concerné. À l'inverse, « lorsqu'une entreprise publique ne fait l'objet d'aucune coordination avec d'autres groupes contrôlés par l'État, il y a lieu de la traiter comme un groupe autonome et ne pas tenir compte du chiffre d'affaires d'autres entreprises détenues

---

<sup>504</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », préc., art. 5, § 4 : le chiffre d'affaires est remplacé « pour les établissements de crédit et autres établissements financiers, par la somme des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres, des commissions perçues, du bénéfice net provenant d'opérations financières, et des autres produits d'exploitation, déduction faite, les cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts liés à ces produits, par le produit bancaire brut. Pour les entreprises d'assurance, le chiffre d'affaires est remplacé par la valeur des prime brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elle ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts et des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci ». V. la ligne directrice 2020, p.43.

<sup>505</sup> Le chiffre d'affaires se calcule sur base des ventes réalisées par la tête de réseau à ses adhérents pour les approvisionner ou la rémunération des prestations de services que la tête de réseau facture à ses adhérents. V. Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 44.

<sup>506</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 43.

<sup>507</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 44.

par l'État en question »<sup>508</sup>. Le caractère de décision autonome est un point important pour le calcul du chiffre d'affaires pour les opérations de concentration de dimension européenne.

**463.** Les critères d'une « décision autonome » ont été définis dans la décision concernant l'affaire M.7850-EDF/CGN/NNB groupe. Il s'agit : a) du degré d'autonomie de l'entreprise publique dans sa prise de décision en matière de stratégie, *business plan* et gestion budgétaire ; b) de la possibilité pour l'État de coordonner la conduite commerciale en imposant ou en facilitant la coordination. La ligne directrice de 2020 indique que le caractère autonome du pouvoir de décision est déterminé en fonction de plusieurs éléments, tels que « analyse de la gouvernance et des pactes d'actionnaires, présence ou non d'administrateurs communs aux entreprises, mode de gestion des participations par l'État, dispositions régissant la communication d'informations et de documents stratégiques, constatations sur le comportement concurrentiel passé des entreprises concernées, etc. ».

**464.** Dans l'affaire EDF/CGN/NNB, la Commission a pris en considération le fait que l'entreprise publique chinoise dépendait de la SASAC sur le plan décisionnel. En conséquence, le chiffre d'affaires retenu serait la somme des chiffres d'affaires de l'ensemble des entreprises publiques opérant dans l'Union européenne sous l'autorité de la SASAC dans le secteur de l'énergie. Cette somme atteignant la dimension européenne, la Commission est compétente pour l'examen du contrôle des concentrations, bien que l'entreprise CGN ait déclaré qu'elle était autonome dans ses prises de décision. La Commission a regroupé les entreprises publiques chinoises d'un même secteur pour le calcul du chiffre d'affaires, adoptant ainsi l'approche du pire scénario (*worst-case scenario*) en s'assurant la compétence en matière d'opérations de fusion d'entreprises publiques chinoises dans l'UE. Cette décision est en quelque sorte une réponse aux défis à la fois politiques et juridiques posés par les entreprises publiques chinoises en Europe.

**465.** Deux raisons ont pu motiver la CE dans sa démarche. En premier lieu, la définition des entreprises publiques intègre le critère de la supervision de la SASAC. Bien

---

<sup>508</sup> Communication du Conseil européen, 16 avr. 2008, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, n° 2009-C-43-09, § IV, 5.4.

que celle-ci joue d'abord le rôle de bailleur de fonds, cette capacité lui permet d'influer sur le développement stratégique des entreprises publiques dans des industries importantes telles que l'énergie. En second lieu, le règlement de 2020 relatif au comité du Parti<sup>509</sup> exige que le conseil d'administration des entreprises publiques consulte le comité du Parti concernant les choix et orientations stratégiques majeurs de l'entreprise.

**466.** La raison invoquée est que les entreprises publiques chinoises ne disposent pas d'un contrôle de gestion indépendant. Dans ce sens, si les entreprises publiques chinoises souhaitent que leur chiffre d'affaires soit comptabilisé séparément dans l'examen de concentration de pays tiers, la relation entre l'entreprise et le Parti doit être clarifiée et le pouvoir de gestion des entreprises publiques doit être clairement délimité du Parti communiste de manière à éviter toute confusion.

**467.** En résumé, les particularités du modèle de gestion des entreprises publiques chinoises ont conduit les pays étrangers à adopter un examen plus rigoureux de celles-ci. C'est la raison pour laquelle il est suggéré que la réforme des entreprises publiques repense la fonction de mise en place du comité du parti dans l'entreprise publique. Le rôle du Comité du Parti est plutôt de gérer la mission politique des membres du Parti dans l'entreprise, qui ne devraient pas être impliqués dans le management des décisions de l'entreprise. La Commission européenne n'apporte pas de réponse claire à la question de savoir si les entreprises publiques sous le contrôle de la SASAC nationale ou de ses antennes régionales constituent un même ensemble économique. En réalité, il n'existe aucun élément tangible en faveur de l'existence d'une relation commerciale pertinente entre les entreprises publiques sous leur supervision. Dans « L'interprétation par la SASAC des avis sur le renforcement de la supervision des actifs publics locaux »<sup>510</sup>, il est démontré que la Chine dispose d'un système de gestion des actifs publics dépendant du Conseil des affaires de l'État et des gouvernements provinciaux. Chacune d'entre elles est responsable des entreprises publiques qui relèvent de sa compétence.

**468.** Afin que les entreprises publiques chinoises conservent un rôle neutre sur le plan concurrentiel, elles sont catégorisées : (1) celles qui sont uniquement axées sur le

---

<sup>509</sup> V. *supra* n°122.

<sup>510</sup> Interprétation des avis par la SASAC, 25 sept. 2009, *sur le renforcement de la supervision des actifs publics locaux*.

profit ; (2) celles qui sont axées sur le profit mais qui assument certains services publics ; (3) celle qui n'a pas pour but de faire des bénéfices, mais qui assume pleinement des services publics. Le gouvernement chinois devrait prendre en compte les différentes fonctions des entreprises publiques, par exemple, pour celles impliquant des services publics, peut s'appliquer le droit des études et des discussions antérieures avec le Parti communiste, mais celles qui sont purement commerciales ne devraient pas inclure le droit d'étude et discussion antérieures avec le Parti, car cela affecterait une gestion indépendante des entreprises publiques sur le marché international. Le gouvernement adopte une politique de neutralité concurrentielle pour les entreprises publiques qui ne remplissent pas des missions liées avec les industries qui affectent les moyens de subsistance de la nation.

**469.** Cela permettrait d'appliquer une norme neutre d'examen des entreprises publiques lors des fusions et acquisitions dans d'autres pays. En 2015, lors de la réforme de la classification des entreprises publiques a établi un cadre pour l'application de politiques de concurrence différenciées. Les « avis sur l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques »<sup>511</sup> ont également divisé les entreprises publiques en catégories commerciales et d'intérêt public. La catégorie commerciale est subdivisée en catégories commerciales fonctionnelles et commerciales compétitives. Les entreprises publiques d'intérêt public adoptent généralement une forme entièrement publique.

**470.** Quant aux entreprises publiques commerciales fonctionnelles, elles sont impliquées dans des industries qui sont le moteur de l'économie nationale. Ces entreprises publiques peuvent adopter une forme de capital par l'État. En théorie, le gouvernement ne devait pas s'immiscer dans la gestion des entreprises, mais comme ces dernières sont impliquées dans des industries de service public, il est dans l'intérêt national que le gouvernement adopte le droit d'étude et discussion antérieures avec le Parti. Quant aux entreprises publiques commerciales compétitives, qui sont entièrement soumises à la concurrence du marché, elles doivent être totalement indépendantes et fonctionner selon le principe de la neutralité concurrentielle.

**471. Conclusion.** Les activités des entreprises publiques chinoises sur les marchés internationaux posent des défis à l'équité de la réglementation et la politique de

---

<sup>511</sup>Avis, 24 août 2015, sur l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques.

concurrence. Il serait donc plus approprié de différencier l'application de la politique réglementaire en fonction de la nature des entreprises publiques. La transparence et la divulgation doivent également être régies par les lignes directrices de l'OCDE en matière de gouvernement d'entreprise pour les entreprises publiques<sup>512</sup>.

## §2. LA PROCÉDURE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

**472.** Dans la plupart des cas, tant en application du droit interne (**A**) qu'en application du droit de l'Union européenne (**B**), l'examen se termine à la phase I. Une faible proportion de cas déclenche l'examen approfondi (phase II), lorsqu'il existe une possibilité d'atteinte à la concurrence. Suivant la taille de la concentration, les autorités nationale ou européenne seront compétentes dans le cadre d'un mécanisme d'articulation entre les deux autorités (**C**).

### A) EN DROIT INTERNE

**473.** Une obligation de notification préalable est demandée avant la réalisation d'une opération si elle remplit les critères des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce. Certaines opérations sont approuvées lors de la phase I (**1**), alors que d'autres nécessitent un examen approfondi lors de la phase II (**2**).

#### 1). La phase I : le premier examen en 25 jours

**474. L'obligation de notification.-** Une opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence si elle est justifiée au titre des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce depuis la loi du 15 mai 2001<sup>513</sup>. Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, les parties doivent notifier ou revenir à l'état antérieur à la concentration<sup>514</sup> sous peine de sanction. L'Autorité de la concurrence recommande de soumettre une prénotification, permettant un échange entre les entreprises

---

<sup>512</sup> OCDE, Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, 2015.

<sup>513</sup> M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 379.

<sup>514</sup> C. com., art. L. 430-8, I.



et l'Autorité, afin de faciliter l'examen. Les entreprises concernées doivent notifier conjointement dans le cas d'un contrôle conjoint. Dans celui d'un contrôle exclusif, l'entreprise contrôlante est seule responsable de la notification.

**475. Dossier simplifié.-** Les opérations qui n'attendent pas à la concurrence peuvent faire l'objet d'une procédure simplifiée dans des conditions fixées par la ligne directrice<sup>515</sup>. La partie notifiant soumet un dossier simplifié si l'opération remplit les conditions indiquées précédemment. Après vérification, l'Autorité de la concurrence rend sa décision sous quinze jours.

**476. Suspension.-** Dès réception de la notification, la phase I de la procédure de l'examen est lancée dans un délai de 25 jours ouvrables et décidera soit d'autoriser l'opération, soit d'ouvrir un examen approfondi de phase II. Dans la majorité de cas, les opérations sont autorisées dans les délais impartis, alors que d'autres dossiers donnent lieu à une suspension de l'examen, par exemple, lorsque la partie notifiant a fourni des informations incomplètes ou inexacts. Dans ce cas, le dépôt d'une nouvelle déclaration après l'expiration du délai d'examen n'est pas nécessaire. Ainsi l'Autorité dispose d'un mécanisme « d'arrêt des pendules » (*stop the clock*) d'après les articles L. 430-5 et L. 430-7<sup>516</sup>.

**477. Décision de phase I.-** À l'issue de la procédure de phase I, l'Autorité dispose d'une option à trois branches<sup>517</sup>. Elle pourra soit constater que l'opération ne rentre

---

<sup>515</sup> Les cas suivants pour bénéficient une procédure simplifiée : 1. lorsque la part de marché cumulée des entreprises concernées est inférieure à 25% ; 2. en cas de chevauchement d'activité entre les parties, lorsque la part de marché cumulée des entreprises concernées est inférieure à 50% et l'addition de parts de marché résultant de l'opération inférieure à 2 points sur des marchés définis de manière constante par la partie décisionnelle ; 3. en cas de présence sur des marchés connexes, lorsque les parts de marché des entreprises concernées sur les marchés liés sont inférieures à 30% sur des marchés définis de manière constante par la pratique décisionnelle ; 4. en cas d'acquisition de contrôle exclusif d'entreprises, lorsque l'acquéreur exerçait un contrôle conjoint de la cible préalablement à l'opération ; 5. lorsque l'opération porte sur la création d'une entreprise commune de plein exercice exclusivement active en dehors du territoire national ; 6. lorsque l'opération concerne la prise de contrôle conjoint d'un actif immobilier en vente en l'état futur d'achèvement (VEFA).

<sup>516</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 69. L'Autorité peut suspendre le délai d'examen de l'opérations dans deux cas : 1. si la partie notifiant manque à une obligation d'information de tout fait nouveau dès sa survenance au cours de l'instruction, le délai peut être suspendu à partir de la survenance du fait nouveau et ce jusqu'à la date à laquelle la partie notifiant informe l'Autorité. 2. si la partie notifiant ne fournit pas à l'Autorité, en tout ou en partie, les informations qui leur ont été demandées dans le délai fixé ou si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d'informations formulées par l'Autorité, les délais peuvent être suspendus pendant la période comprise entre la fin du délai fixé dans la demande d'informations et la réception des informations complètes et exactes requises dans cette demande.

<sup>517</sup> C. com., art. L. 430-5, III.

pas dans le champ de sa compétence, soit autoriser l'opération en la subordonnant à la réalisation effective des engagements pris par les parties ; soit engager un examen approfondi en phase II.

**478. Engagements de l'examen de phase I.-** L'engagement est un compromis. La partie notifiant peut le soumettre à tout moment au cours de la phase I, par exemple, avec le dépôt de la demande afin de garantir la réussite de l'approbation. L'Autorité de la concurrence peut également, au cours de la procédure, exiger un engagement (un engagement structurel ou comportemental)<sup>518</sup> visant à garantir une concurrence neutre sur le marché. La présentation d'un engagement peut donner lieu à une prolongation automatique de 15 jours ouvrables ou à une suspension d'examen de la même durée.

**479. Les sanctions.-** Des sanctions sont prévues dans les cas suivants :

**(1). Le non-respect de la notification.** Le non-respect de l'obligation de notification est sanctionné, pour les personnes morales, à hauteur de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, et jusqu'à 1,5 million d'euros pour les personnes physiques<sup>519</sup>. (V. CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel c/Commission européenne*, C-84/13 P)<sup>520</sup>.

**(2). « Gun Jumping ».** Outre les sanctions prévues en cas de manquement à l'obligation de notification, la réalisation avant approbation d'une opération atteignant le seuil de notification (« *Gun Jumping* ») est également punissable. L'opération en question peut concerner le transfert de propriété d'un actif, ou encore l'exercice d'une influence dominante, par exemple, l'obtention

---

<sup>518</sup> Les modalités des engagements comportementaux : faciliter la rupture des contrats avec les tiers ; imposer la fourniture d'informations à des tiers ; obtenir l'agrément des autorités pour la conclusion future des contrats passés entre les tiers et l'entité nouvelle ; renoncer à ouvrir et à exploiter des magasins dans une zone donnée ; réviser les contrats. V., sur ce point, M.-A. Frison-Roche et J.-Chr. Roda, *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, p. 275.

<sup>519</sup> C. com., art. 430-8, I.

<sup>520</sup> Le Tribunal avait confirmé la décision de la Commission infligeant une amende de 20 millions d'euros à Electrabel, pour avoir acquis le contrôle exclusif de la Compagnie Nationale du Rhône (CNR). V. C. Idot, *Concurrence, Grands arrêts du droit de la concurrence, volume II, concentration et aides d'État*, 2018.

d'informations stratégiques importantes sur l'entreprise cible <sup>521</sup> . L'article L. 430-8-II prévoit une sanction de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France pour les personnes morales, et 1,5 million d'euros pour les personnes physiques.

**(3). L'omission ou la déclaration inexacte.** Afin d'obtenir une décision en leur faveur, certaines entreprises pourraient être tentées de livrer des informations inexactes dans le cadre de la demande d'autorisation. Le III de l'article L. 430-8 permet à l'Autorité de la concurrence d'infliger une sanction pécuniaire en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification à hauteur de 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales <sup>522</sup> . Si des informations inexactes amènent l'autorité à délivrer une autorisation, la sanction peut s'accompagner de son annulation si l'autorité considère que les opérations ont un effet significatif sur le marché <sup>523</sup> .

**(4). Le non-respect des décisions de l'Autorité de la concurrence.** L'article L. 430-8-IV du Code de commerce prévoit qu'en cas de non-respect des injonctions, prescriptions ou engagements, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution dans certains cas <sup>524</sup> .

## 2). La phase II : l'examen approfondi en 65 jours

---

<sup>521</sup> Décision 16-D-24 du 8 novembre 2016 dans l'affaire : Altice/SFR/OTL. L'Autorité a sanctionné le groupe Altice à hauteur de 80 millions d'euros pour être intervenu dans la gestion opérationnelle de la société SFR avant délivrance de l'autorisation.

<sup>522</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 56.

<sup>523</sup> « Lettre de sanction et retrait du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 13 novembre 2006, au conseil de la société Vico », in DCCRF, Bulletin officiel 25 janv. 2007, n° 1, Le ministre chargé de l'économie a sanctionné la société Vico à hauteur de 10000 euros, pour émission de fausses informations.

<sup>524</sup> Les cas suivants : 1. retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération ; 2. enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ; 3. enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée. En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

**480. Le lancement de la phase II.-** En application du III de l'article L. 430-5 et I de l'article L. 430-7-1<sup>525</sup>, la phase 2 peut être déclenchée : soit à l'initiative de l'Autorité, en cas de doute sérieux d'atteinte à la concurrence à l'issue de la phase I, soit à la demande du ministre chargé de l'Économie.

**481. La décision de la phase II.-** L'Autorité de la concurrence doit rendre une décision sous 65 jours ouvrés en application de l'article L. 430-7, qui prévoit les options suivantes : (1) autorisation, (2) autorisation sous réserve d'engagement, (3) autorisation sous réserve d'injonctions, (4) interdiction ou (5) accord tacite. Depuis l'attribution de compétence à l'Autorité de la concurrence en 2009, plus de celle-ci a traité 2000 dossiers. Parmi eux, 96 % des cas ont reçu le feu vert, et seuls 4 % ont autorisés sous conditions ou interdits. La première décision d'interdiction, rendue en 2020, a porté sur la prise de contrôle conjoint de Casino par E. Leclerc. L'opération présentant un risque d'atteinte à la concurrence, les parties et l'Autorité ont négocié des engagements pour y remédier. En l'absence de remèdes efficaces, l'Autorité notifie une interdiction.

**482. Le pouvoir d'évocation du ministre.-** La loi de modernisation a mis fin à la compétence du ministre de l'Économie pour recevoir les notifications. Depuis le 2 mars 2009, toutes les opérations atteignant les seuils de chiffre d'affaires concernant le contrôle des concentrations doivent être notifiées à l'Autorité de la concurrence, qui constitue un guichet unique pour les entreprises. Le ministre de l'Économie conserve cependant la compétence pour intervenir dans la procédure de contrôle au titre de la protection de l'intérêt national et du maintien de la concurrence sur la scène internationale, et peut exceptionnellement imposer un passage en phase I ou II, ou encore révoquer l'autorisation d'une opération. D'une part, il peut donner instruction à l'Autorité de la concurrence de réaliser un examen approfondi dans un délai de cinq jours ouvrés à partir de la décision délivrée en phase I<sup>526</sup>, même si l'Autorité a considéré que l'opération ne pose aucun risque sur le plan concurrentiel<sup>527</sup>. D'autre part, il peut déclencher la procédure de phase II dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à partir de la décision délivrée par l'Autorité, au titre

---

<sup>525</sup> Autorité de la concurrence, Lignes directives relatives au contrôle des concentrations, op. cit., p. 77.

<sup>526</sup> C. com., art. L. 430-7-1 : dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-5, le ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7.

<sup>527</sup> B. Delaunay, Droit public de la concurrence, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2023, p. 269.

de l'article L. 430-7-1-II du Code de commerce, pour les motifs « *d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi* »<sup>528</sup>. En pratique, enfin le ministre de l'Économie peut donner le feu vert aux opérations interdites par l'Autorité, ou à l'inverse, interdire les opérations autorisées par l'Autorité.

**483.** Le ministre de l'Économie peut également exercer un contrôle sur le respect des engagements et/ou injonctions<sup>529</sup>, partageant la compétence pour le suivi des injonctions avec l'Autorité de la concurrence.

**484. Recours contre la décision délivrée par l'Autorité ou le ministre.-** Les recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence sont présentés devant le Conseil d'État en référé pour une annulation de l'autorisation ou une suspension. Une décision issue de l'article L. 430-9 du Code de commerce<sup>530</sup> peut être contestée devant le juge administratif. L'Autorité de la concurrence peut modifier, compléter ou résilier les décisions en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique.

## B) EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

**485.** Une obligation de notification préalable est demandée avant la réalisation d'une opération au sein de l'Union européenne, la procédure à suivre se rapprochant de la procédure française : le premier examen constituant la phase I (1) est suivi d'un potentiel examen approfondi qui constitue la phase II (2).

### 1). La phase I : le premier examen en 25 jours

---

<sup>528</sup> D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, Droit de la concurrence, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 416.

<sup>529</sup> M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 385.

<sup>530</sup> C. com., art. L. 430-9 : « L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ».

**486. L'obligation de notification.-** Une notification préalable des concentrations de dimension communautaire doit être effectuée conjointement par les acquéreurs lors d'une fusion ou d'une prise de contrôle, avant leur réalisation *ex ante* et après la conclusion de l'accord<sup>531</sup>. Cette obligation est également présente en droit interne, le contrôle débutant par une notification préalable au moyen du formulaire CO<sup>532</sup>. Une sanction pécuniaire ou non pécuniaire est imposée lors de l'absence de toute notification, peu importe que ce soit par intention ou par négligence.

**487. Suspension.-** Une concentration européenne ne peut être réalisée qu'une fois notifiée et déclarée compatible<sup>533</sup>. Une opération non notifiée peut être suspendue, sauf à obtenir une dérogation de la Commission après analyse des effets négatifs d'une suspension, notamment pour les OPA ou les OPE<sup>534</sup>. Une opération de concentration qui serait mise en œuvre sans notification ni dérogation fera nécessairement l'objet d'une décision défavorable<sup>535</sup>.

**488. Procédure simplifiée.-** Selon une procédure simplifiée applicable depuis le 5 mars 2005<sup>536</sup>, la Commission prend une décision de compatibilité dans un délai de 25 jours ouvrables à compter de la date de notification si les conditions suivantes sont réunies : (1) lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle en commun d'une entreprise commune, le chiffre d'affaires ou la valeur totale des actifs est inférieure à 100 millions d'euros sur le territoire de l'EEE ; (2) lorsque deux ou plusieurs entreprises fusionnent ou en cas de prise de contrôle : sur le même marché de produits et géographique, leur part de marché cumulée est inférieure à 15 % ; ou sur un même marché de produits, l'une d'elles intervient en amont ou en aval de l'autre et leurs parts de marché individuelles ou cumulées sont inférieures à 25 % ; (3) dans le cas de deux ou plusieurs entreprises qui fusionnent ou en cas de prise de contrôle, les parties à la concentration

---

<sup>531</sup> Règlement d'exécution de la Commission, 5 déc. 2013, modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises n° 1269/2013. Dans le cas de l'acquisition d'une participation de contrôle par une entreprise dans une autre, la responsabilité de la notification incombe à l'acquéreur. C'est également le cas lors d'une offre publique d'achat (OPA).

<sup>532</sup> *Ibid.*, annexe I.

<sup>533</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », préc., art. 7.

<sup>534</sup> D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 417.

<sup>535</sup> *Ibid.*

<sup>536</sup> Communication de la Commission européenne, 5 mars 2005, relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, n° 2005/C/56/04.

n'exercent pas d'activités commerciales sur le même marché de produits et géographique ou en amont ou en aval. La Commission peut toujours réorienter une procédure normale.

**489. Décision de phase I.-** La décision de première phase en procédure simplifiée ou normale sera prise en 25 ou 35 jours respectivement lorsque la Commission est saisie d'une demande d'un État membre ou lorsque les entreprises concernées le proposent<sup>537</sup>. En vertu de l'article 6 du règlement CE 2004, la Commission peut arriver aux conclusions suivantes :

- (1) La concentration notifiée ne relève pas du contrôle européen ;
- (2) La concentration notifiée relève du contrôle européen, mais elle ne soulève pas de doutes sérieux au marché commun, la Commission décide d'autoriser l'opération ;
- (3) La concentration notifiée relève du contrôle européen, elle soulève également de doute sérieux au marché commun, la Commission décide d'engager une procédure approfondie (phase II) ;
- (4) Après les engagements pris par les entreprises concernées, si une concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux, la Commission donne son feu vert pour l'opération ; si une concentration notifiée soulève toujours de doutes sérieux, elle peut décider d'engager une procédure approfondie (phase II).

**490. Engagements de l'examen de phase I.-** Pour éviter le risque d'atteinte à la concurrence, les entreprises concernées proposent des concessions à la Commission en adoptant des mesures correctives dans le but de protéger l'économie et le marché d'éventuels effets négatifs résultant de l'opération de concentration. Cette démarche peut permettre d'obtenir une autorisation qui aurait été autrement refusée. Ces engagements peuvent prendre plusieurs formes, par exemple une cession d'actifs, ou encore de marques.

---

<sup>537</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », préc., art. 10.

**491. Sanction.-** Si la décision de la Commission est faussée par des informations inexactes fournies par les entreprises concernées, elle peut être révoquée suivant les modalités prévues à l'article 6, 5° du règlement CE 2004.

2). La phase II : l'examen approfondi en 90 ou 105 jours

**492.** Lors de cette phase, la Commission examine en profondeur la concentration envisagée pour évaluer ses effets sur la concurrence et prend une décision quant à son autorisation ou à son interdiction. Elle peut prendre l'une des trois décisions suivantes : (1) autoriser la concentration sans condition, si la Commission européenne conclut que la concentration ne posera pas de problème de concurrence significatif ; (2) autoriser la concentration avec des engagements, si elle estime que la concentration posera des problèmes de concurrence et qu'elle peut être rendue compatible avec le marché unique en imposant des conditions ou des engagements. Les engagements imposés peuvent inclure : a) la cession de certaines activités ; b) la limitation de la participation de l'entreprise dans certains marchés ou activités ; c) l'ouverture de réseaux de distribution ou de licences de brevets à des concurrents ; d) la restriction de pratiques commerciales anticoncurrentielles telles que les accords exclusifs ou les prix discriminatoires ; e) la mise en place de mécanismes de contrôle pour s'assurer que les engagements sont respectés ; (3) Interdire la concentration, si elle considère que la concentration entraverait significativement la concurrence dans l'Espace économique européen.

**493. Recours contre la décision délivrée par la Commission européenne.-** Les parties concernées peuvent faire appel devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), après la décision rendue par la Commission européenne. Le recours doit être introduit dans les deux mois suivant la notification de la décision de la Commission européenne. La CJUE peut annuler, modifier ou bien maintenir la décision.

C) LE MÉCANISME DE L'ARTICULATION ENTRE AUTORITÉS  
NATIONALE ET EUROPÉENNE



494. Lorsqu'une opération de concentration est examinée par l'autorité nationale, cette dernière peut demander le renvoi devant la Commission européenne alors même que l'opération n'atteint pas une dimension européenne (1). Pareillement, la Commission européenne peut demander le renvoi d'une opération de concentration de dimension européenne à un État membre à titre exceptionnel (2).

1). Le renvoi d'une opération de concentration nationale à la Commission

495. En théorie, une même opération peut justifier une notification dans plusieurs États membres. La dimension européenne précitée permet d'éviter une partie de ces redondances. Pour des opérations de plus grande envergure, l'article 22 du règlement 2004 permet à un État membre de demander le renvoi d'une opération de concentration devant la Commission si « *elle estime que celle-ci affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent la demande* ».

496. Les autres États membres peuvent signaler leur désaccord sur la demande de renvoi. Dans l'hypothèse où aucun État membre compétent n'a exprimé son désaccord, et que la Commission accepte le renvoi, la concentration est considérée comme ayant une dimension européenne. Dans ce cas, elle suit la procédure de contrôle au niveau européen. En revanche, si un État membre a exprimé son désaccord ou que la Commission refuse le renvoi, l'examen de l'opération de concentration se poursuit dans le ou les États membres compétents.

2). Le renvoi d'une opération de concentration européenne à un État membre

497. En principe, lorsque les seuils européens sont atteints, la Commission est compétente pour examiner l'opération de concentration. Cependant l'article 9 du règlement 2004 prévoit une exception sur le fond, ainsi que sur la procédure, pour renvoyer le dossier à l'État membre concerné. Cela est concevable si une concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État

membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct, ou une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du Marché commun.

**498.** En effet, le règlement de 1989 attribue la compétence aux États membres, dans des cas exceptionnels, pour traiter une opération de concentration de dimension européenne, aux fins de préserver l'intérêt national. Ce principe est inscrit au cœur du mécanisme de contrôle des concentrations européennes. La demande peut être formulée tant par l'État membre que par la Commission. Celle-ci conserve en revanche toute latitude pour accepter ou refuser la demande d'un État membre.

### §3. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS SUR LES MARCHÉS NUMÉRIQUES AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

**499.** Le contrôle européen des concentrations sur les marchés numériques est prévu par le nouveau règlement relatif aux marchés numériques (A), lequel introduit la notion de contrôleur d'accès (B). La procédure du contrôle des concentrations sur les marchés numériques (C) ne présente, quant à elle, pas une originalité par rapport à la procédure de contrôle ne mise en œuvre par ailleurs.

#### A) LE RÈGLEMENT SUR LES MARCHÉS NUMÉRIQUES ET LES CONCENTRATIONS

**500.** L'objectif de ce règlement est de compléter le droit de la concurrence dans le secteur numérique, pour la protection du marché européen. En effet l'article 14-1 du règlement (UE) 2022/1925 *relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique* dispose que « le contrôleur d'accès informe la Commission de tout projet de concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) n°139/2004, lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de la concentration fournissent des services de plateforme essentiels ou tout autre service dans le secteur numérique ou permettent la collecte de données, que ce projet soit soumis à une obligation de notification à la Commission en application dudit

règlement ou à une autorité nationale de concurrence compétente selon les règles nationales en matière de concentrations. Le contrôleur d'accès informe la Commission de cette concentration avant sa réalisation et après la concentration de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle ».

**501.** Lorsque la propre activité d'une plateforme est en concurrence avec un opérateur sur la plateforme dans un scénario « *self-preferencing* »<sup>538</sup>, la plateforme aura le double rôle d'arbitre et de joueur en même temps. La CE a infligé trois amendes à *Google*<sup>539</sup> pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché digital, constatant une infraction à l'article 102 TFUE et à l'article 54 de l'accord EEE. La théorie *self-preferencing* a été largement utilisée pour le contrôle du marché digital. Pour répondre aux enjeux dans le secteur numérique, l'Union européenne a adopté un règlement sur les marchés numériques (*Digital Market Act, ci-après le règlement DMA*) afin d'interdire aux plateformes qualifiées de « *gatekeeper* » de classer leurs propres produits et services plus favorablement que ceux de tiers. Au regard des règles habituelles des droits européen et interne de la concurrence, ce règlement se singularise par un double contrôle, d'abord sur l'abus de position dominante, et ensuite une notification de la concentration à la Commission européenne dès qu'il existe un projet de concentration sur une plateforme.

**502.** Le règlement DMA a été adopté principalement pour le contrôle d'abus de position dominante, cependant les entreprises des plateformes digitales ne peuvent pas échapper au contrôle sur les concentrations dès qu'elles ont des projets de fusion et acquisition par exemple. La notification préalable du contrôle des concentrations, ante-concentration, doit être faite par le contrôleur d'accès, c'est-à-dire l'une des entreprises au projet de concentration dès lors qu'elle réunit certains critères objectifs posés par l'article 14 du règlement DMA et l'article 1 du règlement (CE) n°139/2004. Il existe des obligations de notification à chaque étape de la concentration : au stade du projet ; pendant les opérations de concentration ; une fois la concentration faite.

---

<sup>538</sup> M. Chagny et E. Combe (dir.), *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, 2023, v° *Self-preferencing* : les comportements qui relèvent du « *self-preferencing* » sont les suivants : les entreprises intégrées et actives sur des marchés voisins (horizontaux ou verticaux) peuvent mettre en place des mécanismes qui favorisent leurs propres opérations, notamment pour exploiter un avantage détenu sur un marché ou pour favoriser l'accès aux clients à ses propres produits ou services sur un autre marché.

<sup>539</sup> Trib. UE, 27 juin 2017, *Google Shopping*, aff. T-612/17 (première amende d'un montant de 2,4 milliards d'euros). Trib. UE, 9 oct. 2018, *Google Android*, aff. T-604/18 (deuxième amende d'un montant environ de 4,3 milliards d'euros). Une troisième affaire relative à Google AdSense est pendante depuis juin 2019 (pour une amende d'un montant de 1,49 milliard d'euros).

## B) LE CONTRÔLEUR D'ACCÈS

**503. La notion de contrôleur d'accès.** L'introduction du concept de contrôleur d'accès sur le secteur des marchés numériques en matière du contrôle des concentrations est faite pour préserver la contestabilité et l'équité des marchés numériques. Le règlement DMA cible uniquement les entreprises qualifiées des contrôleurs d'accès, autrement dit, le *gatekeeper* a l'obligation de se conformer aux obligations prévues par le règlement DMA. La théorie du « *gatekeeping* » a été pour la première fois mentionnée par Kurt Lewin en 1946<sup>540</sup>. Il a expliqué que les femmes au foyer sont des « *gatekeepers* » : elles contrôlent les aliments qui entrent dans les canaux, c'est-à-dire qu'elles décident d'amener les aliments du jardin ou du supermarché à la maison et finalement sur la table du dîner. Au fur et à mesure de l'évolution de la théorie, Reinier H. Kraakman a proposé l'ajout de la « *gatekeeper liability* » en 1986 : sa théorie se concentre sur la responsabilité imposée aux parties privées qui sont en mesure de perturber une mauvaise conduite en refusant leur coopération aux malfaiteurs<sup>541</sup>.

**504.** La théorie du « contrôleur d'accès » s'étend des femmes aux foyers, des médias à de nombreux intermédiaires privés, tels que les avocats, les comptables pendant plus de cinquante ans. En 2007, John G. Palfrey a adopté la notion de *gatekeeper* sur le contrôle d'internet. Les *gatekeepers* s'étendent aux États, aux fournisseurs de logiciel et de matériel, aux fournisseurs de contenu de télécommunication et d'autres services, aux parties privées et aux organisations non gouvernementales, toutes les parties jouent un rôle de maintien et de réglementation du cyberenvironnement<sup>542</sup>. La CE classe les entreprises fournissant des services de plateforme essentiel dans la catégorie des « contrôleurs d'accès », c'est-à-dire que ces grandes plateformes essentielles sont des *gatekeepers*, par conséquent, *Meta*, *Google*, *Amazon* ou *Apple* devront prendre eux-mêmes la responsabilité du maintien et de la préservation de la contestabilité et l'équité des marchés concernés.

---

<sup>540</sup> K. Lewin, « Frontiers in group dynamics. II. Channels of group life; social planning and action research », *Human Relations* 1947, p. 143-147.

<sup>541</sup> R. H. Kraakman, « Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy », *Journal of Law, Economics, & Organization* 1986, vol. 2, p. 53-104.

<sup>542</sup> J. G. Palfrey, « Reluctant Gatekeepers: Corporate Ethics on a Filtered Internet », *Global Information Technology Report 2006-2007*, World Economic Forum, p. 69.

**505. La qualification du contrôleur d'accès.-** L'article 3 du règlement DMA prévoit une dizaine de conditions pour qualifier un contrôleur d'accès. Parmi les conditions, les trois plus importantes sont :

« (1). Elle a un poids important sur le marché intérieur ; c'est-à-dire qu'elle a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'Union supérieur ou égal à 7.5 milliards d'euros au cours du dernier exercice, et qu'elle fournit le même service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres ;

(2). Elle fournit un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux ; précisément, elle fournit un service de plateforme essentiel qui, au cours du dernier exercice, a compté au moins 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et au moins 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union ;

(3). Elle jouit d'une position solide et durable, dans ses activités, ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche ;(4) si les seuils visés au point (2) ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices. Lorsqu'une entreprise remplit l'une des trois conditions, elle est considérée comme un contrôleur d'accès ».

### C) LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE

**506.** Le contrôleur d'accès informe la Commission à tout stade d'opération de concentration en théorie. Dans le cas particulier de la condition (2) mentionné ci-dessus, le contrôleur d'accès informe la Commission dans les deux mois à compter de la réalisation de la concentration<sup>543</sup>. Il doit fournir des documents sur les entreprises concernées par la concentration, leurs chiffres d'affaires annuels mondiaux et au sein de l'Union, leurs domaines d'activité, la valeur transactionnelle de l'accord, la nature et la justification de la concentration, une liste des États membres concernés par la concentration, ainsi que tous

---

<sup>543</sup> Règlement du Parlement européen et du Conseil, 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828, dit « règlement sur les marchés numériques », n° 2022/1925, art. 14, § 3.

les services de plateforme essentiels concernés, leurs chiffres d'affaires annuels au sein de l'Union, le nombre d'entreprises utilisatrices actives par an et le nombre d'utilisateurs finaux actifs par mois<sup>544</sup>.

**507.** Comme pour la procédure de contrôle de la concentration dans les autres secteurs, les États membres peuvent demander à la Commission d'examiner l'opération si les conditions sont réunies et toutes les informations sont partagées entre la Commission et les autorités des États membres. Les informations relatives aux secrets des affaires sont confidentielles et les sanctions seront envisagées si les règles de contrôle n'ont pas été respectées<sup>545</sup>.

**508. Conclusion.-** Le règlement DMA s'adopté par l'Union européenne s'applique aux opérations de concentration, qu'elles atteignent ou non le seuil d'examen de la concentration au niveau européen ou national. Les autorités de concurrence des États membres peuvent également demander à la Commission de procéder à un examen d'anti-monopole sur la base des informations de notification fournies par le contrôleur d'accès lui-même. Le règlement DMA sert d'ailleurs d'inspiration pour les autres pays dans le cadre de leur contrôle des marchés numériques. Par exemple, la Chine a progressivement renforcé la réglementation sur de grandes plateformes en introduisant des obligations pour les contrôleurs d'accès afin d'étendre la réglementation *ex ante*.

**509. Conclusion de la section.-** La fusion-acquisition d'une entreprise est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché européen lorsque l'opération affecte à la fois la concurrence au niveau national et au niveau européen. Dans une telle hypothèse, les règles de concurrence nationales peuvent être appliquées parallèlement aux règles de concurrence de l'UE. Ceci est notamment déterminé par le critère du chiffre d'affaires. Si le chiffre d'affaires atteint le seuil de déclenchement du droit de l'Union européenne, il doit être déclaré à la Commission européenne. À l'inverse, s'il est moindre mais qu'il atteint un seuil de déclenchement prévu par un droit national, l'autorité nationale est compétente sauf si elle préfère que le dossier soit traité par la Commission européenne en justifiant de bonnes raisons. *In fine*,

---

<sup>544</sup> *Ibid.*, art. 14, § 2.

<sup>545</sup> *Ibid.*, art. 14, § 4 et 5.

les procédures de droit interne et de droit de l'Union européenne sont pas similaires et forment un ensemble cohérent.

**510. Conclusion du chapitre.-** Les facteurs pris en compte pour le contrôle des concentrations ont fait l'objet d'un consensus en droit interne et au sein de l'Union européenne. Les pays membres ont des seuils de notification différents en fonction de la sensibilité de leur marché. Le contrôle des concentrations est une compétence exclusive de l'Union européenne pour les cas de dimension européenne. Toutefois, la position particulière des entreprises publiques chinoises et l'augmentation spectaculaire des investissements chinois dans l'UE à partir de 2016 ont incité l'UE à se méfier des fusions et acquisitions réalisées par les entreprises d'État chinoises. L'UE adopte par principe « le pire scénario » pour calculer le chiffre d'affaires de toutes les entreprises publiques sous supervision de la SASAC, de sorte que pratiquement toutes les fusions et acquisitions des entreprises publiques chinoises répondent aux critères de notification. Les entreprises publiques représentent une part importante de l'économie chinoise. Aussi, le but des réformes des entreprises publiques adoptées en Chine est de distinguer l'activité privée des entreprises publiques de leur activité publique suivant différents critères. La Chine applique également le principe de « neutralité concurrentielle » pour que les entreprises publiques rejoignent le marché international à partir d'une position neutre et compétitive.

**511.** Si les acquisitions et les fusions-acquisitions par les entreprises publiques chinoises constituent l'un des défis de l'examen, les fusions-acquisitions dans des secteurs digitaux et aux plateformes numériques constituent un autre défi du contrôle. Dans ce secteur, le critère du chiffre d'affaires n'est pas adéquat pour déterminer leur impact économique dès lors que la donnée est en elle-même une arme commerciale. En outre, la définition sur le marché pertinent n'est pas claire dans ces secteurs, ce qui rend le contrôle plus en plus compliqué au fur et à mesure. Il s'agirait de trouver des critères pour repérer bien en amont les futurs géants du monde digital.

**512. Conclusion du titre.-** Les deux examens ont lieu à un double niveau : en droit interne et en droit de l'Union européenne. S'agissant de l'examen du contrôle des concentrations, la Commission européenne et les États membres ont des compétences exclusives selon le chiffre d'affaires. À l'inverse, pour l'examen des investissements

étrangers, les droits nationaux sont seuls compétents mais la Commission européenne a tout de même un rôle de *soft law* sur l'examen des investissements étrangers. En effet, d'un côté la définition de la sécurité nationale et la détermination des industries liées est propre à chaque état membre au titre de sa souveraineté nationale ; de l'autre côté l'avis de la Commission sur une opération permet à chaque État membre de mesurer l'impact de l'autorisation qu'il envisage de délivrer sur la défense et la sécurité économique en Europe.

**513.** Le passage d'un système de libre-échange à un système d'approbation préalable relatif à l'investissement étranger aux niveaux européen et français prouve que le contrôle des investissements étrangers est devenu une stratégie. Cette stratégie est une réponse aux changements géopolitiques mondiaux dont la montée en puissance de la Chine constitue une illustration. La montée en puissance d'une nation ne doit toutefois pas être considérée comme une menace. Il faut reconnaître que, c'est grâce à son propre développement technologique et industriel que l'Europe pourra continuer de prospérer, ce qui justifie en partie une politique de protection de secteurs relevant de sa sécurité nationale. La situation est donc nuancée. On finira sur quelques mots de conclusion en ajoutant que la Chine a encore un long chemin à parcourir en termes de législation sur les investissements étrangers, mais que, dans ce cadre, le système juridique de l'UE est comparable à celui des États-Unis et constitue un exemple dont la Chine pourrait continuer s'inspirer. Il nous semble qu'à ce titre, prendre exemple sur l'UE paraît être un meilleur gage de développement d'échange entre des partenaires qui ont encore beaucoup à s'apporter mutuellement.



## TITRE II

# LES CONTRÔLES EN APPLICATION DES RÈGLES CONVENTIONNELLES INTERNATIONALES

---

514. Au fil des époques et des dynasties, la propriété des hommes d'affaires étrangers en Chine a été essentiellement protégée. Bien que la Chine se soit repliée du monde en raison de contraintes industrielles et agricoles, de son enfermement dans l'autoritarisme et de l'influence du confucianisme, l'Empire Qing se considérait comme un empire suzerain et voyait les pays étrangers comme des États vassaux. Pendant ce temps, les pays occidentaux achevaient leur modernisation économique, politique et nationale<sup>546</sup> lors de la révolution industrielle, obtenant une avance technologique décisive sur la Chine impériale. Cette erreur de jugement, ainsi que les rivalités commerciales ont finalement conduit l'Empire à déclencher une série de guerres qui devaient changer le destin du pays. Sous l'impulsion d'intellectuels tels que Liang Qichao<sup>547</sup> et Kang Youwei<sup>548</sup>, le Mouvement réformiste de 1898 tenta d'établir une monarchie constitutionnelle dans le but de repositionner dans le monde moderne cet empire centralisé et unifié à partir de 221 avant Jésus-Christ. *Liang* suggéra de remplacer la notion de « sujet de l'empire » par celui de « citoyen du monde »<sup>549</sup>. Parmi les juristes, Shen Jiaben, Wu Tingfang ou encore Yang Du<sup>550</sup> souhaitent réformer le droit chinois en s'inspirant des systèmes juridiques occidentaux (notamment allemand) et japonais. À cette époque, les pays occidentaux avaient obtenu la juridiction consulaire de la Chine au moyen de traités

---

<sup>546</sup> X. Jiang, « Judicial Reformation in Last Phase of Qing Dynasty and its Influence & Enlightenment to China Legal Modernization », *Law Science Magazine* 2012, n° 7, p. 34.

<sup>547</sup> Un universitaire, journaliste, philosophe et réformiste chinois de la dynastie Qing. Il organise le premier mouvement de réforme nationaliste pour s'opposer le traité de Shimonoseki à la suite de la guerre sino-japonaise. Ainsi qu'il a organisé la réforme des Cent jours.

<sup>548</sup> Un lettré, calligraphe et théoricien politique chinois. Il a suivi Liang Qichao de la réforme des Cent jours.

<sup>549</sup> M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart Publishing, 2009, p. 3.

<sup>550</sup> Shen Jiaben, l'un des auteurs de la réforme judiciaire de la fin de la dynastie Qing, principalement dédiée au droit pénal, a conçu le « Nouveau droit pénal du grand Qing » en se référant aux lois pénales occidentales et japonaises. V. Guilian Li, « A Biography of Shen Jiaben », *Law press (China)*, 2000, p. 269-272. Wu Tingfang, ministre de la modification des lois de la fin de la dynastie Qing, formula le premier « droit commercial de la Chine » ; titulaire d'un doctorat en droit anglais, il s'est largement inspiré du système juridique britannique. Yang Du avait, quant à lui, étudié au Japon dont il adopta le modèle juridique comme référence.

inégaux. Bien que la finalité première fut de protéger leurs diplomates, ce régime s'était étendu aux affaires privées de l'ensemble des occidentaux. Pour l'abolir, ils exigeaient que la Chine rectifie son propre système juridique afin de se conformer aux normes occidentales<sup>551</sup>. Face à l'opposition des conservateurs, Shen Jiaben, Wu Tingfang et Yang Du ont été contraints de démissionner de leurs postes et de déclarer l'échec de la réforme juridique. Il en resta malgré tout plusieurs avancées, dont la conception de réforme juridique comme « la fusion des droits ancien et nouveau, chinois et occidental » (*can kao gu jin, bo ji zhong wai 参考古今, 博稽中外*)<sup>552</sup>. Cette tentative de réforme judiciaire a également donné naissance au premier droit commercial indépendant de l'histoire chinoise, le « droit commercial de Qing » en 1903, en retard d'un siècle sur la France qui promulgua le premier Code de commerce en 1806. Après une longue lutte des révolutionnaires chinois, la juridiction consulaire fut abolie en Chine au XX<sup>e</sup> siècle, emportée par la vague mondiale de décolonisation.

**515. Problématisation.-** Bien que les droits des personnes privées étrangères méritent d'être protégés, déroger aux lois d'un pays hôte n'est pas une option viable. La protection accordée par un pays aux hommes d'affaires étrangères doit logiquement être tout d'abord régie par le droit interne. Or, chaque pays a des techniques juridiques différentes et des niveaux différents de protection des investisseurs étrangers. Un investisseur cherchant, par méfiance ou souci d'impartialité, à solliciter la justice de son propre pays plutôt que celle du pays hôte, n'obtiendra pas gain de cause si son pays ne souhaite pas engager de poursuites judiciaires internationales pour diverses raisons, qu'elles soient politiques, idéologiques ou économiques. On ne peut donc considérer que les particuliers bénéficient du droit à la protection conféré par le droit de leur pays d'origine<sup>553</sup>. Avant le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, les différends entre les investisseurs et le pays hôte étaient insolubles dans la mesure où le pays hôte n'avait généralement pas établi de canaux de communication avec les investisseurs privés. Les tribunaux nationaux ne traitaient tout simplement pas de telles affaires. Les intérêts des investisseurs privés restaient sans protection, sauf dans le cadre de la politique étrangère ou d'une occupation

---

<sup>551</sup> M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, op. cit., p. 4.

<sup>552</sup> J. Bourgon, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, thèse EHESS, 1997, p. 767; M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, op. cit., p. 3.

<sup>553</sup> A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 3<sup>e</sup> éd., Pedone, 2020, p. 20.

armée<sup>554</sup>. Des accords bilatéraux d'investissement ont donc été élaborés afin de garantir aux investisseurs étrangers et à leurs gouvernements une égalité de traitement et de protection par rapport aux ressortissants du pays hôte.

**516.** Afin de favoriser les investissements tant entrants que sortants, il est de l'intérêt des États de trouver des compromis qui prendront vie dans des traités. En miroir, les litiges entre un État et un investisseur qui surviendraient de l'application de ces règles ne peuvent plus être soumis à l'émanation de sa souveraineté qu'est la justice étatique. Par conséquent, des modes particuliers de résolution des litiges émergent du droit conventionnel. À la présentation des règles conventionnelles applicables (**chapitre 1**) succèdera celle des modes de règlement des litiges non étatique (**chapitre 2**).

---

<sup>554</sup> D. Gaukrodger et K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, Publications de l'OCDE, 2012/03, p. 9 ; O. Thomas Johnson et J. Gimblett, « From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law », in K. P. Sauvant (dir.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press, 2011, p. 245-288 ; A. P. Newcombe et L. Paradell, « Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment », in *Historical Development of Investment Treaty Law*, Kluwer Law International, 2009, p. 9 ; B. Choudhury, « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit ? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, p. 780.



# CHAPITRE 1 : LES RÈGLES CONVENTIONNELLES APPLICABLES

**517.** À la différence du droit interne, le droit international de l'investissement est fondé sur les réseaux de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements<sup>555</sup>. La clause de traitement national met les investisseurs étrangers sur un pied d'égalité avec les investisseurs nationaux, leur accordant les mêmes protections ainsi qu'une garantie d'égalité de traitement. Avec la signature d'accords bilatéraux d'investissement ou d'accords de libre-échange multilatéraux, la Chine adopte une posture d'ouverture qui témoigne de sa volonté de suivre la voie de la coopération internationale, lui permettant de rassurer et d'attirer encore davantage les investisseurs étrangers. Le propos mérite toutefois d'être nuancé.

**518.** En effet, certains chercheurs remettent en question l'hypothèse d'un effet catalyseur des traités et accords bilatéraux d'investissements sur l'attraction des investissements étrangers, la relation entre les accords bilatéraux d'investissement et l'attraction des investissements étrangers n'allant pas de soi. D'abord, un certain nombre d'investisseurs ne connaissent pas les bénéfices des accords internationaux d'investissement, en particulier les petites et moyennes entreprises. Ensuite, les accords internationaux d'investissement contribuent à la complexité et à la confusion entre les entreprises et les investisseurs<sup>556</sup>. Enfin, les traités ou accords peuvent présenter à la fois des avantages et des inconvénients pour les signataires. Le traité bilatéral d'investissement (TBI) ne peut jouer un rôle promotionnel que sous certaines conditions<sup>557</sup>. Par exemple, les règles d'admission libérales comprennent des dispositions imposant un traitement national préétablissement qui limitent l'IDE bilatéral<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> Ch. Leben et C. Kessedjian, *Le droit de l'Union européenne et l'investissement*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 9-12.

<sup>556</sup> S. Jusoh et J. Chaisse, « Ten as one ? Explaining ASEAN Regulation on Foreign Investment », in J. Chaisse, T. Ishikawa et S. Jusoh (dir.), *Asia's Changing International Investment Regime*, Springer, 2017, p.112-113.

<sup>557</sup> J. Tobin et S. Rose-Ackerman, « When BITs have some bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties », *The Review of International Organization* 2003, vol. 6, n°1.

<sup>558</sup> A. Berger, M. Busse, P. Nunnenkamp et M. Roy « Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for key Provisions Inside the Black Box », *International Economics and Economic Policy* 2013, vol. 10, p. 247-275.

**519.** Il faut toutefois rappeler que ces traités ont une autre vertu. Pour les investisseurs étrangers, la stabilité de l'environnement économique et politique sont deux éléments clés dans leur choix de destination. Aussi, bien que l'efficacité des accords d'investissement bilatéraux et l'attraction des IDE ne sont pas évidentes, ils ont servi la stratégie politique de la Chine dans ce domaine<sup>559</sup>, la plupart des investisseurs étrangers investiront en Chine avec ou sans un TBI. Corrélativement, l'apport de ces traités est moins évident pour les investisseurs chinois. En pratique, ces derniers utilisent rarement le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour défendre leurs intérêts, peut-être pour éviter les situations et les dénouements imprévisibles. Dans la tradition du Confucianisme, l'homme d'affaires chinois n'aime pas le conflit et recherche la paix. La donne a cependant changé avec l'expérience acquise par les investisseurs chinois à l'étranger au fil des années, ce dont il a résulté un changement de paradigme dans la politique chinoise de protection des investissements ces dernières années.

**520.** C'est ainsi qu'à partir de 2013, le nouveau projet de « Nouvelle route de la soie » (BRI) a conduit les investisseurs chinois à davantage s'appuyer sur les normes internationales de protection des investissements à travers des traités d'arbitrage face à l'accroissement du nombre de litiges. En juin 2018, le premier tribunal de commerce international et le deuxième tribunal de commerce international de la Cour populaire suprême ont été créés à Shenzhen et Xi'an respectivement pour traiter les différends relatifs au projet BRI<sup>560</sup>. Finalement, malgré ses spécificités nationales, la Chine n'est qu'un pays en voie de développement parmi d'autres, qui suit le rythme de la mondialisation des investissements et du commerce tant qu'elle y trouve un bénéfice.

**521.** La Chine répond donc d'une double logique, celle de l'effet de la mondialisation sur la Chine, et celle de la Chine sur la mondialisation. En effet, dans son processus d'intégration, l'économie mondiale reste soucieuse de préserver l'équilibre des intérêts des investisseurs et de l'État lors de la négociation d'accords bilatéraux d'investissement, ce qui se retrouve dans le droit des investissements étrangers issu du

---

<sup>559</sup> J. Ke, « An Analysis of the Practice of China's Bilateral Investment Agreements and the Strategic Position of the New Generation of Bilateral Investment Agreements », *China's Diplomacy* 2018, n° 2, p. 17-29.

<sup>560</sup> Dispositions de la Cour populaire suprême, 27 juin 2018, sur plusieurs questions relatives à la création de la Cour de commerce international.

traité bilatéral signé entre la Chine et l'Union européenne (**section 1**). Toutefois, la position de la Chine, mais également certains dysfonctionnements chroniques dans certaines instances en cours de réforme comme l'OMC auxquels la Chine a participé, invite à envisager des changements et soulève une question : la Chine aurait-elle sapé les règles du multilatéralisme après en avoir longtemps bénéficié ? La réforme est nécessaire car le volume du commerce et des investissements mondiaux entre les différents pays évolue et les règles doivent évoluer. Ce qui reste inchangé, c'est que chaque pays défend ses propres intérêts avec les accords multilatéraux pour protéger au maximum la libre circulation des investissements (**section 2**).

## SECTION 1 : LE DROIT DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ISSU DU TRAITÉ BILATÉRAL SIGNE PAR LA CHINE ET L'UNION EUROPÉENNE

**522.** Les engagements des deux parties, la Chine et l'UE se concrétisent dans le contenu du traité (§2) qui est le fruit de l'évolution du droit chinois des investissements étrangers (§1).

### §1. UN TRAITÉ FRUIT DE L'ÉVOLUTION DU DROIT CHINOIS DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

**523.** Depuis la signature du premier accord bilatéral d'investissement avec la Suède en 1982, la Chine a conclu en 2020 un total de 146 TBI <sup>561</sup>, dont les derniers avec la Turquie en 2015 et avec l'UE, signé fin 2020. Les premiers accords multilatéraux étaient généralement conclus entre pays d'une même région avec un niveau de développement économique similaire, minimisant ainsi les obstacles et les risques. Trois phases d'évolution du traité bilatéral chinois sont à distinguer : la première génération de TBI (**A**), la deuxième génération (**B**), et la troisième génération (**C**).

---

<sup>561</sup>MOFCOM, *The History of Commerce*, MOFCOM, 2021.

A) LA PREMIÈRE GÉNÉRATION DE TBI : 1982-1998 (LE MODÈLE RESTREINT)

**524.** Cette génération de TBI se distingue par un passage d'une absence de la clause du traitement national (1) à la présence d'une telle clause (2).

1). 1982-1993 : l'absence de clause de traitement national

**525.** Les premiers accords bilatéraux d'investissement conclus par la Chine l'étaient avec des pays européens développés, dont l'Allemagne, la France, la Belgique et la Finlande. Cela était étroitement lié au développement économique de la Chine à cette époque. En effet, lors de la réforme et de l'ouverture de 1979, la Chine avait besoin de fonds extérieurs pour construire et développer le pays. Ces pays européens avaient commencé à signer des traités bilatéraux d'investissement dès 1959-1966<sup>562</sup> entre eux, mais pas avec la Chine. Alors que ces accords intégraient un niveau élevé de normes afin de protéger les intérêts nationaux des parties, les traités conclus par la Chine dans les années 80 en comparaison d'une protection des étrangers bien moindre.

**526.** Le contenu des accords bilatéraux d'investissement est également relativement conservateur et n'inclut quasiment pas la clause du traitement national<sup>563</sup>. Excepté dans les trois accords bilatéraux d'investissement<sup>564</sup>, la Chine a conservé le droit

---

<sup>562</sup> UNCTAD, 2008, *International investment rule-making: stocktaking, challenges and the way forward*, p.23-26; G. Wang, J. Lu, « An Overview on the Historic Evolution and Development Trends of China's Bilateral Investment Agreements », *Journal of International economic cooperation*, 20 mars 2019.

<sup>563</sup> C. Congyan, « China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications », *Journal of International Economic Law* 2009, vol. 12, p. 457-506. D'après Cai Congyan, il y a quatre raisons pour lesquelles le traitement national n'a pas été accordé : (1) dans le cadre d'une économie dirigée, les entreprises chinoises étaient soumises à de fortes contraintes, contrairement au secteur privé ; (2) la plupart des entreprises chinoises avaient une faible compétitivité internationale ; (3) son attachement à la notion de souveraineté absolue a empêché la Chine de se soumettre au droit international, y compris l'arbitrage ; en conséquence, elle fut réticente à accorder aux investisseurs la protection et le traitement des investissements souhaités par les États cosignataires ; (4) jusqu'au milieu des années 90, les IDE chinois sortants étaient négligeables, la protection des investissements à l'étranger présentait peu d'intérêt pour la Chine.

D'après Axel Berger, entre 1980 et 1990 la Chine a signé un grand nombre d'accords bilatéraux d'investissement de portée limitée conférant uniquement le statut de nation la plus favorisée. Comme de nombreux autres pays en développement, la Chine n'était pas disposée à accorder le traitement national aux investisseurs étrangers afin de préserver ses propres industries, en particulier les entreprises publiques, de la concurrence des entreprises étrangères.

<sup>564</sup> BIT China-Royaume-Uni (1986) ; BIT China-Japon (1988) BIT Chine-Tchèque et Slovaquie (1991)



d'interprétation finale du traitement différencié en fixant des conditions restrictives telle que la formule « *autant que possible conformément aux lois et réglementations* »<sup>565</sup>.

**527.** Concernant le recours à l'arbitrage, les premiers accords d'investissement bilatéraux conclus par la Chine n'incluaient par ailleurs pas de mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), comme par exemple avec la Suède (1982), l'Allemagne (1983) ou la France (1984). Les litiges entre les parties contractantes dans l'interprétation ou la mise en œuvre de l'accord bilatéral d'investissement se régleraient par voie de conciliations préalables, laquelle donnait le droit de saisir le juge national qu'après une période de six mois sans résolution, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties<sup>566</sup>. La clause RDIE figure pour la première fois en 1985 dans l'accord bilatéral d'investissement sino-néerlandais<sup>567</sup>, et encore que de manières restrictives, car la clause RDIE autorise le recours à une procédure d'arbitrage uniquement lorsque le différend concerne l'indemnisation suite à une expropriation ou à une nationalisation. La Chine n'a adopté les résolutions issues du Centre d'arbitrage international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qu'en 1990<sup>568</sup>, ce qui marque le passage à la deuxième catégorie de traités de première génération.

## 2). 1993-1998 : le traitement national restreint

**528.** Les accords bilatéraux d'investissement passés depuis la fin des années 90 ont compensé la plupart des lacunes de la première catégorie de traités de première génération, notamment concernant l'arbitrage et se sont progressivement conformés aux normes internationales en matière de dispositions de fond. Les dispositions d'origine relatives au recours à l'arbitrage, fixées dans la Convention pour le règlement des

---

<sup>565</sup> Accord bilatéral d'investissement Chine-Royaume-Uni, 1986, art. 3, § 3; J. Ke, « An Analysis of the Practice of China's Bilateral Investment Agreement and the Strategic Position of the New Generation of Bilateral Investment Agreements », *Journal of international relations*, 28 avril 2018.

<sup>566</sup> Accord entre la République populaire de Chine et la République fédérale d'Allemagne sur la promotion et la protection réciproque des investissements, 1983, art. 10; N. Gallagher et W. Shan, « Chinese Investment Treaties : Policies and Practice », *Oxford University Press*, 2009, p. 165-166.

<sup>567</sup> Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre la Chine et le Royaume des Pays-Bas, art. 9 : « Disputes concerning the amount of compensation to be paid when measures of expropriation, nationalisation or other similar measures have been taken which cannot be settled according to the provisions of paragraph 1 of this Article within a period of six months from the date either party requested amicable settlement shall if the investor so wishes be submitted either to the competent court of law of the Contracting Party receiving the investment or to international arbitration ».

<sup>568</sup> A. Berger, « Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: is China following the global trend towards comprehensive agreements? », *German Development Institute*, 2013, p. 8.

différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États signés le 9 février 1990 et entrée en vigueur le 6 février 1993, demeurent toutefois particulièrement restrictives. En effet, lors de son adhésion au système CIRDI, la Chine a déposé une réserve sous forme de notification conformément à l'article 25 (4) de la convention du CIRDI, indiquant que le gouvernement chinois n'envisagerait de se soumettre à la juridiction du CIRDI que pour les compensations résultant d'expropriation ou de nationalisation<sup>569</sup>. L'engagement de la Chine en est évidemment considérablement restreint puisque la question de l'expropriation ou de la nationalisation demeure de la compétence des juridictions nationales, dont on n'a pas trouvé de trace de recours en ce sens à cette époque.

**529.** Pourtant, bien que les engagements souscrits au cours de cette période aient été relativement modestes, l'enthousiasme du gouvernement chinois pour les accords bilatéraux d'investissement adaptés aux conditions nationales uniques de la Chine est particulièrement manquant. Une fois signés les accords avec les pays d'Europe occidentale, la Chine s'est tournée vers l'Asie et l'Afrique. La Chine étant un important participant et promoteur de la coopération Sud-Sud, la signature d'accords bilatéraux d'investissement avec les pays en développement au cours de cette période vise également à en promouvoir le développement et à stabiliser les échanges économiques et commerciaux. Il va sans dire qu'elle revêt une importance politique considérable et la signature d'accords bilatéraux est également utilisée comme un des moyens de la diplomatie nationale à l'étranger. À cette époque, les entreprises chinoises n'avaient pas la possibilité de se mondialiser, de sorte qu'en pratique, ces accords n'ont à cette époque pas une grande utilité pour ses nationaux.

---

<sup>569</sup> Le texte de la notification anglaise déposée en même temps que l'instrument de ratification le 7 janvier 1993 est le suivant: *Pursuant to Article 25(4) of the convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization*. La ratification en version chinoise est formulée ainsi : la République populaire de Chine déclare que, conformément à l'article 25, paragraphe 4, de la Convention, les cas autorisés par le gouvernement chinois à être soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements sont actuellement limités à la perception et à la nationalisation de l'indemnisation Controverse ; voir l'article 25 (4) ICSID convention, regulations and rules ; W. Shen, « The Good, the Bad or the Ugly? A critique of the Decision on Jurisdiction and Competence in Tza Yap Shum v. The Republic of Peru », *Chinese Journal of International Law*, 2011, vol. 10, p. 55-95, spéc. p. 62; V. Vadi « Converging Divergence: The Rise of Chinese Outward Foreign Investment and Its Implications for International (Investment) Law », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2011-2012, p. 705-724; J. Ku, « The Enforcement of ICSID Awards in the People's republic of China », *Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University*, p.33-34; M. Bungenberg, M. Chi, « Chinese Investment Law », in *International Investment Law: A Handbook*, p. 226.

**530.** Il n'en demeure pas moins que, de 1993 à 1998, 41 accords bilatéraux d'investissement ont été signés au cours de cette période, dont dix d'entre eux contiennent des dispositions sur le traitement national<sup>570</sup>. Il s'agit d'une adhésion plus prononcée à cette protection que durant la période précédente car, entre 1982 et 1993 (à l'exclusion de 1993), la Chine a signé un total de 44 accords bilatéraux d'investissement, mais n'a inclus que trois dispositions relatives au traitement national. De là, la clause de traitement national entre lentement dans l'accord bilatéral d'investissement. Mais si le nombre de ces clauses a augmenté, ces dispositions relatives au traitement national utilisent néanmoins toutes des termes restrictifs, notamment en prévoyant une condition de conformité de l'investissement étranger au droit national plus rigide que dans ses premières formulations « doivent être conformes à leurs lois et règlements ».

**531.** La première génération de traité bilatéral d'investissement (TBI) est donc relativement conservatrice et contient surtout des dispositions de base, telles que des définitions, des clauses d'expropriation, d'indemnisation et de transfert<sup>571</sup>. À la fin des années 90, la Chine aura au final négocié un total de 85 traités « restrictifs » contenant d'importantes réserves concernant les protections de fond et de procédure des investissements étrangers<sup>572</sup>. De plus, pour les traités incluant une clause du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE ou Investor-state dispute settlement, ISDS), le champ de l'arbitrage concernait uniquement le montant de l'indemnité d'expropriation. Cette clause, considérée comme l'une des plus protectrices des investisseurs dans un accord bilatéral d'investissement, n'a donc pas joué à sa pleine valeur démontrant que le gouvernement chinois n'était pas disposé à faire face au risque de poursuites.

### *B) LA DEUXIÈME GÉNÉRATION DE TBI : 1998-ACTUELLEMENT*

**532.** L'accord entre la Chine et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé en 1998, symbolise le nouveau modèle

---

<sup>570</sup> Chine-Slovénie (1993) ; Chine-Islande (1994) ; Chine-Maroc (1995) ; Chine-Yougoslavie (1995) ; Chine-Arabie saoudite (1996) ; Chine-Gabon (1997) ; Chine-Afrique du Sud (1997) ; Chine-Macédoine (1997) ; Chine-Yémen (1998).

<sup>571</sup> N. Gallagher et W. Shan, *Chinese Investment treaties: policies and practice*, Oxford University Press, 2009, p. 36-39.

<sup>572</sup> W. Shan et S. Zhang, « The Potential EU-China BIT: Issues and Implications », in M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Hart and Nomos, 2012, p. 87-91 ; M. Bungenberg et M. Chi, « Chinese Investment Law », préc.

de TBI en Chine. Il s'agit du premier TBI de la Chine contenant une clause de règlement « libre » des différends, signifiant qu'elle accepte sans réserve la juridiction d'arbitrage du CIRDI et ne se limite plus aux litiges d'indemnisation dans le règlement des différends relatifs aux investissements. Pour rappel, dans la génération précédente des accords bilatéraux d'investissement, la Chine se réservait le droit de notifier CIRDI 25 (4)<sup>573</sup>.

**533.** La légitimité de cette clause a suscité un large débat<sup>574</sup>. L'interprétation dominante admet que lorsque le traité en question ne reproduit pas la notification du gouvernement chinois à propos de sa réserve à la compétence, comme c'est généralement le cas dans le TBI chinois de deuxième et troisième générations, le consentement à l'arbitrage n'est pas affecté<sup>575</sup>. Cependant, chaque partie contractante peut exiger des investisseurs qu'ils épuisent les voies de recours interne à la Chine, y compris les recours devant les organes administratifs, avant de soumettre le différend à l'arbitrage international<sup>576</sup>. Il ne demeure pas moins que, depuis 1998, Pékin négocie des TBI contenant régulièrement des dispositions complètes sur le RDIE et négocie de manière proactive des traités d'investissement libéraux<sup>577</sup>.

**534.** Deux facteurs sont à l'œuvre, divisés en facteurs internes et externes. Pour les facteurs internes : l'introduction de la stratégie « *Go Out* » en 1999, a poussé les entreprises et les capitaux chinois à rechercher une coopération plus étroite avec le monde extérieur. En parallèle, la Chine a rejoint l'OMC, lui permettant de hausser le rythme et l'échelle de son emploi de capitaux d'investissements étrangers. L'établissement et le perfectionnement d'une économie de marché nécessitent un système juridique plus mature, appelant à la modernisation des accords bilatéraux d'investissement existants. Au rang des facteurs externes, les investisseurs chinois souhaitaient de meilleures garanties d'accès aux

---

<sup>573</sup> V. n° 608

<sup>574</sup> ICSID, 4 juin 2004, PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretimve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, aff. ARB/02/5, § 144 et s.; M. Bungenberg, M. Chi, « Chinese Investment Law », préc. P.227

<sup>575</sup> É. Dulac « The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties », *TDM* 2010, vol. 4, p. 28; M. Bungenberg et M. Chi, « Chinese Investment Law », préc.

<sup>576</sup> BITs Chine-Barbade : pour les différends qui ne peuvent être résolus par voie de négociation dans un délai de six mois, les investisseurs ont le droit de soumettre le différend à l'un des deux tribunaux arbitraux suivants : (1) Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, établi conformément à « *la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre les ressortissants d'un pays et d'autres* », signée à Washington le 18 mars 1965 ; (2) le tribunal arbitral établi en vertu du « *Règlement d'arbitrage de la Commission du droit commercial international des Nations Unies* ».

<sup>577</sup> A. Berger, « China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making », *German Development Institute*, P.10-14.

abondantes ressources naturelles de leurs partenaires d’Afrique, d’Asie centrale et d’Amérique du Sud.

**535.** À cette époque, la Chine s’est employée à mettre les normes et les langages techniques des accords bilatéraux d’investissement en conformité avec les standards internationaux. La génération précédente d’accords contenait peu ou pas de dispositions relatives au traitement national. Le premier traité à corriger cette lacune fut le TBI conclu en 2001 entre la Chine et les Pays-Bas<sup>578</sup>, en posant toutefois certaines limites dans son Protocole<sup>579</sup>. Les modifications des dispositions relatives au traitement national dans les accords bilatéraux d’investissement ont retenu l’une de ces quatre options :

-(1). Aucune mention ;

-(2). Langage restreint - « *dans la mesure du possible, d’accorder le traitement national à une partie contractante conformément aux lois et règlements* » ;

-(3). Langage restreint – « *sans préjudice d’autres lois et règlements* » ou « *en vertu des lois et règlements du pays hôte* » ;

-(4). Clauses explicites de traitement national, qui sont néanmoins restreintes dans le Protocole.

**536.** Parmi ces options, les troisième et quatrième ont été utilisées alternativement de 1998 jusqu’à aujourd’hui. Les accords bilatéraux d’investissement

---

<sup>578</sup> TBI China-Pays-Bas 2001, art. 3, § 3 et Protocole ad., art. 3, § 2 et 3.

Article 3 (3) : « Chaque partie contractante accorde aux investissements et activités associés à ces investissements par les investisseurs de l’autre partie contractante un traitement non moins favorable que celui accordé aux investissements et activités de ses propres investisseurs ou des investisseurs de tout État tiers ». En ce qui concerne la République populaire de Chine, les paragraphes 2 et 3 de l’article 3 ne s’appliquent pas : a) toutes les mesures non conformes existantes maintenues sur son territoire ; b) le maintien de toute mesure non conforme visée au sous-paragraph a) ; c) une modification de toute mesure non conforme visée à l’alinéa a) dans la mesure où la modification n’augmente pas la non-conformité de la mesure, telle qu’elle existait immédiatement avant la modification, avec ces obligations. Il s’efforcera de supprimer progressivement les mesures non conformes.

<sup>579</sup> Par exemple, le texte de l’accord BIT China-Allemagne 2003 indique : « *L’investissement et les activités liées à l’investissement d’une partie aux investisseurs de l’autre partie ne doivent pas être moins favorables que ceux accordés aux investisseurs du pays d’origine. La pièce jointe contient les exceptions et conditions : (1) Toute mesure de non-conformité existante maintenue sur son territoire. (2) La persistance de ces mesures de non-conformité. (3) Toute modification d’une telle mesure de non-conformité, mais la modification ne peut pas augmenter le degré de non-conformité de la mesure. La République populaire de Chine prendra toutes les mesures appropriées pour supprimer progressivement ces mesures non conformes* ».

chinois ne contiennent pratiquement aucune clause de traitement national qui soit totalement illimitée. En effet, ces restrictions permettent à la Chine de maintenir des lois et règlements à l'égard des investisseurs étrangers qui sont incompatibles avec le traitement national<sup>580</sup>.

**537.** La Chine a entamé une transition progressive vers des dispositions moins strictes pour la protection substantielle et procédurale des investissements étrangers. Les TBI chinois comportent aujourd'hui presque toutes les dispositions standard que l'on trouve dans les TBI traditionnels des pays européens<sup>581</sup>.

### C) LA TROISIÈME GÉNÉRATION

**538.** La troisième génération de TBI chinois se décline en deux modèles, sans liste négative (1) ou avec (2).

#### 1). Sans liste négative : 2007- actuellement<sup>582</sup>

**539.** Le modèle américain de TBI fut actualisé en 2012. La version chinoise a progressivement délaissé le modèle européen en faveur du modèle américain<sup>583</sup>. La Chine et les États-Unis n'ont à ce jour pas signé de TBI, mais sont liés depuis 1980 par un accord de garantie des investissements sous forme d'échange de notes<sup>584</sup>, qui constitue le moyen privilégié par les États-Unis pour protéger ses investisseurs à l'étranger. Dans sa première version de 1982, le modèle de traité utilisé par les États-Unis exigeait des parties qu'elles publient les règles pertinentes de « transparence » en matière de divulgation, ces règles

---

<sup>580</sup> A. Berger, « China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making », préc.

<sup>581</sup> A. Berger, « China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making », préc.

<sup>582</sup> Certains chercheurs situent le passage à la troisième génération en 2008. Pour d'autres, dont Axel Berger, c'est l'accord bilatéral Chine-Seychelles de 2007, dans lequel la Chine accorde pour la première fois le traitement national sans clause « grand père », qui inaugure la nouvelle génération. A. Berger, « Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: is China following the global trend towards comprehensive agreements », *op. cit.*, p. 10; M. Bungenberg et M. Chi, « Chinese Investment Law », préc., p. 229-233.

<sup>583</sup> V. Vadi « Converging Divergence: The rise of Chinese outward Foreign Investment and Its Implications for International (Investment) Law », préc., p. 712-713.

<sup>584</sup> Business America, le 14 jul. 1980, *the journal of international trade*, volume 3, p.17.

étant limitées au contenu de la publication et à la consultation et l'échange d'informations<sup>585</sup>.

**540.** Dans le même temps, l'Allemagne a signé plus de 45 TBI en tant qu'initiateur d'accords d'investissement bilatéraux. Alors que le modèle allemand de TBI privilégie la protection des investissements étrangers, la version américaine met l'accent sur la libéralisation des investissements<sup>586</sup>. L'une des différences majeures concerne l'admission au traitement national. Dans le système européen, le pays hôte peut stipuler que les investisseurs étrangers dans certaines industries et certains secteurs ne bénéficient pas du traitement national, sauf à y être admis. Dans le système américain en revanche, les investisseurs étrangers bénéficient du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée sans autre formalité, dès leur établissement<sup>587</sup>.

**541.** À partir de 2003, la Chine a revu ses traités bilatéraux d'investissement avec plusieurs pays européens<sup>588</sup>, suivant la tendance générale vers un renforcement des normes de protection et la libéralisation des investissements. La comparaison entre l'accord bilatéral d'investissement conclu avec les Pays-Bas en 2001 et celui de 2007 avec la France illustre cette évolution, notamment le premier article qui définit l'investissement et les investisseurs. La version de 2007 adopte une approche plus large pour offrir aux investisseurs davantage de protection, pour s'approcher du modèle américain de 2004<sup>589</sup>. La version européenne de l'accord bilatéral, incarnée par le modèle allemand, représente une orientation différente de la version originale de l'accord bilatéral américain. La transition actuelle de l'accord bilatéral de Chine de la version allemande à la version américaine marque un développement de l'investissement bilatéral de plus en plus unifié.

---

<sup>585</sup> BIT, 1982, art. II, § 9.

<sup>586</sup> G. Sacerdoti, « The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties », *The Journal of World Investment: Law, Economics and Politics*, Vol.1, 2000, p.107-108.

<sup>587</sup> M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch, in *International Investment Law A handbook*, préc., p. 191.

<sup>588</sup> Allemagne en 2003, Suède, Pays-Bas, Finlande en 2004, Belgique et Luxembourg en 2005, France en 2007.

<sup>589</sup> La définition de l'investisseur en version 2007 : (1) les ressortissants, c'est-à-dire les personnes physiques qui ont les droits internationaux de tout État contractant ; (2) établies sur le territoire de cette partie contractante conformément à la législation de chaque partie contractante et ayant leur siège dans cette partie contractante ou une personne morale d'une partie contractante Ou une personne morale contrôlée directement ou indirectement par une personne physique. Les personnes morales comprennent les entreprises et les organisations à but non lucratif dotées de la personnalité juridique.

**542.** Au cours des dix dernières années, les accords bilatéraux d'investissement chinois se sont développés rapidement. Les dispositions de cette période sont également plus claires et détaillées que celles de la génération précédente de traités. Pour preuve, le nombre d'articles est en augmentation constante : dix articles pour le TBI avec les Pays-Bas en 2001 ; douze pour la France en 2007 ; dix-huit pour l'Ouzbékistan en 2011 ; et trente-cinq pour le Canada en 2012. De plus, on trouve six clauses supplémentaires ajoutées pour expliquer les exceptions. Conclu à l'issue de dix-huit ans de négociation, l'accord d'investissement bilatéral sino-canadien est de loin le plus étendu, intégrant tous les éléments importants habituellement contenus dans ce type d'accord, y compris : la définition de l'investissement, le champ d'application, les normes minimales de traitement, le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement national, le prélèvement, le transfert, la subrogation, la fiscalité, le règlement des différends, les exceptions générales et autres dispositions.

**543.** L'accord d'investissement bilatéral Chine-Canada comprend également des dispositions spéciales sur les exceptions prudentielles fiscales et financières qui apparaissent pour la première fois dans le traité chinois<sup>590</sup>. De nouveaux éléments sont ajoutés, tels que les dispositions fiscales, les dispositions de transparence, les dispositions de recrutement des cadres supérieurs, des membres du conseil d'administration et du personnel<sup>591</sup>. Cet accord peut être considéré comme représentatif de la dernière génération du TBI conclu par la Chine, il est donc important d'en comprendre les termes spécifiques en détail. Les quatre dispositions fiscales sont les suivantes :

- (1) en cas de conflit avec une convention fiscale conclue par l'autre partie, la clause fiscale du TBI sera appliquée de manière préférentielle ;
- (2) l'effet contraignant se limite aux seules clauses fiscales ;

---

<sup>590</sup> TIB Chine-Pays Bas 2001 ; TBI Chine-Russie 2006 ; TBI Chine-France 2007 ; TIB Chine-Ouzbékistan 2011 ; TIB Chine- Canada 2012 ; MOFCOM, Interprétation du TBI Chine-Canada, 9 sept. 2012.

<sup>591</sup> Les accords bilatéraux d'investissement antérieurs pouvaient contenir une clause sur « l'entrée et le séjour du personnel ». Absente au début des années 90, elle apparaît dans les accords Chine-Pays-Bas 2001 et la Chine-Finlande 2004. En revanche, elle ne figure pas dans les accords Chine-Russie 2006, Chine-France 2007, ni la Chine-Suisse 2009. Il en ressort que les accords bilatéraux d'investissement de la Chine n'ont pas de version unifiée et leur contenu ne suit pas de schéma régulier. L'accord entre la Chine et le Canada met en évidence la problématique de la nationalité des cadres supérieurs et des membres du conseil dans le cadre de leur recrutement ou nomination. Il faut également constater que l'accord sino-canadien a été influencé par la version 2012 des États-Unis (v. art. 9 de la version américaine de 2012).



- (3) les gouvernements des deux partis disposent d'une compétence accrue en matière fiscale. Les investisseurs qui contestent les mesures fiscales doivent d'abord consulter les autorités fiscales des deux parties. Si celles-ci déterminent conjointement que les mesures fiscales ne constituent pas un prélèvement, l'investisseur n'est pas autorisé à solliciter un arbitrage international ;
- (4) l'investisseur peut demander un arbitrage international uniquement après consultation des autorités fiscales des deux parties et en cas d'absence de consensus.

**544.** La règle de transparence est une caractéristique majeure des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États-Unis depuis 1982. À partir de la version 2004 des États-Unis, les règles de « transparence » se font plus exigeantes, la simple publication telle que l'échange d'informations passant, par exemple, à une notification et communication d'informations. Le règlement couvre tous les aspects des procédures administratives, réexamens et pétitions, exceptions de sécurités etc. La version de 2012 ajoute trois paragraphes à la clause de transparence qui opèrent quelques changements dans son contenu. Par exemple, la publication des règlements nécessite des notifications plus strictes, et doit être accompagnée d'une explication de leur objet. Avant leur publication, les règlements doivent être ouverts aux commentaires du public, et le pays hôte doit permettre aux investisseurs des parties contractantes de participer aux travaux du gouvernement visant à élaborer des normes techniques. Enfin, les agences de normalisation non gouvernementales sont invitées à inclure ces investisseurs étrangers dans la normalisation.

**545.** Dans la nouvelle version de 2012, des restrictions sur l'exercice des droits des pays hôtes et des obligations des investisseurs ont été ajoutées. D'une part, les pays hôtes doivent améliorer la transparence de l'application des lois et restreindre le traitement spécial des entreprises publiques ainsi que la priorité donnée aux achats de produits ou technologies locaux ; d'autre part, les investisseurs sont tenus de respecter les obligations

du pays hôte en matière de protection de l'environnement et des droits des travailleurs<sup>592</sup>, et de divulguer les informations d'exploitation au pays hôte en temps opportun<sup>593</sup>.

**546.** Des dispositions concernent également le recrutement des cadres dirigeants et la nomination des membres du conseil d'administration. Dans le climat actuel de protectionnisme unilatéral, de nombreux pays et régions s'inquiètent de l'arrivée de capitaux chinois dans leur pays et certaines « théories de la menace des capitaux chinois » ont vu le jour. À cet égard, l'article 7 du TBI Chine-Canada dispose clairement les conditions de recrutement du personnel et des membres du conseil d'administration<sup>594</sup>. Cette clause n'était pas incluse dans le projet de modèle de TBI chinois en 2010, mais le sujet se fait plus pressant à mesure que les entreprises chinoises se mondialisent, dans un contexte politique international qui connaît quelques tensions. D'une manière générale, le corps de cet accord comprend quatre parties. La première partie est la clause de définition<sup>595</sup>, la deuxième partie précise les règles physiques<sup>596</sup>, la troisième partie définit les règles de procédure<sup>597</sup>, et la quatrième partie contient quatre clauses, à savoir l'exception générale, l'exclusion, l'entrée en vigueur et la résiliation<sup>598</sup>.

---

<sup>592</sup> L. E. Trakman « China and Foreign Direct Investment: Looking Ahead », in Q. Liu, W. Shan (dir.) *China and International Commercial Dispute Resolution*, p.179-181.

<sup>593</sup> US Model Bilateral Investment Treaty, 2004; US Model Bilateral Investment Treaty, 2012; S. Akhtar et M. A. Weiss, « U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress », *Congressional Research Service*, 29 avr. 2013.

<sup>594</sup> Art.7 : « 1. Une partie contractante ne peut exiger qu'une de ses entreprises, qui est un investissement visé, nomme des personnes d'une nationalité déterminée aux postes de dirigeants. 2. Une partie contractante peut exiger que la majorité des membres du conseil d'administration, ou de tout comité du conseil d'administration, d'une entreprise de cette Partie contractante qui est un investissement visé soient d'une nationalité déterminée ou résident sur son territoire, à condition que cette exigence n'entrave pas de façon importante la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement. 3. Sous réserve de ses lois, règlements et politiques relatifs à l'admission et au séjour des étrangers, chacune des Parties contractantes accorde l'autorisation d'entrée et de séjour temporaire sur son territoire aux personnes physiques qui sont des citoyens ou des résidents permanents de l'autre Partie contractante et qui sont engagées comme dirigeants, cadres ou experts par une entreprise qui est un investissement visé d'un investisseur, ou par une filiale ou société affiliée de celle-ci ».

<sup>595</sup> Elle définit les concepts d'investissement, d'investisseur, d'investissement couvert, de revenu, de mesures, de mesures existantes, de services financiers, d'entreprises, d'informations confidentielles, d'investisseurs litigieux, de parties à des litiges, de tribunaux arbitraux, de territoires, etc.

<sup>596</sup> Ces règles concernent le champ d'application, la promotion et accès aux investissements, les normes de traitement minimum, le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement national, le recrutement des cadres supérieurs et des membres du conseil d'administration et du personnel, les exceptions, les exigences de performance, le prélèvement, la compensation des pertes, le transfert, la subrogation, la fiscalité, les litiges entre parties contractantes, le refus d'octroyer des avantages, transparence des lois, les réglementations et politiques.

<sup>597</sup> Il s'agit des appels des investisseurs de l'une ou l'autre partie contractante, les conditions préalables à l'arbitrage, les requêtes en arbitrage, le consentement à l'arbitrage, les arbitres, le consentement à la nomination d'un arbitre, la fusion des procédures arbitrales, les auditions et les documents de participation du public, les déclarations des parties non contestantes, la loi applicable, les mesures de protection provisoires et sentences définitives, la finalité et l'exécution des sentences.

<sup>598</sup> La clause des exceptions générales prévoit des exceptions aux mesures liées à l'industrie culturelle, aux intérêts fondamentaux en matière de sécurité et à la divulgation d'informations sur l'application des règles de concurrence.

**547.** Par contre, cet accord ne contient pas de dispositions relatives à l'accès aux investissements. La Chine n'accorde actuellement le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée aux investisseurs qu'après l'accès à l'investissement. Avant que l'investissement ne soit admis, il est réglementé par le droit interne chinois ce qui est une réserve traditionnellement posée par la Chine dans ses traités. Cette pratique est un point de contentieux avec l'UE et les États-Unis dans les négociations d'accord bilatéraux d'investissement avec la Chine.

## 2). Avec liste négative : 2013-actuellement

**548.** Le 18 septembre 2013, le Conseil des affaires de l'État a publié un avis sur le plan global de la zone pilote de libre-échange de Chine (Shanghai) fixant la feuille de route pour une réforme du modèle de gestion des investissements étrangers : étudier les règles internationales, adapter le droit national pour que les investissements internes soient traités de la même manière que les futurs investissements étrangers, formuler une liste négative d'investissements étrangers qui ne seront pas protégés par les traités d'investissements étrangers. La logique de fonctionnement est ainsi quelque peu différente de celle qui innerve les pays occidentaux car l'objectif est tourné vers le fait de traiter aussi bien les investissements nationaux que les investissements étrangers, et non l'inverse. C'est ainsi que, pour les secteurs d'activité ne figurant pas sur la liste négative, les projets étrangers d'investissement basculeront du système d'approbation au système d'enregistrement, assurant une égalité de traitement entre investisseurs nationaux et étrangers. Cette approche s'est généralisée à compter de la signature de l'accord bilatéral d'investissement Chine-Canada, car le modèle de TBI chinois est depuis basé sur une approche de gestion des investissements étrangers fondée sur une égalité de traitement entre investisseurs internes et étrangers à l'exception des secteurs d'activité figurant sur la liste négative.

**549.** Ce modèle met donc l'accent sur la préservation des droits du pays hôte, tout en égalisant les intérêts de tous les investisseurs quelle que soit leur nationalité. En ce qui concerne le mécanisme de règlement des différends État-investisseurs dans les accords bilatéraux d'investissement, ce modèle clarifie son champ d'application et impose le

recours à différentes procédures : d'abord, négociations amiables et voies de recours internes puis, en cas d'épuisement de ces dernières, l'arbitrage. L'importance que la Chine attache à la médiation se reflète également dans le nouvel accord global d'investissement entre la Chine et l'UE, qui fait de la médiation une condition préalable à l'engagement d'une procédure d'arbitrage et qui impose la médiation pour les futurs accords bilatéraux d'investissement. Ces deux accords montrent la volonté de la Chine d'inclure la médiation dans les accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs à l'investissement international<sup>599</sup>. En cela, la Chine participe à la tendance internationale d'inclure les procédures de médiation parmi les options de règlement des différends dans les nouveaux accords internationaux d'investissement. Ainsi, des procédures de médiation sont par exemple prévues dans l'accord de protection des investissements entre l'UE et le Vietnam, ou dans l'accord entre l'UE et le Canada<sup>600</sup>. Puisque la Chine est à la fois un pays importateur et un pays exportateur, la nouvelle génération de TBI ne doit pas seulement protéger les intérêts chinois en tant que pays d'accueil, mais elle doit également imposer un meilleur environnement international pour les investissements chinois à l'étranger.

## §2. LE CONTENU DE L'ACCORD GLOBAL SUR LES INVESTISSEMENTS ENTRE LA CHINE ET L'UNION EUROPÉENNE

**550.** Après l'accord bilatéral avec le Canada, la Chine a achevé une autre étape importante en concluant l'accord de global sur les investissements entre la Chine et l'Union européenne (*The comprehensive agreement on investment : CAI Chine-UE*). Le sommet Chine-UE de novembre 2013 a débouché sur l'annonce du lancement de négociations sur un accord bilatéral d'investissement entre les deux plus grandes puissances économiques mondiales. Entre janvier 2014 et mars 2020, la Chine et l'UE ont mené 27 cycles de discussions, dont la portée rivalise avec les négociations de l'accord bilatéral d'investissement sino-américain. De même, la Chine négocie cette fois sur le principe du traitement national de préétablissement, et avec le mécanisme de liste négative.

---

<sup>599</sup> Par exemple, le recours à une option croisée dans le traité d'investissement qui prévoit soit la médiation par le centre international de médiation appliquant les règles de médiation de l'ICSID, soit l'arbitrage par le centre international d'arbitrage.

<sup>600</sup> Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viêt Nam, art. 3.29-31 relatif à la médiation ; Accord économique et commercial global entre Canada et l'Union européenne, art. 8.20 sur la médiation : les parties au différend peuvent, à tout moment, convenir de recourir à la médiation.

**551.** Les pays européens avaient pourtant été parmi les premiers pays à signer des accords bilatéraux d'investissement avec la Chine, avec des mises à jour successives entre 2001 et 2007. Cependant, au regard de l'évolution des accords internationaux d'investissement et des relations économiques et commerciales entre la Chine et l'UE, ces accords n'avaient clairement pas répondu aux exigences des deux parties pour équilibrer la protection des intérêts des investisseurs et des pays hôtes. Bien que la Chine ait renforcé la protection des entités et des procédures des investisseurs après 1998, le traitement national sans la clause de droits acquis n'apparaît que dans les conditions d'investissement bilatérales entre la Chine et Chypre. La majeure partie du traitement de la nation la plus favorisée est également soumis à des restrictions. Par ailleurs, les normes du travail et environnementales, de responsabilité sociale des entreprises et autres dispositions sont largement absentes. La Déclaration conjointe des dirigeants sino-européens réunis en avril 2019 indique : « *le niveau élevé des accords d'investissement Chine-UE se traduira par une amélioration substantielle de l'accès aux marchés, l'élimination des exigences et des pratiques discriminatoires affectant les investisseurs étrangers et l'établissement d'un équilibre, cadre de protection des investissements et dispositions en matière d'investissement et de développement durable* »<sup>601</sup>.

**552.** La Chine est aujourd'hui liée par un accord bilatéral d'investissement avec chacun des 27 pays membres de l'UE, à l'exception de l'Irlande. Ces pays furent d'ailleurs parmi les premiers à signer de tels accords avec la Chine, car ils constituent un véhicule privilégié pour diffuser leurs valeurs dans le monde entier sous l'impulsion du libre-échange. Ainsi, l'accord bilatéral d'investissement n'est pas uniquement un moyen économique, mais aussi un outil politique, et ce depuis les tout débuts de la coopération économique et commerciale internationale. La primauté de la finalité politique des accords bilatéraux d'investissement est partagée par la Chine. Lorsque les investisseurs étrangers ont commencé à s'implanter en Chine, les accords bilatéraux d'investissement n'ont finalement joué qu'un rôle minimal, l'enthousiasme des investisseurs étrangers étant avant tout guidé par la perspective de rendements élevés. De fait, seules 5 demandes d'arbitrage ont été déposées jusqu'à présent devant le centre CIRDI par des investisseurs étrangers

---

<sup>601</sup> V. Bruxelles, 9 avr. 2019, EU-China summit joint statement.

contre la Chine sous la convention de Washington, et 7 arbitrages déposés par des citoyens ou des entreprises chinoises (Hong Kong et Macao compris) contre des États étrangers.

**553.** La Chine et les pays européens conservent des postures différentes sur l'exportation de valeurs par le biais d'accords de libre-échange ou d'accords bilatéraux d'investissement. Cependant la Chine s'emploie à suivre le rythme des principaux décideurs mondiaux en matière d'économie, de commerce et d'investissement afin de s'intégrer progressivement dans le jeu mondial à travers un processus de participation active. Si le modèle politique et social de la Chine est fondamentalement différent du modèle occidental, elle espère malgré tout s'intégrer dans la communauté internationale plutôt que de se trouver isolée. De son côté, l'Union européenne a acquis une nouvelle compétence en matière d'investissements étrangers. En effet et depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>602</sup>, la négociation et la conclusion de nouveaux traités bilatéraux ou multilatéraux constituent une politique européenne commune<sup>603</sup>. Aujourd'hui, l'économie chinoise a déjà supplanté celle de l'Union européenne. Les évolutions géopolitiques mondiales ont rendu la signature d'un accord bilatéral d'investissement Chine-UE d'autant plus essentielle.

**554.** L'accord global sur les investissements Chine-UE, dont les négociations se sont conclues fin 2020, voit la Chine octroyer un niveau d'accès inédit à ses marchés ainsi que se conformer aux standards modernes en matière d'investissement étranger. L'accord se compose de six parties principales et de sept annexes. Le contenu du traité est ici résumé en six parties : Accès au marché (**A**), Libéralisation d'investissement (**B**), Compétition équitable (**C**), Cadre réglementaire et services financiers (**D**), Développement durable (**E**), Mécanisme de règlement des différends (**F**).

#### A) L'ACCÈS AU MARCHÉ

---

<sup>602</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 et entré en vigueur en 1<sup>er</sup> déc.2009.

<sup>603</sup> S. Menétrey, « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne » in C. Leben, (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, p.632-638.

**555.** L'article 2 de la section II du CAI Chine-UE concerne la restriction quant à l'accès au marché. Il indique : la limite du nombre d'entreprises ; la limite supérieure de la valeur totale des transactions ou de la valeur totale des actifs ; la limite supérieure du nombre de transactions ; la limite supérieure du nombre d'employés et l'exigence de coentreprise. Ces dispositions se présentent sous la forme de restrictions quantitatives à l'accès aux marchés pour toutes les industries qui sont énumérées à l'annexe III, laquelle constitue une liste négative d'industries qui ne sont pas protégées par le traité. Toutefois, la liste négative du CAI Chine-UE demeure une avancée lorsqu'elle est comparée à celles retenues par la loi chinoise sur les investissements étrangers.

**556. Du côté chinois.-** La loi chinoise sur les investissements étrangers utilise en effet également un système de liste négative aux investissements étrangers. Cette loi prévoit quatre types de listes négatives aux champs d'application différents. La première liste est la liste négative pour l'accès au marché (version 2022)<sup>604</sup> qui s'applique à la fois aux investisseurs chinois et étrangers ; la deuxième est la liste négative des investissements étrangers (version 2021)<sup>605</sup> qui s'applique aux investisseurs étrangers pour tout le territoire chinois, à l'exception des 20 zones de libre-échange et du port de libre-échange de Hainan ; la troisième est la liste négative des investissements étrangers dans les zones de libre-échange (version 2021)<sup>606</sup> ; la dernière est que la liste négative des investissements étrangers dans le port de libre-échange de Hainan (version 2021)<sup>607</sup>. L'accès au marché accordé aux investissements étrangers varie en fonction des listes négatives et des négociations sectorielles seront menées dans le cadre d'accords bilatéraux ou multilatéraux afin d'obtenir un meilleur accès au marché pour les investisseurs.

**557.** Afin de garantir aux investisseurs de l'UE plus de secteurs industriels que les listes négatives mentionnées ci-dessus, l'un des principaux axes des négociations du CAI Chine-UE est un accès plus libéral au marché chinois. Au terme des négociations, la Chine a pris des engagements complets en matière d'investissement dans les secteurs

---

<sup>604</sup> La liste négative, 12 mars 2022 *pour l'accès au marché*. Il indique que 115 secteurs avec autorisation et 156 secteurs interdits.

<sup>605</sup> La liste négative des investissements étrangers, 18 sep. 2021 *pour l'accès au marché*, Il indique que 10 secteurs avec autorisation et 21 secteurs interdits.

<sup>606</sup> La liste négative des investissements étrangers dans les zones de libre-échange, 18 sep. 2021 *pour l'accès au marché*, Il indique que 10 secteurs avec autorisation et 17 secteurs interdits.

<sup>607</sup> La liste négative des investissements étrangers dans le port de libre-échange de Hainan, 18 sep. 2021 *pour l'accès au marché*, Il indique que 32 secteurs avec autorisation et 38 secteurs interdits.

industriels et des services. L'accès au marché comme prévu dans le CAI Chine-UE revient totalement sur les 4 listes négatives pour favoriser l'investissement européen. En effet, selon la liste III de l'annexe sur l'accès au marché du CAI Chine-UE, il n'y a plus que 5 secteurs interdits et 23 secteurs où une autorisation est nécessaire<sup>608</sup>, Le CAI Chine-UE manifeste actuellement la plus grande ouverture accordée par la Chine aux investissements étrangers<sup>609</sup>.

**558. Du côté européen.-** les engagements pris par l'UE concernant l'accès au marché s'appliquent à l'ensemble du territoire de l'UE, à l'exception des éventuelles réserves formulées par un des États membres pour son marché interne<sup>610</sup>. Dans l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE, l'accès au marché des investissements n'est pas basé sur une liste négative. L'article 8.4-1 interdit d'ailleurs aux parties de limiter : le nombre d'entreprises opérant dans un secteur d'activité économique donné ; la valeur totale des transactions ou des actifs ; le nombre d'opérations ; la production ; la participation de capital étranger ; Il en va autrement avec l'accord UE-Chine car l'accès aux marchés est basé sur une liste négative qui soumet l'accès à certains secteurs à des conditions restrictives.

## B) LA LIBÉRALISATION DE L'INVESTISSEMENT

**559.** Le traitement de la libéralisation des investissements présente quatre aspects : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, l'exigence de performance, et l'exigence de nationalité des cadres dirigeants et des membres du conseil d'administration. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont les deux clauses fondamentales des accords d'investissement, et sont au cœur de la libéralisation et de la facilitation des investissements. Cependant, chaque pays émettra des réserves et des restrictions sur certaines industries sensibles pour des motifs d'intérêt national. Les investisseurs étrangers ne peuvent pas concurrencer les investisseurs nationaux dans ces secteurs réservés ou, pour être précis, les investisseurs étrangers ne

---

<sup>608</sup> V. annexe 1

<sup>609</sup> Il existe toutefois une exception générale d'investissement dans les industries à capacité excédentaire, telle que l'acier, et dans celles qui sont en voie d'élimination.

<sup>610</sup> V. annexe 2



peuvent pas du tout obtenir de billets d'entrée ou participer à des activités commerciales même à des conditions restreintes (les plus typiques étant les restrictions sur le taux de capitaux ou le droit de contrôle). Les investisseurs étrangers bénéficient du traitement national et de la nation la plus favorisée dans tout secteur hormis certaines industries sensibles. Aussi, le degré d'ouverture d'un accord d'investissement peut être évalué en fonction du nombre et de la portée de ces industries spécifiques qui en sont exclues. Malgré ces restrictions, il s'agit toutefois d'une ouverture notable, car avant l'adoption du modèle de liste négative par les États-Unis en 2012, tous les pays, y compris ceux de l'Union européenne, suivaient le modèle de liste positive qui ouvrait de manière moindre le marché aux investisseurs étrangers.

**560.** Les États-Unis et l'Union européenne constituant les forces dominantes dans les accords internationaux multilatéraux, la liste négative est devenue un standard international. L'objectif de l'accord d'investissement Chine-UE est ainsi d'atteindre la plus grande libéralisation possible. Cette évolution a été favorisée par la matière dont a été négocié cet accord : les deux parties ont certes énuméré chacune la liste de leurs industries réservées sous la forme d'une liste négative aux annexes III (*market access*), mais ces listes concordent dans une certaine mesure<sup>611</sup>. Les engagements et les mesures pris par la Chine dans ce cadre sont les plus importants de son histoire.

**561. L'exigence de performance.-** Le contenu de l'exigence de performance élaboré dans le cadre du CAI Chine-UE marque également plusieurs avancées par rapport aux accords bilatéraux d'investissement précédent. Par exemple, l'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APPIE) signé entre la Chine et le Canada en 2012 comportait des exigences de performance plus modestes, basées sur l'article 2 des « Mesures concernant les investissements et liées au commerce » (MIC ou TRIMS). Ce dernier, développé et opérant dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), est considéré comme le code international des investissements le plus complet du 20<sup>ème</sup> siècle, mais il s'agit avant tout d'un accord sur le commerce des marchandises.

---

<sup>611</sup> Les éléments suivants comparent les industries figurant dans la liste négative entre la Chine et l'UE, sauf dans les cas mentionnés à l'art. 1, section II. Il s'agit notamment des services d'audition, certains services aéronautiques, des activités de marchés publics et des projets bénéficiant de subventions gouvernementales.

**562.** Les enjeux essentiels de l'accord bilatéral d'investissement du 21<sup>ème</sup> siècle que sont le traitement national, l'interdiction des restrictions quantitatives, le principe de transparence et les règles de règlement des différends n'y sont que peu abordés. Néanmoins, l'article 2<sup>612</sup> établit des normes minimales internationales, négociées entre pays développés et pays en développement, pour interdire certaines restrictions quantitatives, à savoir : (1) obliger des entreprises à acheter ou utiliser des produits nationaux ; (2) exiger des entreprises à acheter ou utiliser des produits importés ; (3) empêcher des entreprises d'importer des produits ; (4) restreindre des produits d'importation par le contrôle des changes ; (5) restreindre des produits d'exportation. L'interdiction de ces cinq pratiques a permis de faciliter la circulation des investissements dans le domaine commercial, mais de nombreux pays développés, dont les États-Unis et l'Union européenne souhaitaient aller plus loin dans la libéralisation en interdisant l'ensemble des pratiques entravant la liberté d'investir. L'article 8.5<sup>613</sup> de l'accord économique et commercial global entre l'UE-Canada (AECG) applique l'exigence de performance aux cinq domaines mentionnés dans l'article 2 du TRIMS, à savoir : (1) les ratios d'exportation ; (2) les ratios des composants nationaux ; (3) l'achat prioritaire de produits ou de services locaux ; (4) le lien entre les ventes à l'importation et à l'exportation et les devises ; (5) la restriction de la production ou de la vente de produits ou de services par le biais du contrôle des changes.

**563.** L'AECG ajoute cependant deux éléments supplémentaires : (6) l'exigence du transfert de technologie, de processus de production ou de droit de propriété intellectuelle ; (7) la fourniture ciblée de produit ou de services dans une zone spécifique

---

<sup>612</sup> (1) Qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale... ; (2) Que les achats ou l'utilisation, par une entreprise, de produits importés soient limités à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte ; (3) L'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale, d'une manière générale ou en la limitant à un montant lié au volume ou à la valeur de la production locale qu'elle exporte ; (4) L'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale, en limitant l'accès de l'entreprise aux devises à un montant lié aux entées de devises attribuables à l'entreprise ; (5) L'exportation ou la vente pour l'exportation par une entreprise, de produits, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits terminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale.

<sup>613</sup> Art. 8.5 et s. : (a) export a given level or percentage of a good or service; (b) achieve a given level or percentage of domestic content; (c) purchase, use or accord a preference to a good produced or service provided in its territory, or to purchase a good or service from natural persons or enterprises in its territory; (d) relate the volume or value of imports to the volume or value of export or to the amount of foreign exchange inflows associated with that investment; (e) restrict sales of a good or service in its territory that the investment produces or provides by relating those sales to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings; (f) transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a natural person or enterprise in its territory; or (g) supply exclusively from the territory of the Party a good produced or a service provided by the investment to a specific regional or world market.

ou le marché du monde. Ainsi, l'AECG adopte une norme plus élevée que l'accord APPIE Chine-Canada en matière d'exigences de performance. L'accord CAI Chine-UE dans l'article 3<sup>614</sup> de la section II, reprend la norme d'AECG et lui ajoute trois nouvelles interdictions de restrictions, portant sur : (8) le choix de l'adresse du siège social ; (9) le pourcentage dévolu à l'activité de recherche et développement ; (10) le fait d'utiliser ou d'avoir tendance à utiliser la technologie sous licence d'une partie, personne physique ou entreprise. Parmi les accords d'investissement modernes, ces 10 exigences de performance couvrent la gamme la plus large. La Chine est donc un des participants.

**564. La nationalité des dirigeants et des administrateurs.-** La Chine n'exigé pas que les dirigeants aient la nationalité chinoise mais elle impose une exigence de nationalité aux administrateurs (les membres du conseil) sauf si cela ne nuit que sensiblement à la capacité de contrôle des investissements. À l'inverse, l'attitude de l'UE est de ne pas autoriser les exigences de nationalité dans les deux cas, ni pour les dirigeants ni pour les administrateurs. Le CAI Chine-UE a également été l'occasion d'ouvrir des négociations sur cette question. Ce sont les normes plus élevées en matière de libéralisme qui l'ont emporté en écartant les exigences traditionnelles chinoises. Aucune exigence de nationalité n'est donc désormais prévue pour les activités entrant dans le champ du traité.

### C) LA COMPÉTITION ÉQUITABLE

**565.** La plus grande attente des entreprises européennes qui investissent en Chine vis-à-vis du CAI Chine-UE est l'élimination des obstacles directs et indirects à l'accès au marché et le souhait de bénéficier d'un environnement concurrentiel équitable avec les entreprises publiques chinoises<sup>615</sup>. L'une des particularités chinoises est un

---

<sup>614</sup> Art. 3 et s. : (a) to export a given level or percentage of a good or service; (b) to achieve a given level or percentage of domestic content; (c) to purchase, use or accord a preference to a good produced or service provided in its territory, or to purchase a good or service from natural persons or enterprises in its territory; (d) to relate the volume or value of imports to the volume or value of export or to the amount of foreign exchange inflows associated with that investment; (e) to restrict sales of a good or service in its territory that the investment produces or provides by relating those sales to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings; (f) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a natural person or enterprise in its territory; (g) to supply exclusively from the territory of the Party a good produced or a service provided by the investment to a specific regional or world market. (h) to locate the headquarters of that investor for a specific region or the world market in its territory; (i) to achieve a given percentage or value of research and development in its territory; or (j) to use or favour technology that is owned by or licensed to a natural person or an enterprise of the Party.

<sup>615</sup> European Union Chamber of Commerce in China, *Enquête sur la confiance des entreprises 2020*, Roland Berger, 2020.

« système économique à double voie » (*Shuanggui Jingji 双轨经济*), la première consistant à réduire l'intervention de l'État et décentraliser le pouvoir, la seconde à réformer les entreprises publiques et les mettre en concurrence avec le secteur privé, y compris les entreprises à capitaux étrangers. Or, d'après les retours des entreprises européennes en Chine, soit les entreprises publiques chinoises exercent une entreprise dominante sur les industries de base, soit ces industries leur sont officiellement réservées. Un autre grief récurrent concerne les barrières à l'accès au marché. En 2019, 41 % des entreprises européennes ont rapporté que si l'ouverture du marché chinois s'améliorait du fait de la simplification des procédures administratives, les réformes substantielles demeuraient insuffisantes. Parmi ces entreprises, 15 % déclaraient être confrontées à des barrières directes, telles que des listes négatives ; 30 % étaient confrontées à des barrières indirectes, telles que des procédures d'émission de licence d'exploitation<sup>616</sup>.

**566.** En réponse à l'insistance de l'UE pour instaurer une concurrence loyale dans l'accord avec la Chine, celle-ci s'est engagée à mener des réformes de fond pour améliorer l'environnement de l'investissement sur son territoire. Au plus fort de la période de croissance économique chinoise, les entreprises à capitaux étrangers ont réalisé un retour sur bénéfices considérables et elles ont maintenu une confiance élevée dans leurs investissements en Chine. Cependant, avec le changement de conjoncture dans l'économie mondiale, 27 % des entreprises européennes estiment que le plus grand défi pour y investir est le ralentissement économique de la Chine<sup>617</sup>, couplé à l'impact de l'épidémie de Covid-19. Dans ce contexte, il devient plus urgent d'assurer un environnement d'investissement équitable aux entreprises étrangères, notamment pour qu'ils permettent des retombées en matière d'emploi. Les clauses de l'accord UE-Chine portant sur la concurrence équitable se présentent sous trois aspects : les entités couvertes, la discipline en matière de transparence des subventions et le transfert de technologie.

**567. Les entités couvertes.-** Ce concept, utilisé dans les accords d'investissement, englobe les entreprises publiques mais permet de minimiser l'usage de ce terme sensible tout en élargissant le champ de définition. Quatre formes sont incluses dans l'accord CAI Chine-UE à l'article 3bis section II :

---

<sup>616</sup> *Ibid.*

<sup>617</sup> *Ibid.*

- (1). Les entreprises publiques ;
- (2). Les entreprises dans lesquelles le gouvernement dispose du pouvoir de décision ou de contrôle en vertu de lois ou règlements ;
- (3). L'entreprise ou le consortium public ou privé bénéficiant d'un monopole attribué par le gouvernement, sauf lorsque ce monopole résulte de l'exercice de son droit de propriété intellectuelle ;
- (4). Les entreprises au nombre de deux ou plus, bénéficiant d'un monopole attribué par le gouvernement, qu'elles soient publiques ou privées. Une entreprise est dite publique lorsque l'État : (a) détient plus de 50 % du capital ; (b) contrôle plus de 50 % des droits de vote par le biais de participations l'exercice ; (c) détient le pouvoir de nommer la majorité des membres du conseil d'administration ou de tout autre organe de direction équivalent ; (d) détient le pouvoir de contrôler les décisions de l'entreprise par le biais de toute autre participation (y compris minoritaire).

Cette définition fait l'objet d'un consensus entre l'Union européenne et la Chine. Elle est également conforme à la définition des entreprises publiques dans l'accord États-Unis-Mexique-Canada.

**568. Les principales exigences.**- Les entités couvertes ainsi que les parties dont elles dépendent sont soumises à quatre types d'exigences : les obligations liées aux considérations commerciales, les obligations de non-discrimination, les obligations de transparence, et l'impartialité des organismes de réglementation. La clause de considérations commerciales impose aux parties contractantes de veiller à ce que leurs entités couvertes se livrent à l'achat ou la vente de biens ou services conformément à des considérations commerciales, lorsqu'elles exécutent des directives qui ne violent pas les exigences d'un traitement non discriminatoire. Les considérations commerciales ici se réfèrent à la recherche de la rentabilité, sur la base de critères tels que le prix, la qualité, etc. L'obligation de non-discrimination exige d'une partie contractante qu'elle veille à ce

que l'entité couverte accorde le traitement national aux investisseurs lors de l'achat ou de la vente de biens ou de services. Aucune condition discriminatoire ne peut être attachée.

**569.** L'obligation de transparence permet à une partie contractante de solliciter de l'autre partie certaines informations sur une entité couverte lorsqu'elle estime que cette dernière est susceptible de négativement affecter ses intérêts. Ces informations comprennent la structure de l'actionnariat, la structure organisationnelle, le chiffre d'affaires ou les actifs, les exemptions ou immunités dont elle bénéficie, les agences de supervisions dont elle dépend etc. Un autre point important est l'équité du pouvoir public, si dans le cas qu'une partie de contractante est entreprise publique. Enfin, chaque partie doit veiller à l'impartialité des agences de régulation vis-à-vis des entités couvertes de l'autre partie, garantissant à celle-ci un traitement équitable et non discriminatoire.

**570. Les règles générales en matière de transparence des subventions.** - Le principe de transparence constitue un élément fondamental de la politique libérale de l'UE. De son côté, le système économique chinois a longtemps été basé sur le financement public de l'activité économique, notamment au travers des entreprises publiques chinoises. Le fait qu'une entreprise publique ait une mission de service public est un élément fondamental de la responsabilité de l'État et des immunités juridictionnelles dont bénéficie l'État en vertu du droit international. Selon l'article 5(3) du « Draft article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act 2001 »<sup>618</sup>, il est indifférent que l'entreprise soit publique ou privée, que ces capitaux soient détenus par l'État ou un actionnariat privé dès lors qu'elle a une mission de service public<sup>619</sup>. Le gouvernement chinois a adopté une réforme des entreprises publiques en tenant compte de ce critère de la mission de service public. Ainsi, la Chine classe désormais les entreprises publiques selon leurs missions en deux catégories selon qu'il s'agit d'une mission d'intérêt public ou une mission commerciale. Les entreprises publiques avec une mission commerciale sont exploitées conformément aux exigences du marché. Pour autant, la distinction entre les

---

<sup>618</sup> UN, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, with commentaries, 2001.

<sup>619</sup> L'article 5(3) précise que: « The fact that an entity can be classified as public or private according to the criteria of a given legal system, the existence of a greater or lesser State participation in its capital, or, more generally, in the ownership of its assets, the fact that it is not subject to executive control—these are not decisive criteria for the purpose of attribution of the entity's conduct to the State. Instead, article 5 refers to the true common feature, namely that these entities are empowered, if only to a limited extent or in a specific context, to exercise specified elements of governmental authority ».

deux catégories de mission est imparfaite car certaines entreprises publiques avec mission commerciale effectuent des tâches que l'on peut considérer comme relevant de l'intérêt public. Ainsi, la catégorie d'entreprise publique avec mission commerciale comprend, outre les entreprises publiques purement commerciales, des entreprises publiques avec une mission « mixte » comme par exemple celles qui prospèrent dans le secteur de la sécurité nationale<sup>620</sup>. En outre, il faut noter que le gouvernement impose la présence de membres du Parti communiste dans la direction des entreprises publiques, y compris dans celles qui ont une mission purement commerciale. La réglementation chinoise des entreprises est, à suivre les textes, identique, qu'elle soit privée ou publique et le gouvernement chinois s'engage à traiter sur un pied d'égalité ces entreprises. Néanmoins, force est de constater que les subventions reçues par les entreprises publiques sont 60 % plus élevées que celles reçues par les entreprises privées<sup>621</sup>. Cela montre qu'au-delà des textes et en pratique, les entreprises publiques restent étroitement liées au gouvernement. Cependant, sous un angle technique, ce lien financier n'est pas suffisant pour considérer que ces entreprises publiques ont une mission de service public.

**571.** De son côté, l'UE a proposé une réforme de l'OMC pour inclure dans l'obligation de transparence, tous les soutiens financiers accordés par un état, peu importe la forme prise par ces derniers, incluant les activités des entreprises publiques<sup>622</sup>. En effet, l'accord actuel sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC (ASCM) prévoit en son article 1.1 que les entreprises publiques ne sont pas prises en compte pour la « contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre ».

**572. Les règles en matière de transparence des subventions dans l'accord Chine-UE.** Afin de parvenir à une coopération mutuelle, le projet d'accord Chine-EU formule un standard de règles (« disciplines ») de transparence en matière de subvention

---

<sup>620</sup> L. Han, « China's State-Owned Enterprise Reform from the Perspective of the International Law », *China Legal Science Journal*, 9 dec. 2019.

<sup>621</sup> H. Fan, C. XU, « Do Government Subsidies Promote Enterprises' Substantial Innovation? » *Jinan Journal (Philosophy and social sciences)*, n°7, 2018.

<sup>622</sup> Union européenne, 20 fev. 2023, « Reinforcing the Deliberative Function of the WTO to Respond to Global Trade Policy Challenges », Communication à l'OMC. L'Union européenne indique: « *The aim of the deliberations should be to provide more transparency on support schemes and other forms of state intervention, looking beyond the legal characterisation of whether a particular measure may qualify as a subsidy under WTO law or not. It should include the activities of State-owned enterprises* ».

des investissements étrangers, de nature à instaurer une confiance mutuelle. La finalité des obligations de transparence est de prévenir les risques de concurrence déloyale ou les impacts négatifs que des subventions auraient sur des investissements. Les obligations en matière de transparence des subventions sont établies par l'article 8, section III de l'accord d'investissement UE-Chine. Elles prévoient l'obligation pour les parties contractantes d'annoncer chaque subvention avant la fin de l'année de son attribution<sup>623</sup>. L'accord prévoit également un mécanisme pour résoudre l'impact négatif des subventions sur les opérations d'investissement de l'autre partie, qui se divise en quatre étapes :

- (1). Une partie à l'accord estime que la subvention versée par l'autre partie a un impact négatif sur son investissement ;
- (2). La partie lésée peut faire une demande écrite exposant ses préoccupations et sollicitant le développement ultérieur d'une négociation ;
- (3). Au cours du processus de négociation, le demandeur peut inviter l'autre partie à fournir des informations sur l'objet, la forme et le montant de la subvention sous 90 jours ;
- (4). À l'issue de la négociation, si une partie estime toujours que la subvention versée par l'autre partie a un impact négatif sur son investissement, l'autre partie devrait faire de son mieux pour trouver une solution. Le but ultime est de résoudre les problèmes rencontrés de manière consensuelle et d'éviter les échecs d'opérations d'investissement ou les litiges judiciaires.

**573.** La clause clarifie également le champ d'application et les exceptions dans cet accord<sup>624</sup>. Concernant le champ d'application, la clause reste dans le cadre d'ASCM, l'article 8-1 précise que « *for the purposes of this article, a subsidy shall be deemed to exist if the conditions set out in article 1.1 of the WTO (ASCM) are fulfilled irrespective of whether it is granted to an entreprise operating in services or non-services sectors* » et l'article 8-2 précise que « *this article applies to subsidies only if the subsidies are specific*

---

<sup>623</sup> Le contenu de l'annonce de subvention comprend l'objet de la subvention, la base juridique, la forme de la subvention, et son motif.

<sup>624</sup> Art. 8.1, 8.2 et 8.3.



*in accordance with article 2 of the ASCM and to the extent they are related to economic activities* ». Dans sa proposition à la réforme de l'OMC, l'UE manifeste le souhait de renforcer les règles de l'ASCM concernant l'obligation de transparence. Ainsi, dans l'attente de la ratification de cet accord, il convient de signaler que l'UE a d'ores et déjà adopté un contrôle des subventions étrangères<sup>625</sup>. « Le livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères », publié le 17 juin 2020 par la Commission européenne, a donné lieu à l'adoption du règlement relatif aux subventions étrangères (RSE)<sup>626</sup>, entré en vigueur le 12 janvier 2023.

**574.** En effet, le droit européen n'envisageait pas la problématique des subventions versées par des pays étrangers à des entreprises étrangères ayant des activités économiques dans l'UE : le régime des aides d'État ne faisait que réglementer les subventions versées par les États membres. Désormais, cette lacune est comblée par le règlement (RSE). Ce règlement marque un tournant dans le contrôle des subventions puisqu'auparavant, ce contrôle était issu d'une norme conventionnelle, comme l'ASCM de l'OMC. On peut penser que ce règlement préfigure un changement quant à la source des réglementations des subventions en matière d'investissements étrangers qui seront désormais adoptées au niveau étatique ou régional, aboutissant à une forme de « démondialisation » des règles de droit. Quoiqu'il en soit, ce règlement précise également qu'une lacune de la réglementation relative aux subventions étrangères octroyées par les États non membres peut fausser le marché intérieur de l'UE et causer des concurrences déloyales. À cet égard, le règlement traite des atteintes au marché intérieur de l'UE par les subventions étrangères avec des spécificités pour : les marchés publics (procédures de passation de marchés publics ou de concessions), et en cas de concentrations.

**575.** Ce dernier cas intéresse directement cette étude, notamment lorsque des entreprises publiques chinoises participent à des opérations de fusion-acquisition de sociétés européennes. Il est particulièrement problématique car l'acquisition d'entreprises européennes par des investisseurs étrangers constitue une réalité de plus en plus tangible.

---

<sup>625</sup> Cette hypothèse est à distinguer du contrôle des aides étatiques fournies par les États membres.

<sup>626</sup> Règlement (UE) 2022/2560 du parlement européen du conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

De manière plus conjoncturelle, les États membres ont pu s'inquiéter que les capitaux étrangers profitent des faiblesses des entreprises européennes suite à la crise du Covid-19<sup>627</sup>. En vertu du règlement RSE, une enquête par la CE sur les subventions étrangères affectant le marché intérieur peut être faite en dehors de toute concentration. En outre, et puisque le contrôle des subventions est indépendant du contrôle des concentrations, la CE peut ouvrir une enquête une fois la concentration réalisée (art. 25 6°) et ordonner diverses mesures réparatrices, dont la dissolution de la concentration (art. 25 6° a). Néanmoins, lorsque l'enquête est ouverte à l'occasion d'un contrôle de concentration, ils prospèrent conjointement et la procédure du contrôle des concentrations n'est affectée qu'à la marge (art. 19 à 26). Compte tenu de la définition large des subventions étrangères des articles 1 et 3, on peut croire que tous les soutiens financiers chinois sont susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une enquête. En effet, le système financier chinois est réglementé et repose sur : (1). Les fonds spéciaux du gouvernement, ouverts aux entreprises publiques ainsi qu'aux petites et moyennes entreprises privées ; (2). Les fonds d'investissement industriels créés par les banques politiques pour soutenir l'investissement à l'étranger, et qui sont ouverts aux entreprises tant publiques que privées ; (3). Les crédits et prêts spéciaux du gouvernement pour l'investissement à l'étranger, principalement destinés aux entreprises publiques dans un premier temps puis accordés également aux entreprises privées ; (4). Des mesures fiscales, incluant des réductions d'impôts ; (5). Un soutien à l'assurance, les fonds de la *China Export Credit Insurance Corporation* étant inscrits au budget de l'État afin de mieux sécuriser le développement à l'international des entreprises privées. Pour autant, l'existence d'une subvention étrangère<sup>628</sup>, ne suffit pas à justifier des mesures réparatrices dès lors qu'une distorsion doit également exister. La CE met en balance les effets négatifs et positifs de la subvention sur le marché intérieur avant de décider d'éventuelles mesures réparatrices (art.6). Elle procède donc à un contrôle au cas par cas, au résultat incertain à l'ouverture de l'enquête. Le seul conseil qui peut donc être délivré aux entreprises étrangères est donc de coopérer (notamment lorsque la CE exige des informations, art. 8), voire de provoquer cette enquête (l'article 9 prévoyant que la CE peut examiner des informations « quelle qu'en soit la source »), compte tenu du risque d'une

---

<sup>627</sup> Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, Commission européenne, 2020, p. 33.

<sup>628</sup> V. l'article 4.2 précise que lorsque le montant total d'une subvention étrangère octroyée à une entreprise ne dépasse pas 4,000,000 euros sur une période de trois années consécutives, cette subvention étrangère est considérée comme peu susceptible de fausser le marché intérieur.

remise en cause d'une opération de concentration, même validée après un contrôle de concentration (article 25 6°).

**576.** La volonté de réforme des entreprises publiques chinoises est contrainte par un souhait d'accéder à des traités de libre-échange. En effet et par exemple, l'accord de partenariat transpacifique, désormais appelé CPTPP, contient une clause relative aux subventions publiques<sup>629</sup>, exigeant des entreprises publiques qu'elles suivent les règles du marché et restreignant l'aide que les pouvoirs publics peuvent leur accorder<sup>630</sup>, qui est un obstacle à la candidature chinoise déposée le 17 septembre 2021. L'environnement international influencera donc les choix de politique juridique interne dans les années à venir et aboutira à un changement radical dans le contrôle des sociétés et in fine dans les modalités d'investissements des entreprises chinoises à l'étranger.

**577. Le transfert de technologie.-** Dans les années 90, La Chine avait adopté une politique donnant-donnant « *shichang huan jishu 市场换技术* » à l'égard des investisseurs étrangers. Pour ces derniers, l'immense marché émergent de la Chine présentait une forte attractivité et des retours sur investissement élevés. En échange, ils étaient tenus de fournir des technologies pour permettre à la Chine, qui avait pris du retard depuis la première révolution industrielle, de moderniser son appareil productif. De surcroît, les investissements chinois à l'étranger étant quasi inexistant à cette époque, la Chine ne retirait pas de bénéfice symétrique aux opérations d'investissement étranger sur son territoire. Dans ces conditions, le transfert de technologie par les investisseurs étrangers représentait la seule contrepartie envisageable. Depuis le début des années 2000

---

<sup>629</sup> V. l'article 17.6.1 indique: « no party shall cause adverse effects to the interests of another Party through the use of non-commercial assistance that it provides, either directly or indirectly, to any of its state-owned enterprises with respect to: (a) the production and sale of a good by the state-owned enterprise; (b) the supply of a service by the state-owned enterprise from the territory of the Party into the territory of another Party; or (c) the supply of a service in the territory of another Party through an enterprise that is a covered investment in the territory of that other Party or any other Party »; l'article 17.6.2 indique: « each party shall ensure that its state enterprises and state-owned enterprises do not cause adverse effects to the interests of another Party through the use of non-commercial assistance that it provides, either directly or indirectly, to any of its state-owned enterprises with respect to: (a) the production and sale of a good by the state-owned enterprise; (b) the supply of a service by the state-owned enterprise from the territory of the Party into the territory of another Party; or (c) the supply of a service in the territory of another Party through an enterprise that is a covered investment in the territory of that other Party or any other Party »; l'article 17.6.3 indique: « no party shall cause injury to a domestic industry of another party though the use of non-commercial assistance that it provides, either directly or indirectly, to any of its state-owned enterprises that is a covered investment in the territory of that other party in circumstances where: (a) the non-commercial assistance is provided with respect to the production and sale of a good by the state-owned enterprise in the territory of the other party; and (b) a like good is produced and sold in the territory of the other party by the domestic industry of that other party. »

<sup>630</sup> V. OCDE, DAF/COMP/GF(2022)6, Subvention, Concurrence et Échanges, 22 décembre 2022.

cependant, la Chine a largement comblé son retard technologique, et les investisseurs chinois ont investi le monde entier. La question de la concurrence loyale avec la Chine se pose dorénavant, et notamment sous le prisme du problème de l'égalité de traitement des investissements étrangers. Bien que l'environnement commercial interne de la Chine ait été critiquable, elle se connecte aujourd'hui avec le reste du monde et recherche son propre équilibre et intérêt dans les négociations d'accords multilatéraux avec ses partenaires. L'ère du donnant-donnant est donc bel et bien révolue. L'interdiction du transfert forcé de technologie a également été ajoutée à une série de mises à jour des lois et règlements nationaux, et notamment inscrite dans la « loi sur l'investissement » de 2020.

**578.** Le CAI Chine-UE interdit en effet le transfert forcé de technologie dans l'article 3.1(f), 3.2(f), 3.3 en section II. Il précise que :

- (1). Les parties contractantes n'exigeront pas des entreprises établies ou exploitées sur leur territoire un « transfert de technologie, de méthodes de production ou d'autres savoir-faire aux personnes se trouvant sur le territoire », ni ne l'utiliseront comme condition préférentielle pour les entreprises établies ou exploitées sur leur territoire ;
- (2). Les parties contractantes n'imposeront pas, ni n'interféreront d'une autre manière, directement ou indirectement, dans l'octroi de licences ou le transfert de technologie entre les personnes physiques et les entreprises des deux parties, sauf si les deux parties y procèdent volontairement et par consensus.

**579.** Cependant, l'article 3.5 indique que les deux cas exceptionnels : (1) d'après la réglementation sur les « TRIPS », l'autorisation obligatoire de propriété intellectuelle ou la divulgation d'informations confidentielles est une exception, ainsi qu'une application obligatoire est nécessaire pour soulager les comportements anticoncurrentiels est une exception ; (2) les informations commerciales confidentielles collectées par les agences administratives sont exemptes de divulgation sans autorisation.

**580.** Cette idée a fait son chemin puisque le traitement du transfert de technologie dans la section II de l'« accord économique et commercial sino-américain »<sup>631</sup>, rejoint l'accord CAI Chine-UE sur les deux éléments clés que sont l'interdiction du transfert de technologie forcé et le renforcement de la protection de l'information. De plus, l'accord économique et commercial sino-américain établit une procédure régulière et transparente dans cette même section. Le principe de transparence traverse de manière similaire l'ensemble de l'accord CAI Chine-UE. Seule la disposition des clauses diffère entre les deux accords. Ainsi, l'Union européenne ou des États-Unis adoptent les mêmes principes et attitudes en matière de transfert de technologie dans leurs accords d'investissement avec la Chine, ce qui tend à harmoniser l'état du droit chinois des investissements étrangers sur ce point.

#### D) LE CADRE RÉGLEMENTAIRE ET SERVICE FINANCIER

**581.** Le cadre réglementaire se divise en trois grands volets : la réglementation nationale, la transparence et les services financiers. Les investisseurs de l'UE signalent que l'un des inconvénients du « *Doing Business* » en Chine est l'imprévisibilité causée par l'opacité des procédures d'autorisation et de délivrance de licences, ainsi que l'incohérence des lois et réglementations appliquées par les différentes administrations. En réponse, le CAI Chine-UE prévoit que les réglementations nationales stipuleront clairement les exigences en matière de licences et les procédures appropriées, ainsi que les exigences en matière de qualification et les procédures appropriées pour les secteurs qui prennent des engagements en matière d'accès aux marchés.

**582.** Selon l'article 2 de la « Loi sur les licences administratives »<sup>632</sup>, les licences administratives font référence à l'acte d'un organisme administratif, suite à la demande d'un citoyen, d'une personne morale ou d'une autre organisation, de les examiner et les autoriser. L'article 4 de cette loi indique que l'établissement et la mise en œuvre des licences administratives doivent être conformes à l'autorité statutaire, à la portée, aux conditions et aux procédures. Ainsi que l'article 5 précise qu'il devrait suivre les principes

---

<sup>631</sup> Accord économique et commercial sino-américain, 15 janv. 2020, section II.

<sup>632</sup> Loi, 27 juin 2005, sur les licences administratives.

d'ouverture, d'équité et d'impartialité. Ces principes sont conformes à ceux de l'accord Chine-UE qui spécifie que les modalités d'attribution de la licence sont : (1) la clarté ; (2) la transparence objective ; (3) la divulgation et la disponibilité ; (4) l'attribution en temps opportun ; (5) une limite de quantité selon les circonstances ; ainsi que (6) la prise en compte des objectifs de politique publique.

**583.** Concernant les exigences relatives aux procédures de licence dans l'accord UE-Chine, celui-ci prévoit plusieurs conditions que les procédures de licence et de qualification devront présenter : (1) être concises ; (2) prévoir des tarifs raisonnables ; (3) des procédures et des décisions équitables ; (4) un délai de traitement raisonnable ; (5) un délai raisonnable avant communication de la décision finale ; (6) la possibilité de compléter les informations importantes ; (7) la possibilité de soumettre une copie au lieu de l'original ; (8) un avis motivé en cas de refus ; (9) une date d'effet à échéance raisonnable. Ces principes ne sont pas en contradiction avec les principes de la loi chinoise sur les licences administratives. Car depuis 2018, des villes de Chine telles que Pékin, Shanghai et Shenzhen ont ouvert des guichets en ligne, appelés « guichet unique », pour faciliter l'enregistrement des entreprises en ligne. De plus, la création, la modification, la fermeture et l'enregistrement des bureaux de représentation permanents d'entreprises étrangères peuvent être traités en ligne à Shanghai. En outre, les informations requises par les services compétents tels que l'Administration de l'Industrie et du Commerce, la sécurité publique et les services fiscaux seront intégrées et déclarées de manière uniforme.

**584.** La création d'une entreprise en Chine comprend des procédures impliquant des permis d'accès préalable dans certaines industries. En outre, les différents secteurs industriels dépendent de diverses autorités administratives. Par le passé, cela a entraîné des procédures d'approbation lourdes et de longues démarches pour obtenir des licences émises par les différents départements compétents. Au demeurant, les règlements de ces départements peuvent être contradictoires, ce qui alourdit le fardeau et les difficultés des entreprises d'investissement étrangères lors de leur création. La Chine avait commencé à réformer le système d'examen administratif et d'approbation dès 2001, mais de nombreux problèmes demeuraient en raison un volume très élevé de projets approuvés, des délais de traitement excessivement longs, et de la faible efficacité des fonctionnaires.

**585.** Ces problèmes impactent défavorablement l'environnement des affaires pour les investisseurs étrangers en Chine. Lors des réformes à venir, le gouvernement chinois entend continuer à promouvoir le principe de la réduction des éléments d'approbation sur la base d'un solide système de service d'approbation administrative<sup>633</sup>. En comparaison en France, c'est une logique inverse qui domine : celui du principe d'établissement et d'exploitation est libre, sauf cas particulier qui requièrent une autorisation administrative pour des motifs de police. À ce dernier égard, une distinction existe entre les cas dépendant d'une déclaration ou/et ceux dépendant d'une autorité, qui découle en principe de la gravité de leurs dangers et inconvénients<sup>634</sup>.

**586. La transparence.-** Cela fait référence aux obligations de transparence générales et particulières que chaque partie contractante doit intégrer dans son cadre juridique national. Les obligations générales de transparence concernent la divulgation d'informations<sup>635</sup>, la publication<sup>636</sup>, l'établissement d'un point de contact et de réponse aux questions des investisseurs étrangers<sup>637</sup>, les procédures administratives (qui exigent la diffusion d'informations relatives aux règles de concurrence en matière de fusions et acquisitions)<sup>638</sup>, les réexamens et les recours<sup>639</sup>. Des obligations spécifiques de transparence imposent également de permettre aux entreprises à capitaux étrangers de participer à

---

<sup>633</sup> Décision du Conseil des affaires de l'État, 13 mars 2015, sur l'annulation et l'ajustement d'un ensemble d'articles d'approbation administrative.

<sup>634</sup> L. Vogel, *Traité de droit des affaires*, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 21<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p. 98. Les secteurs autorisés sont : les magasins généraux, les théâtres, spectacles et salles de cinéma, la production cinématographique, l'usage des fréquences radioélectriques sur le territoire national, la fabrication du matériel de guerre, les agences privées de recherches, les laboratoires d'analyses médicales, les entreprises traitant ou livrant sur le marché intérieur des produits pétroliers d'origine nationale, les entreprises livrant au public des eaux embouteillées ou de la glace alimentaire, les entreprises de transport aérien, les entreprises de transports sanitaires, les établissements d'élevage et de vente des animaux d'espèces non domestiques, les entreprises dites de petite remise, les entreprises de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds. Les débits de boissons ne peuvent être tenus que par le titulaire d'une licence.

<sup>635</sup> Loi, 27 juin 2005, *sur les licences administratives*, préc., art. 5.

<sup>636</sup> *Ibid.* Cet article dispose que « les réglementations relatives aux licences administratives doivent être publiées et celles qui n'ont pas été publiées ne doivent pas être utilisées comme base pour la mise en œuvre des licences administratives. À l'exception de ceux qui impliquent des secrets d'État, des secrets commerciaux ou de la vie privée, les résultats des licences administratives devraient être rendus publics ».

<sup>637</sup> Règlement de Shanghai *sur les investissements étrangers*, préc., art. 16 : « cette municipalité met en place une plate-forme unifiée de promotion des investissements étrangers pour collecter les lois, règlements, documents normatifs relatifs aux investissements étrangers (...) les services d'information multilingues devraient être développés » ; l'article 46 dispose que « cette municipalité établit et améliore le mécanisme de communication entre le gouvernement et les entreprises à capitaux étrangers... »

<sup>638</sup> Loi, 27 juin 2005, *sur les licences administratives*, préc., art. 29-33.

<sup>639</sup> Loi, 27 juin 2005, *sur les licences administratives*, préc., art. 7 : « les personnes morales ou autres organisations ont le droit de demander un réexamen administratif ou de déposer une plainte administrative conformément à la loi ». Règlement d'application *de la loi sur l'investissement étranger*, art. 30 : « les entreprises à capitaux étrangers ou les investisseurs étrangers peuvent demander une coordination par le biais du mécanisme de plainte pour les entreprises à capitaux étrangers (...) Les résultats de la coordination sont notifiés au demandeur par écrit en temps opportun »

l'élaboration des normes<sup>640</sup>. L'ensemble de ces obligations ont été retranscrites dans les lois ou règlements chinois<sup>641</sup>. Ces dispositions de la législation chinoise mériteraient toutefois d'être plus détaillées et unifiées.

**587. Les services financiers.-** Ceux-ci concernent spécifiquement des réglementations sur les nouveaux services financiers. La fourniture de nouveaux services financiers est autorisée sans qu'il soit nécessaire d'adopter de nouvelles lois ou de modifier les lois existantes. Selon ces lois comme en application des traités d'investissement, l'investisseur devra déterminer la forme juridique de l'institution ou des éléments de service pour solliciter une autorisation auprès des autorités de l'État hôte. Corrélativement, ce n'est que pour des raisons prudentes qu'une décision négative devrait être prise par l'autorité compétente. La décision d'autorisation doit au surplus intervenir dans un délai raisonnable. Les parties contractantes peuvent imposer des exigences, mais elles doivent être non discriminatoires (notamment en matière de nationalité), pour les projets pilotes avant d'autoriser la fourniture de nouveaux services financiers.

**588.** Les projets pilotes sont conformes aux principes de la législation chinoise. L'article 13 de la loi sur l'investissement étranger dispose que « l'État établira des zones économiques spéciales ou mettra en œuvre des politiques et des mesures expérimentales pour l'investissement étranger dans certains domaines, selon les besoins ». L'article 10 du règlement de Shanghai sur les investissements étrangers indique : « La zone pilote de libre-échange de Shanghai mettra en œuvre des politiques et des mesures expérimentales pour l'investissement étranger conformément aux dispositions nationales ». Depuis 2018, la Chine a largement ouvert son secteur financier, qui a été retiré de la liste négative en 2020. Ainsi, les restrictions à la participation étrangère dans les secteurs de la banque, de l'assurance, des valeurs mobilières, des fonds et d'autres domaines ont été complètement supprimées. Le concept de nouveau service financier étant relativement récent, les diverses autorités de régulation n'ont pas encore édicté de réglementations pertinentes. Cependant,

---

<sup>640</sup> Loi sur l'investissement étranger, art. 15 : « l'État garantit la participation égale des entreprises aux capitaux étrangers aux travaux normatifs et renforce la divulgation d'informations [...] ». Règlement d'application de la loi sur l'investissement étranger, art. 13 : « [...] les entreprises à capitaux étrangers peuvent formuler leurs propres normes d'entreprise ou conjointement avec d'autres entreprises en fonction de leurs besoins [...] ».

<sup>641</sup> Ce sont : la « loi sur les licences administratives », la « loi sur l'investissement étranger », le « règlement d'application de la loi sur l'investissement étranger » et le « règlement de Shanghai sur les investissements étrangers ».



la Chine s'est engagée à ce que les investissements étrangers dans les nouvelles activités financières puissent bénéficier du même traitement que les capitaux chinois.

### E) LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

**589.** Les deux grands enjeux de la protection de l'environnement et celle des droits des travailleurs constituent le cœur du chapitre de l'accord CAI Chine-UE portant sur le développement durable. La Chine, qui a longtemps été critiquée sur ces sujets, a pris deux engagements importants :

- (1). Ne pas affaiblir ou réduire le niveau de protection et les lois et/ou réglementations comme moyen d'attirer les investissements, la mise en œuvre des lois environnementales et du droit du travail ne doit pas constituer des restrictions déguisées ou des investissements discriminatoires, et les normes du travail ne seront pas utilisées à des fins protectionnistes ;
  
- (2). S'efforcer de ratifier la totalité des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de prendre des engagements spécifiques à l'égard des deux conventions fondamentales de l'OIT sur le travail forcé qui n'ont pas encore été ratifiées. À date, la Chine a reconnu et signé 22 conventions de l'OIT, dont quatre des huit conventions fondamentales, les quarts restants ayant toujours fait l'objet de réserves de la part du gouvernement chinois. Dans cet accord CAI, l'UE a proposé que la Chine s'engage à respecter deux des conventions fondamentales, y compris la convention n°29<sup>642</sup> sur le travail forcé ou obligatoire et la convention n°105<sup>643</sup> sur l'abolition du travail forcé. L'engagement sur ces deux conventions fut déterminant au cours de la phase finale des négociations.

---

<sup>642</sup> C029 - Convention (n°29) sur le travail forcé, 1930.

<sup>643</sup> C105 – Convention (n°105) sur l'abolition du travail forcé, 1957.

**590.** L'une des raisons pour lesquelles la Chine émet des réserves sur les conventions sur le travail forcé est que celui-ci est pratiqué dans son système carcéral. Si le travail de ces détenus entrainait dans la catégorie du travail forcé, il serait considéré comme une violation de la Convention. Cependant l'article 2 (c) de la convention n° 29 sur le travail forcé permet explicitement : « tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, à la condition que ce travail ou service soit exécuté sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques (...) ». Le travail du détenu jugé par le tribunal n'appartiendrait donc pas à la catégorie du travail forcé. De plus, une annonce proposait d'abolir le système de rééducation par le travail (*Lao gai* 劳改) en Chine en 2013. Un autre motif d'inquiétude chinoise est l'abolition du travail forcé conformément à l'article 1 de la Convention n°105, qui l'engage. Les signataires de la convention n°105 de l'OIT ont supprimé le travail forcé ou obligatoire, et interdit d'y recourir sous aucun des motifs suivants : «

- (a) En tant que mesure de coercition ou d'éducation politique ou en tant que sanction à l'égard de personnes qui ont ou expriment certaines opinions politiques ou manifestent leur opposition idéologique à l'ordre politique, social ou économique établi ;
- (b) En tant que méthode de mobilisation et d'utilisation de la main-d'œuvre à des fins de développement économique ;
- (c) En tant que mesure de discipline du travail ;
- (d) En tant que punition pour avoir participé à des grèves ;
- (e) En tant que mesure de discrimination raciale, sociale, nationale ou religieuse. »

**591.** L'engagement de la Chine à adhérer à la convention n°105 montre néanmoins sa volonté de traiter le fonds du sujet. Les normes de l'UE en matière de protection de l'environnement et des conditions de travail ont toujours été parmi les plus élevées. La Chine est disposée à se réformer en interne pour se conformer aux normes internationales et à respecter les normes de la convention requises pour adhérer aux accords multilatéraux internationaux. Par exemple, elle a une forte volonté d'adhérer au CPTPP, qui comporte des normes de protection du travail plus strictes que l'accord CAI Chine-UE. En effet, le CPTPP intègre l'ensemble des huit conventions essentielles de l'Organisation internationale du travail. Il est donc probable que la Chine adhèrera pleinement à ces huit conventions dans un avenir proche.

## F) LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

**592.** L'accord CAI Chine-UE contient un unique mécanisme de règlement des différends d'État contre l'État (*State-to-State Dispute Settlement*). Ce mécanisme s'applique à toutes les obligations de l'accord, à l'exception de celles portant sur la transparence des subventions<sup>644</sup>. Cependant, aucun mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) n'est prévu. Les deux parties ont convenu de parvenir à un mécanisme de RDIE dans un délai indéfini. La Chine est prudente à l'égard des RDIE et la pratique habituelle est d'utiliser l'arbitrage et l'arbitrage *ad hoc* en parallèle. C'est-à-dire que les investisseurs peuvent choisir de se soumettre à l'arbitrage conformément à la convention CIRDI ou de constituer un tribunal d'arbitrage *ad hoc* conformément au « Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international » (CNUDCI) ou des autres règles d'arbitrage. L'approche de l'UE à l'égard du RDIE est de promouvoir activement des réformes visant à équilibrer les droits des investisseurs et de l'État hôte en réduisant son champ d'application, en excluant, par exemple, les violations du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée au stade de préaccès à l'investissement. Des tribunaux d'arbitrage permanents et des mécanismes d'appel ont également été mis en place dans le cadre d'accords économiques et commerciaux globaux signés par l'Union européenne depuis 2015<sup>645</sup>. L'acceptation par la Chine du modèle de l'UE consistant à créer un tribunal d'arbitrage permanent doit ainsi faire l'objet d'une négociation à part.

**593. Conclusion de la section.-** Un nouveau principe acquis dans la nouvelle génération d'accords d'investissement chinois est la libéralisation des investissements. La Chine cherche un équilibre entre la préservation de son marché interne et son ouverture, notamment dans les secteurs de l'industrie manufacturière et des services. Ainsi, dans la section relative à l'accès au marché de la nouvelle génération d'accords bilatéraux d'investissement, la Chine s'est engagée à ce que les investisseurs étrangers dans ces domaines d'activités bénéficient d'un traitement de la nation la plus favorisée (NPF). Les

---

<sup>644</sup> V. *supra*. n°625. Les deux partis préfèrent de résoudre les problèmes rencontrés de manière consensuelle et d'éviter les échecs d'opérations d'investissement ou les litiges judiciaires.

<sup>645</sup> Par exemple, l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne ; l'accord de libre-échange UE-Viêt Nam.

principes de transparence et de subventions, de transfert de technologie obligatoire, de normalisation industrielle internationale, de responsabilité des entreprises en matière de développement durable et d'obligations internationales en matière de protection de l'environnement, ont été inclus dans le modèle chinois, conformément au modèle européen. L'accord global Chine-UE sur les investissements est le modèle pour leur futur TBI signé par la Chine de sorte qu'elle accepte que sa responsabilité en tant que deuxième économie mondiale se reflète dans un accord d'investissement se concentrant sur le développement durable des entreprises dans le pays hôte et sur la lutte contre le réchauffement climatique.

## SECTION 2 : LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT DANS LES TRAITÉS MULTILATÉRAUX

**594.** Les États-Unis ont commencé une série de « traités commerciaux et maritimes amicaux » à partir de 1945. C'est dans les suites de cette période que l'on trouve quelques représentations des modèles de traités bilatéraux spécifiquement pour protéger les investissements étrangers, avec comme premier accord bilatéral au monde, le traité conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan pour traiter des issus de protection des investissements. Il s'agit du premier accord bilatéral d'investissement au monde. Les traités bilatéraux d'investissement signés entre 1959 et 1969 ont établi les fondements de l'accord bilatéral d'investissement, dont : le traitement national ; le traitement de la nation la plus favorisée ; le traitement juste et équitable ; la garantie d'indemnisation rapide, appropriée et efficace ; le droit au libre transfert des fonds d'investissement conformément au droit international coutumier ; et les dispositions pour le règlement des différends entre investisseurs et États. La Banque mondiale a notamment créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 1965 sur la base de la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ». Cet organisme est le principal lieu de résolution des différends relatifs aux investissements dans l'arbitrage international. En 1967, le « Projet de convention sur la protection des biens étrangers » publié par l'Organisation de coopération et de développement économiques a favorisé l'unification des mesures de

protection des investissements garanties par les traités bilatéraux d'investissement conclus par les pays développés.

**595.** Jusqu'au juin de 2023, la Chine a signé 19 accords de libre-échange, l'émergence de cette période n'est pas accidentelle et l'un des principaux motifs de satisfaction est que la Chine est devenue membre de l'OMC. La Chine a alors commencé à conclure des accords de libre-échange pour adopter le régime de l'OMC. Au dix-septième Congrès national du peuple en 2007, la construction de la zone de libre-échange a été élevée au rang d'enjeu stratégique national. En 2015, le Conseil des affaires de l'État de Chine a émis « Plusieurs avis sur l'accélération de la construction de zones de libre-échange »<sup>646</sup>. Dans les commentaires, les exigences générales mettent en avant l'importance et la promotion de la construction conjointe de la nouvelle Route de la Soie, et d'un réseau mondial de libre-échange performant. La Chine a également joué un rôle moteur dans la mise en place d'institutions économiques régionales, telles que l'Initiative de Chiang Mai, qui constitue un arrangement financier entre les pays de l'ASEAN, avant de devenir un forum plus large entre l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), la Chine, Hongkong (Chine), la Corée et le Japon<sup>647</sup>.

**596.** Afin d'être le nouveau centre de gravité économique mondial<sup>648</sup>. Les pays asiatiques multiplient les accords de libre-échange. La Chine, de part son poids économique, est naturellement partie à ces traités. Elle souhaite également adhérer au CPTPP et renforcer davantage sa position dominante dans la zone Asie-Pacifique. Ce « régionalisme » asiatique est un nouveau processus d'intégration normative qui a évolué avec le cadre de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) +6<sup>649</sup>. Ce cadre renforce le nouvel ordre économique régional (NREO)<sup>650</sup>, en façonnant les accords commerciaux et d'investissement dans la région Asie-Pacifique notamment dans l'accord Chine-ASEAN sur l'investissement (§1), et l'accord de libre-échange multilatéral RCEP (§2).

---

<sup>646</sup> Plusieurs avis, 17 déc. 2015, sur l'accélération de la construction de zones de libre-échange.

<sup>647</sup> A. Berger, « Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements. Is China following the global trend towards comprehensive agreements? », *German development institute*. P.1

<sup>648</sup> J. Chaisse, P.L. Hsieh, « Rethinking Asia-Pacific Regionalism and New Economic Agreements », *Asia-Pacific Law Review*, vol.31, 2023 issue 2, p.451-468.

<sup>649</sup> Six grands partenaires sont la Chine, le Japon, la République de Corée, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Inde.

<sup>650</sup> J. Chaisse, P.L. Hsieh, *op.cit.*

## §1. L'ACCORD CHINE-ASEAN SUR L'INVESTISSEMENT

**597.** Avant d'aborder le contenu de l'accord Chine-ASEAN (B), il est nécessaire, pour mieux le comprendre, de retracer l'évolution qu'a connue l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (A).

### A) L'ASSOCIATION DES NATIONS DE L'ASIE DU SUD-EST (ASEAN)

**598.** L'architecture de l'ASEAN est basée sur la « Déclaration de Bangkok » de 1967 qui, contrairement à l'Union européenne, incarne un consensus plutôt qu'un traité ou une charte. Ses dix États membres<sup>651</sup> représentent l'ensemble des pays de l'Asie du Sud-Est et une grande diversité politique, religieuse et ethnique. Une des clés de leur succès, au-delà des miracles économiques<sup>652</sup> fortement médiatisés, est la recherche systématique de la coopération et du consensus dans le cadre de l'ASEAN. Cette manière de procéder n'est peut-être pas sans rapport avec les philosophies régionales telles que le Bouddhisme, le Taoïsme et le Confucianisme. Les membres de l'ASEAN sont bien conscients que pour parvenir à un équilibre des intérêts nationaux, ils doivent rechercher des points de convergence tout en reconnaissant leurs différences. Il a cependant fallu 40 ans à l'ASEAN pour passer du modèle de déclaration au modèle plus structurant de charte. Celle-ci fut signée en 2007 à l'occasion du 40<sup>e</sup> anniversaire de la création de l'ASEAN, au terme de l'initiative du « Plan d'action de Vientiane », et entérinée par les assemblées législatives au cours de l'année suivante.

**599.** L'ASEAN applique le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures et opère sur la base du consensus. Les États membres de l'ASEAN ont passé 40 ans à gagner leur confiance mutuelle, jetant les bases d'une organisation régionale aujourd'hui dotée d'un statut juridique. Les pays membres doivent se conformer aux

---

<sup>651</sup> Thaïlande, Malaisie, Singapour, Philippines, Indonésie, Brunei, Vietnam, Laos, Myanmar et Cambodge.

<sup>652</sup> Abstraction faite de l'épidémie en 2020, le taux de croissance annuel composé (TCAC) de l'ANASE est d'environ 5% en 2015. Le TCAC de l'ASEAN a atteint près de 3 milliards de dollars en 2015 et de 4 milliards de dollars en 2020, soit deux fois plus que prévu dans leurs projections. V. IMF, *Database on World Economic Outlook*, July 2015 et IMF, *Database on Regional Economic Outlook*, oct. 2020.

dispositions de la charte, qui prévalent sur les lois nationales, ce qui tend à favoriser la convergence des différents cadres juridiques. L'ASEAN a mis au point un cadre d'investissement à l'échelle du système, qui sera utilisé comme outil de diplomatie économique dans l'ambition de devenir le plus important centre d'investissement de la région Asie-Pacifique. En négociant et concluant divers traités bilatéraux d'investissement (TBI) et accords commerciaux préférentiels (PTA), l'ASEAN renforce son statut de destination d'investissement privilégiée, notamment pour la recherche et l'exploitation de ressources naturelles<sup>653</sup>. Il ne faut pas minimiser le fait que le marché unique de l'ASEAN est attractif pour les investisseurs étrangers. Avec une population de plus de 650 millions d'habitants, c'est le troisième marché de consommation au monde après la Chine et l'Inde, devançant nettement l'Union européenne et l'Amérique du Nord. Ses réserves de main-d'œuvre et son marché de consommation lui confèrent par ailleurs un fort potentiel de croissance économique, qui devrait le classer au quatrième rang des économies mondiales d'ici 2050<sup>654</sup>.

**600.** La Chine est le plus grand partenaire commercial et investisseur extérieur de l'ASEAN. En 2018, la Chine représentait 17,1 % du commerce total de l'ASEAN et 6,5 % du total de ses IDE. Les chaînes d'approvisionnement de l'ASEAN sont fortement intégrées au secteur manufacturier chinois<sup>655</sup>. Avec l'augmentation des prix du marché de main-d'œuvre en Chine ainsi que les risques tarifaires et politiques causés par le déclenchement de la guerre commerciale avec les États-Unis, de nombreuses entreprises étrangères ont déplacé leurs usines de Chine vers les pays de l'ASEAN, qui représentent une alternative séduisante. Par exemple, un pays comme le Vietnam, qui a un marché de main-d'œuvre moins cher et une ligne de production complète, est un bon choix en termes de résultats économiques ou de stratégie à long terme pour certaines entreprises étrangères.

**601.** Depuis 2019, la Chine conserve le statut de premier partenaire commercial de l'ASEAN, et n'a pas modifié ses relations commerciales avec l'ASEAN en raison du transfert des chaînes d'approvisionnement internationales. Après une forte croissance en 2018, le commerce bilatéral de marchandises avec la Chine a de nouveau progressé en

---

<sup>653</sup> S. Jusoh, J. Chaisse, « Ten as one? Explaining ASEAN Regulation on Foreign Investment », préc., spéc. p. 99-120.

<sup>654</sup> H. V. Vinayak, F. Thompson et O. Tonby, « Understanding ASEAN: Seven things you need to know », McKinsey & Company, 2014.

<sup>655</sup> ASEAN, « Economic Impact of COVID-19 Outbreak on ASEAN », *ASEAN Policy Brief*, avr. 2020, p.3.

2019, atteignant 507,9 milliards de dollars, soit 18 % du commerce total de l'ASEAN. Malgré la crise du Covid-19-19, le volume des échanges entre l'ASEAN et la Chine a de nouveau augmenté de 5 % en 2020. Les investissements directs étrangers chinois dans l'ASEAN sont passés de 3,6 milliards de dollars en 2010 à 9,1 milliards de dollars en 2019, en augmentation de 185 %<sup>656</sup>. La Chine partage des frontières terrestres avec de nombreux pays de l'ASEAN, et a toujours soutenu l'ASEAN sur le plan politique, économique et culturel. Par exemple, la Chine est devenue un partenaire de dialogue global de l'ASEAN en 1996, et a adhéré au « Traité d'amitié et de coopération en Asie du Sud-Est » en 2003 en tant que premier grand pays extérieur au Sud-Est asiatique.

**602.** Au gré de la signature de divers accords, la construction de l'ASEAN s'est faite lentement mais sûrement. La création de l'ASEAN en 1967 fut suivie par la « Déclaration de Bangkok » en 1976, qui visait à promouvoir la création d'un système commercial préférentiel et déboucha sur la conclusion de l'« accord relatif aux arrangements commerciaux préférentiels » l'année suivante. Ces accords commerciaux préférentiels ne concernaient que certains produits, car les niveaux de développement du commerce extérieur des États membres varient considérablement d'un pays à l'autre, comme, par exemple, entre Singapour et la Birmanie (ou « Myanmar »<sup>657</sup>). Il en résulte que la contribution de cet accord préférentiel à l'expansion du volume des échanges fut donc modeste, même s'il faut relever qu'il a permis de jeter les bases d'un projet, lancé en 1982, pour une zone de libre-échange fixée sur un horizon de 15 ans pour son achèvement.

**603.** L'« accord tarifaire préférentiel effectif commun » entérina ce dernier projet lors du quatrième sommet de l'ASEAN en 1992, avec une mise en œuvre étalée sur 15 ans en fonction du niveau de développement des États membres, avec différents systèmes de réduction tarifaire : une réduction rapide (10-7 ans pour réduire les tarifs à zéro) et une réduction à vitesse constante (15 -10 ans pour réduire les tarifs à zéro). Cet accord visait uniquement à éliminer les barrières tarifaires pour le commerce des biens, à l'exclusion de la libéralisation des échanges de services ou de celle des investissements. L'« accord-cadre de l'ASEAN sur les services » de 1995 combla une partie de ces lacunes,

---

<sup>656</sup> République Populaire de Chine, Report on the 10-year development of the ASEAN-China Free Trade Area, 13 nov. 2020.

<sup>657</sup> Myanmar est le nom anglophone de la Birmanie.



éliminant les restrictions au commerce des services. L'ASEAN adopta la même stratégie concernant la libéralisation du commerce des services, en adaptant le calendrier de mise en œuvre au niveau de développement de chaque pays membre. Mais peu de temps après, la crise financière asiatique de 1997 toucha durement les économies de l'ASEAN. En réaction, cette crise encouragea les pays membres à s'ouvrir davantage au commerce international et aux investissements étrangers. En 1998, les 9 pays de l'ASEAN ont signé l' « Accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ASEAN » (ci-après : AIA).

**604.** Le Cambodge a adhéré à cet accord d'investissement en 2001, ayant déjà rejoint l'ASEAN en 1999, d'où le processus d'intégration des 10 pays de l'ASEAN. Selon l'AIA, le champ d'application de l'accord est l'investissement direct et le déroulement du plan est prévu comme suit : à l'horizon 2010, l'ASEAN accorda le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée aux investisseurs de ses États membres et, à partir de 2020, le traitement national à tous les investisseurs inclus les pays non membres. Dans les faits, cette ouverture de l'ASEAN aux investisseurs s'est déroulée plus vite que prévu, au point que, lors du huitième sommet de l'ASEAN en 2002, Singapour a lancé l'idée de construire une Communauté économique de l'ASEAN à l'horizon 2020. Il faut rappeler qu'en 2003, la « Déclaration de Bangkok II » avait déjà adopté une architecture basée sur trois piliers renforçant l'intégration et la coopération au sein de ce nouvel *ensemble* avec : une communauté économique, une communauté de sécurité politique et une communauté sociale et culturelle. Les bases de ce qu'est l'ASEAN aujourd'hui étaient posées.

**605.** Ainsi, après la proposition de la Charte de l'ASEAN en 2007, le schéma des trois piliers a été renforcé. La même année, le schéma directeur de l'AEC (Communauté économique de l'ASEAN) pose quatre nouveaux grands objectifs : établir un marché unique ; devenir une région économique compétitive ; former un ensemble économique équilibré et intégré dans la mondialisation. En 2009, le schéma directeur de l'APEC (Communauté politique-économique de l'ASEAN) ainsi que le schéma directeur de l'ASCC (Communauté social-culturelle de l'ASEAN) ont été proposés. Le 31 décembre 2015, l'ASEAN a annoncé la création officielle de la

Communauté de l'ASEAN, validant également une série de schémas pour 2025<sup>658</sup>. En retraçant le processus de formation de l'ASEAN, on remarque que l'ASEAN réalise une avancée majeure tous les 10 ans. La création de la Communauté de l'ASEAN marque ainsi la naissance d'une communauté de nations d'envergure similaire à l'UE, mais qui se développe selon une philosophie qui est propre à la culture de ses États membres. Le plan global de la communauté de l'ASEAN pour 2025 est en cours de réalisation.

**606.** Ceci est un aperçu de l'ensemble des développements de l'ASEAN. Parmi eux, il est important de voir le modèle ASEAN et d'analyser plus spécifiquement l'accord de libre-échange Chine-ASEAN, car il s'agit d'un accord d'investissement très important, qui marque l'entrée de la Chine pour la première fois dans une zone libre-échange (ZLE) régionale. À cet égard, le lancement de la ZLE de l'ASEAN en 2002 a été suivi d'un « Accord-cadre sur la coopération économique globale Chine-ASEAN », qui prévoit la création de la ZLE Chine-ASEAN en 2010. Alors que ces développements auguraient d'éventuels renforcements ultérieurs, le développement économique inégal de ses États membres ainsi que la crise financière et économique asiatique ont toutefois diminué la force économique globale et le statut international de l'ASEAN, qui redoute de compromettre ses intérêts fondamentaux en s'élargissant à d'autres grands pays.

**607.** L'ASEAN a donc accepté d'établir une zone de libre-échange avec la Chine en tant que partenaire majeur, et continue d'appliquer ce principe comme base de négociation et de signature d'accords de libre-échange avec d'autres pays. La création de la ZLE Chine-ASEAN a également renforcé le statut politique internationale de l'ASEAN, qui couvre non seulement le commerce des produits de base, mais aussi les services, la libéralisation des investissements et d'autres domaines économiques, un périmètre bien plus étendu que celui des zones de libre-échange traditionnelles. C'est ainsi que depuis 2002, la Chine et l'ASEAN ont conclu une série d'accords pertinents incluant :

- (1). L'« Accord-cadre global sur la coopération économique » en 2002, dans lequel les deux parties ont commencé à procéder aux ajustements tarifaires en vue de la création d'une ZLE sous 10 ans ;

---

<sup>658</sup> Une série est suivante : le schéma directeur de l'AEC 2025 ; le schéma directeur de l'APEC 2025 et le schéma directeur de l'ASCC 2025.

- (2). L'« Accord Chine-ASEAN sur le commerce des marchandises » en 2004, dont les thèmes clés sont la réduction et l'élimination des tarifs douaniers. À cet égard, la Chine et les dix pays de l'ASEAN se sont accordés sur des échéanciers de réduction de ces tarifs selon le calendrier de réduction tarifaire de l'Accord qui prévoit notamment qu'à partir de 2020, l'ensemble des marchandises des dix pays de l'ASEAN sont exemptes de droits de douane, y compris les produits normaux, les produits sensibles ainsi que les produits hautement sensibles. À date, 91,9 % des flux de marchandises cumulés ont atteint des droits de douane nuls. Parmi ces droits de douane nuls, la Chine a mis en œuvre des droits de douane nuls sur 94,6 % des produits de l'ASEAN<sup>659</sup>. Dans cet accord, les 10 pays membres de l'ASEAN reconnaissent explicitement la Chine comme une économie de marché à part entière, une avancée majeure pour la Chine qui facilitera la conclusion d'accords ultérieurs ;
  
- (3). L'« Accord Chine-ASEAN sur le mécanisme de règlement des différends » en 2004. Cet Accord institue l'arbitrage comme principal mécanisme de règlement des différends, encourageant la consultation, la conciliation et la médiation, sans toutefois mettre en place d'organe permanent responsable du règlement des différends ni de procédure d'appel. Bien que distinct du règlement judiciaire des différends par l'OMC, ce mécanisme s'appuie dans une certaine mesure sur l'OMC : si les parties ne peuvent s'entendre sur le président du tribunal d'arbitrage, elles peuvent demander au directeur général de l'OMC de le nommer ;
  
- (4). L'« Accord Chine-ASEAN sur le commerce des services » en 2007. Il stipule que les deux parties devraient prendre des engagements au-delà des GATS, et chaque liste de concession devrait énumérer : le secteur promis, les

---

<sup>659</sup> MOFCOM, Guide de l'investissement étranger de l'ASEAN, MOFCOM, 2022.

conditions et les restrictions d'accès au marché, les conditions et les qualifications pour le traitement national, et le délai de l'engagement ;

- (5). L' « Accord Chine-ASEAN sur l'investissement » en 2009. Cet accord entre en vigueur l'année suivante et la ZLE Chine-ASEAN est inaugurée dans la foulée. L'octroi mutuel du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée et du traitement juste et équitable des investissements, ainsi que l'engagement en faveur de la transparence de l'environnement de l'investissement, contribuent à promouvoir la libéralisation des investissements ;
  
- (6). Le « Protocole portant amendement à l'Accord-cadre global sur la coopération économique » adopté en 2015. Il constitue une modification et un complément à l'accord original.

### B) LE CONTENU DE L'ACCORD CHINE-ASEAN

**608.** Les pays de l'ASEAN ne disposent pas de lois et réglementations uniformes dans le domaine de l'investissement étranger. Contrairement à l'UE, l'ASEAN n'a pas de compétence en matière des investissements, dont la gestion spécifique ou l'examen relève de la compétence exclusive de chaque pays membre. L'objectif est de renforcer la compétitivité de l'ASEAN en tant que destination pour les investissements directs étrangers par l'AIA. En effet, les années 90 avaient vu l'ASEAN céder du terrain à la Chine dans la compétition pour l'investissement direct étranger. Par exemple, l'Indonésie, la Malaisie et la Thaïlande n'ont attiré que 11 % des contrats d'investissement étranger en 1993, contre 80 % en 1990.

**609.** Dans le même temps, la part de la Chine dans les contrats d'investissement étranger augmentait de plus de 80 %<sup>660</sup>. Son adhésion à l'OMC en 2002 a déclenché un

---

<sup>660</sup> T. Kong Yam, « ASEAN in a New Asia: Challenges and Opportunies », in M. Pacini et C. Siow Yue (dir.), *ASEAN in the New Asia*, p. 13.

exode de capitaux étrangers des pays de l'ASEAN vers la Chine. Face à cette situation, l'ASEAN a choisi de transformer la relation concurrentielle avec la Chine en une relation complémentaire. Il introduit le capital chinois dans l'ASEAN sous forme d'investissement direct étranger, cherchant en parallèle à développer l'énorme marché de consommation chinois comme débouché pour ses exportations agricoles et piscicoles.

**610.** De son côté, la Chine a pris en considération les intérêts économiques de l'ASEAN et a accordé un traitement spécial et différencié aux quatre nouveaux membres de l'ASEAN, qui n'étaient pas encore prêts à réduire leur tarif au même niveau que les six membres originaux. À ce propos, l'Indonésie était particulièrement réticente à toute concession à la Chine, craignant que la zone de libre-échange ASEAN-Chine ne nuise aux intérêts de ses PME. Cependant, le déficit commercial entre les deux pays a diminué d'année en année : les exportations chinoises vers l'Indonésie au premier semestre 2020 s'élevèrent à 18,2 milliards de dollars, tandis que les importations en provenance d'Indonésie vers la Chine atteignent à 17,2 milliards de dollars<sup>661</sup>. Par ailleurs, la Chine est devenue la deuxième source d'investissement direct étranger en Indonésie. C'est nouvelle dynamique a permis à l'ASEAN de renforcer sa confiance dans la coopération avec la Chine, ainsi qu'avec d'autres pays tels que le Japon et la Corée du Sud.

**611.** En réponse au défi compétitif posé par la Chine, la mise en place de la ZLE de l'ASEAN s'est accélérée<sup>662</sup>, en même temps qu'une stratégie de coopération sur le modèle (10+1) a été adoptée. De la création d'une zone d'investissement au sein de l'ASEAN à celle d'une zone de libre-échange, cela signifie que l'ASEAN développe non seulement son commerce extérieur, mais également son attractivité vis-à-vis de l'investissement direct étranger. Les objectifs de l'AIA et de l'ASEAN sont donc différents. L'AIA a pour finalité d'attirer les investissements étrangers, notamment en réduisant les restrictions qui entravent la libre circulation des investissements. En revanche, l'ASEAN vise à développer un marché intérieur unifié avec une libre circulation des capitaux et une protection efficace des investissements. Dans cette mouvance, chacun des 10 États membres de l'ASEAN ont déjà conclu des accords bilatéraux d'investissement à titre individuel avec la Chine au cours des années 1990 et 2000.

---

<sup>661</sup> MOFCOM, Introduction de la coopération économique et commerciale Chine-Indonésie, 1<sup>er</sup> juin 2020.

<sup>662</sup> F. Nicolas, « La Communauté économique de l'ASEAN : un modèle d'intégration original », *Politique étrangère*, 2017, n° 2, p. 27-38.

**612.** Ces dix TBI sont toutefois autant de sources potentielles de conflit avec l'ASEAN. C'est d'ailleurs aussi le cas de nombreux accords antérieurs signés par l'ASEAN, notamment l'« Accord de l'ASEAN sur la promotion et la protection des Investissements » (APPI) de 1987, ou bien l'« Accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ASEAN ». Ces accords sont tous applicables dans la ZLE ASEAN-Chine. En cas de problèmes spécifiques d'application des accords, le principe préférentiel est généralement adopté : les investisseurs peuvent choisir le traité qui leur est le plus favorable. Une solution couramment employée, notamment par la Chine, est de stipuler des clauses contradictoires dans les traités bilatéraux d'investissement : une partie contractante traite les investisseurs de l'autre partie conformément à la loi lorsque cette dernière est plus favorable que les dispositions de l'accord, et doit être appliquée de manière préférentielle.

**613.** Il est utile de détailler dans cet accord Chine-ASEAN, les règles d'accès au marché (1) et celles relatives au traitement des investissements (2).

#### 1). L'accès au marché

**614.** Dans un premier temps, l'« Accord-cadre de coopération économique global Chine-ASEAN » en 2002 a permis d'établir un cadre juridique général pour la coopération en matière d'investissements économiques. Par la suite, quatre accords spécifiques sont venus le compléter : (1) l'accord sur le commerce des marchandises (ACM) ; (2) l'accord sur le commerce de services (ACS) ; (3) l'accord d'investissement (AI) ; et (4) l'accord de règlement des différends. L'accès aux marchés est une thématique essentielle dans tout accord de libre-échange, servant d'ailleurs de baromètre pour indiquer le degré d'ouverture de l'accord. Datant des premiers temps de la coopération entre la Chine et l'ASEAN, cet accord d'investissement Chine-ASEAN ne contient pas de telles dispositions, qui sont reléguées aux deux accords dédiés que sont l'ACM et l'ACS. L'ACM accorde le traitement national uniquement aux marchandises couvertes conformément à l'article 3 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT).

**615.** Grâce à l'ACM toutefois, les marchandises des deux parties peuvent circuler librement, à l'exception des catégories énumérées à l'article 12 de cet accord. Par ailleurs, aucune restriction quantitative n'est permise, sauf dans le cadre des règles de l'OMC. L'objectif majeur de l'ACM est d'éliminer les barrières tarifaires sur les marchandises des deux côtés en opérant une réduction progressive du taux d'imposition de la nation la plus favorisée aux fins fiscales déclarées, en distinguant les produits normaux et les produits sensibles. Le rythme de la diminution doit également s'adapter au niveau de développement économique des différents pays afin de faciliter la transition, avec pour finalité d'aboutir à des droits de douane nuls sur toutes les marchandises normales, et aussi faibles que possible pour les produits sensibles. Enfin, l'article 14 de l'accord reconnaît le statut d'économie de marché de la Chine, ce qui diminue considérablement la menace d'actions antidumping et compensatoires à l'encontre des entreprises d'exportation chinoises, sans toutefois l'éliminer complètement. Ceci leur permet d'envisager le développement de leurs activités commerciales de manière plus sereine, et contribue donc à l'élargissement de l'accès aux marchés.

**616.** Concernant l'accès au marché des services, l'article 18 de l'ACS énumère les mesures qui sont incompatibles avec le principe de libre-échange des services et qui sont par conséquent interdites :

- (1). Restreindre les prestataires de services, que ce soit sous la forme de quotas, de monopoles, de franchises ou d'exigences en matière d'examen des besoins économiques ;
- (2). Restreindre les volumes de transaction ou la valeur totale de l'actif sous la forme de quotas de quantité ou d'exigences en matière d'examen des besoins économiques ;
- (3). Limiter le nombre total d'entreprises de services ou le montant total de la production de services exprimé en unités désignées, sous la forme de quotas ou d'exigences de test de la demande économique ;

- (4). Limiter le nombre total de personnes physiques directement liées à des services ou prestataires de services spécifiques pouvant être employées et nécessaires à la fourniture de ces services, sous la forme de quotas de quantité ou d'exigences en matière d'examen des besoins économiques ;
- (5). Contraindre les prestataires de services à opérer par l'intermédiaire de types spécifiques d'entités juridiques ou de coentreprises ;
- (6). Restreindre la participation de capitaux étrangers en limitant le pourcentage maximal de capitaux propres étrangers ou en restreignant le montant total de l'investissement étranger individuel ou global.

**617.** La Chine utilise un système de liste négative pour réglementer l'accès des investissements étrangers à ses industries par le biais de restrictions et d'interdictions. La clause de traitement national de l'article 19 de l'ACS précise à cet égard les secteurs inclus dans la liste des concessions bénéficiant du traitement national, sous respect des conditions et des réserves attachées. Concernant l'accord de l'ASEAN, le degré d'ouverture du secteur des services dépend ainsi des secteurs spécifiques de la table des concessions négociée par les deux parties. Le calendrier est basé sur la dernière liste négative de la Chine. Il peut arriver que si un accord qui a été signé avec la Chine est trop ancien, le degré d'accès aux investissements étrangers de la Chine d'après la liste négative soit plus élevé que celui de l'accord signé à ce moment-là, dans ce cas, les investisseurs étrangers peuvent naturellement choisir l'accord le plus favorable.

## 2). Le traitement des investissements

**618.** L'accès aux marchés des investissements étrangers et le traitement des investissements sont étroitement liés. L'accès aux marchés reflète le niveau de traitement de l'investissement, et réciproquement le niveau d'accès accordé aux capitaux étrangers est corrélé au traitement de l'investissement. Le traitement de l'investissement accordé par



l'Accord d'investissement Chine-ASEAN aux investisseurs étrangers ne concerne que la phase post-investissement. Les trois grands mécanismes dans le système des investissements étrangers internationaux sont le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement juste et équitable. Ce dernier standard est une norme de traitement « absolu », tandis que les deux premiers, qui sont généralement associés, sont qualifiés de « relatif » car ils modulent des normes existantes : le pays hôte peut ajouter des mesures de restrictions spéciales, ou au contraire des droits particuliers réservés aux investissements étrangers, aboutissant à un traitement différencié.

**619.** Par exemple, le traitement national prévu à l'article 19 de l'accord de commerce des services ASEAN-Chine est assorti de restrictions. D'ailleurs, la « Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales »<sup>663</sup> de l'OCDE conçoit le traitement national comme un objectif et non une obligation absolue. En effet, la gestion des investissements étrangers par un pays hôte pouvant être considérée comme relevant de la souveraineté économique de ce pays, ce dernier est fondé à rechercher avant tout la préservation de l'économie industrielle nationale. Si la maturité du marché d'un pays n'est pas suffisante pour accorder le traitement national aux investissements étrangers, cela peut avoir des conséquences importantes en matière de réparation en cas de litige. En effet, il peut y avoir des difficultés dans la mise en œuvre du traitement national qui met les investisseurs nationaux et étrangers sur un pied d'égalité, et la garantie d'une concurrence loyale entre les capitaux étrangers et les capitaux nationaux. Cela étant dit, les accords internationaux dans le cadre de l'OMC contiennent des dispositions applicables sur les exceptions au traitement national, comme par exemple la clause d'exception relative à la sécurité aux articles 20 et 21 du GATT ; on note également que les GATS ne font pas de l'accès aux marchés et du traitement national une obligation universelle.

**620.** Dans le même esprit, adopter le mécanisme du traitement national signifie pour les États membres de l'OMC de parvenir à un accord par la négociation sur un principe d'égalité, par lequel le degré d'ouverture des différentes industries de services, ainsi que les modalités de mise en œuvre du traitement national sont déterminés. Par conséquent, les accords signés par un même pays peuvent comporter différents niveaux de

---

<sup>663</sup> OCDE, Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

mise en œuvre des clauses de traitement national. Une limite existe toutefois : le TRIMS (Mesures concernant les investissements et liées au commerce) interdit cependant toute mesure d'investissement en rapport avec le commerce qui serait incompatible avec le traitement national défini par le GATT, de même que les restrictions quantitatives ; en rappelant que des dispositions spéciales sont néanmoins prévues pour les pays en développement, de même qu'il peut être dérogé à l'Accord en fonction des circonstances spécifiques considérées comme des exceptions.

**621. Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF).**- Le traitement NPF engage un pays contractant à accorder aux investisseurs d'un autre pays contractant les mêmes droits dont bénéficie tout autre pays tiers. Si le traitement national se résume à « l'égalité entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers », alors le traitement NPF consiste en « l'égalité entre les investisseurs étrangers les plus favorisés ». Le traitement NPF est également un traitement définissable. En effet, le niveau de traitement dépend du contenu spécifique de l'ensemble des accords internationaux (tels que les accords d'investissement ou les accords de libre-échange) conclus par le pays contractant. Ainsi, le traitement NPF peut provoquer une réaction en chaîne : lorsqu'un pays accorde un traitement plus favorable aux investisseurs d'un autre pays, l'ensemble des pays signataires d'un accord contenant la clause de NPF peuvent également se prévaloir des droits nouvellement accordés.

**622.** Il existe cependant un cas de figure dans lequel les États membres de l'OMC peuvent passer outre ces règles du traitement NPF : l'accord commercial régional. Certains pays d'une même région peuvent se regrouper au sein d'un accord pour bénéficier de tarifs douaniers préférentiels ou d'une plus grande liberté d'investissement entre eux, comme par exemple le NAFTA, l'UE, l'ASEAN et le RCEP. Ces accords sont exclusifs de par leur nature et ne permettent pas à des pays tiers d'exiger les mêmes privilèges au titre de la clause de traitement NPF, ce qui permet aux pays membres de l'accord régional d'appliquer des taux d'imposition inférieurs ou exonérés de tarifs, qui n'ont pas vocation à d'être étendu à d'autres signataires du GATT<sup>664</sup>. Ainsi, les accords régionaux constituent une exception importante au principe du traitement NPF.

---

<sup>664</sup> OMC, Accord général, 1994, *sur les tarifs douaniers et le commerce*, art. 24 ; OMC, Accord général, 1994, *sur le commerce des services*, art. 5.

**623.** La clause NPF protège donc le droit des investisseurs à une concurrence équitable, tout en permettant aux pays qui le souhaitent de conclure des accords régionaux sans compromettre la compétitivité de leur économie. Mais ce n'est pas un consensus sur toutes les questions relatives au traitement NPF. Le champ d'application de la clause NPF implique des droits substantiels et des droits procéduraux. Si l'applicabilité de cette clause aux différends concernant des droits substantiels fait l'objet d'un consensus au regard du droit international de l'investissement, il n'en est pas de même concernant son utilisation dans le cadre du règlement des différends relatifs aux investissements. Chaque centre d'arbitrage ou arbitre peut donner une interprétation différente du traitement NPF selon le cas de figure. La tendance générale est à l'extension de ce traitement au règlement des différends dans le domaine des investissements<sup>665</sup>. En effet, lorsque les investisseurs font face à des procédures judiciaires nationales dans un pays hôte contre le gouvernement, les investisseurs sont considérés comme relativement vulnérables.

**624.** Le droit international de l'investissement évoluant vers une meilleure protection des intérêts des investisseurs, certains arbitres ont davantage tendance à appliquer la clause de traitement NPF aux procédures de règlement des différends. Dans le même temps, des voix appelant à la recherche d'un équilibre entre les intérêts des investisseurs étrangers et du pays hôte ont également reçu de plus en plus d'attention, de même que les appels à la réforme du RDIE. Par conséquent, des solutions sont développées pour éviter toute ambiguïté sur l'application du traitement NPF :

- (1). Soit un pays indique explicitement dans l'accord que le traitement NPF est applicable aux procédures de règlement des différends relatifs aux investissements, comme par exemple, le modèle de traité d'investissement britannique<sup>666</sup> ;

---

<sup>665</sup> V. la sentence *AAPL c. Sri Lanka* (Award, 27 juin 1990).

<sup>666</sup> Draft model agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, art. 3.

- (2). Soit un pays indique que le traitement NPF ne s'applique pas aux procédures de règlement des différends relatifs aux investissements, comme dans le modèle d'accord de libre-échange américain de 2004 ;
- (3). Soit un pays utilise une clause d'exclusion stipulant que l'application du traitement NPF n'est pas rétroactive, tel que dans le modèle de traité bilatéral d'investissement canadien<sup>667</sup>.

**625. Le traitement juste et équitable (TJE)** fait son apparition en 1948 dans la charte de la Havane et l'accord économique de Bogota. Bien que ces deux conventions n'aient jamais abouti, la norme « absolu » du traitement TJE était lancée dans la sphère des investissements étrangers. L'article 11(2) de la charte de la Havane enjoignait les signataires à traiter les investisseurs étrangers de manière juste et équitable, et l'article 22 de l'Accord économique de Bogota évoquait également le traitement équitable des capitaux étrangers. De fait, les libellés « traitement juste et équitable » et « traitement équitable » sont interchangeable et les deux expressions sont cohérentes. Les États-Unis ont utilisé les deux termes dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation (traité FCN)<sup>668</sup> entré en vigueur en 1948, sur la base de traités bilatéraux signés par différents pays.

**626.** Le traité FCN entre les États-Unis et la France fait référence au traitement équitable, tandis que le traité signé avec l'Allemagne cite le traitement juste et équitable. Dans les faits, la France et l'Allemagne bénéficient de la même protection relative à ce traitement. Aujourd'hui, le traitement juste et équitable s'est imposé comme la formule usuelle dans les traités bilatéraux ou multilatéraux. Le traité FNC des États-Unis est considéré comme le premier traité bilatéral d'investissement au monde. Élaboré dans un contexte où Washington avait assumé le leadership économique mondial, l'objectif de ce traité n'était pas seulement de permettre le déploiement du capital américain aux quatre coins du monde, mais également d'exporter les valeurs de bases de la Constitution

---

<sup>667</sup> Annex III exception from Most-Favoured-Nation Treatment.

<sup>668</sup> OCDE, La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, OCDE, 2004.

américaine, telles que la sécurité, le raisonnable, non discriminatoire et une procédure régulière<sup>669</sup>. Cet esprit d'égalité et d'équilibre entre pays économiquement forts et pays économiquement faibles, entre les individus et les souverainetés et entre le capital et la politique, a fait de cet accord l'un des principaux modèles de traités bilatéraux.

627. Par conséquent, le TJE est officiellement inclus dans les normes du traité international d'investissement étranger afin de protéger les investisseurs étrangers et empêcher l'abus de pouvoir de la part du pays d'accueil. On retrouve le TJE en filigrane à travers l'histoire de l'élaboration des normes internationales d'investissement<sup>670</sup> :

- (1). Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers de 1967 stipulait que « *les biens d'autres pays devaient être traités justement et équitablement (...)* » ;
- (2). L'article 48 du projet de Code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales indique que « *les sociétés multinationales doivent bénéficier d'un traitement juste et équitable (...)* » ;
- (3). L'Article 12 (d) de la Convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements en 1985 (AMGI) précisait que « *pour garantir les investissements étrangers, la AMGI accordera un traitement juste et équitable aux investissements étrangers dans le pays hôte (...)* » ;
- (4). L'article 3(2) des directives de la Banque Mondiale sur le traitement des investissements directs étrangers en 1992 souligne que « *chaque pays devrait étendre l'investissement étranger sur son propre territoire afin d'accorder un traitement juste et équitable conformément aux normes des lignes directrices (...)* » ;

---

<sup>669</sup> K. J. Vandeveld, *The first bilateral investment treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*, Oxford University Press, 2017, p. 3.

<sup>670</sup> OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, loc. cit.

- (5). L'article 1105 (1) de l'Accord de libre-échange nord-américain (NAFTA), on peut lire que « *chaque Partie accordera aux investisseurs étrangers d'un traitement juste et équitable conforme au droit international (...)* » ;
- (6). Le traité sur la Charte de l'Énergie en 1995 prévoit que « *des dispositions relatives au traitement juste et équitable applicables à toutes les situations, à l'exception d'un seul secteur (...)* » ;
- (7). Le projet d'accord multilatéral de l'OCDE sur l'investissement en 1998 indiquait que « *chaque partie contractante devrait garantir que l'investissement étranger sur son territoire accordera un traitement juste et équitable et en aucun cas les parties contractantes ne peuvent accorder un traitement inférieur à celui exigé par le droit international (...)* ».

**628.** Comme déjà indiqué, le traitement juste et équitable est une norme à caractère « *absolu* » qui peut être appliquée par un pays hôte dans le cadre de la protection des investissements directs étrangers. Cependant, cette norme n'est pas tout à fait autonome : son interprétation doit généralement être combinée avec d'autres normes, telles que le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée<sup>671</sup>, le traitement juste et équitable se déterminant par ailleurs en fonction du contexte d'application spécifique. D'après les statistiques<sup>672</sup>, sur plus de 500 accords bilatéraux d'investissement, environ 90 % prévoient un traitement juste et équitable. Parmi les accords qui prévoient ce traitement, 88 % ne se réfèrent pas au droit international, ce qui signifie que ce traitement est stipulé comme une norme pour la protection du traitement des investissements étrangers autonome. Les 12 % restants prévoient l'une ou l'autre des dispositions supplémentaires suivantes liées au droit international :

---

<sup>671</sup> À titre d'exemple, dans *S.D. Myers Inc. c. Canada*, le Tribunal arbitral a considéré que le gouvernement canadien avait violé la clause de traitement national prévue à l'article 1102 du traité NAFTA. En conséquence, le tribunal a également jugé qu'il avait violé l'article 1105 portant sur le traitement juste et équitable, le champ d'application de l'article 1105 étant plus large que celui de 1102.

<sup>672</sup> OCDE, Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter-Remarks by J.J. Coe. American Society of International Law Proceeding of the Annual Meeting, OCDE, 2004, p. 17-19.

- (1). Les clauses de traitement juste et équitable vont au-delà des exigences des normes internationales ;
- (2). Les clauses de traitement juste et équitable relèvent du droit international mais sans être équivalentes au standard minimum de traitement ;
- (3). Les clauses de traitement juste et équitable équivalent aux normes minimales internationales<sup>673</sup>. En pratique, ces trois interprétations peuvent ressortir de cette clause. Par exemple, dans le cas de l'article 1105 de l'ALENA, les arbitres ont donné une interprétation large du traitement juste et équitable dans un certain nombre de procédures<sup>674</sup>. Après avoir été poursuivis et condamnés, les trois États contractants (États-Unis, Mexique, Canada) ont publié une mise au point en 2001 concernant le chapitre 11 de l'ALENA, soulignant que le traitement juste et équitable du 1105 (1) correspond à la norme de traitement la plus basse accordée aux investisseurs étrangers en droit international coutumier : « *Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers »*<sup>675</sup>.

**629.** Il s'agit de lier la norme minimale de traitement au droit international coutumier afin d'éviter d'élever le seuil du traitement juste et équitable en limitant l'interprétation du traitement juste et équitable par tout tribunal arbitral. Le document de

---

<sup>673</sup> La norme minimale du droit international est définie par le document de travail sur l'investissement international de l'OCDE, qui énonce : « *la norme minimale internationale est une norme du droit international coutumier qui régit le traitement des ressortissants étrangers en énonçant un ensemble minimum de principes que les États, indépendamment de leur législation interne et de leurs pratiques, doivent respecter à l'égard des ressortissants étrangers et de leurs biens...* ». Pour Andreas Roth, « la norme internationale n'est rien d'autre qu'un ensemble de règles interreliées dérivées d'une norme particulière du droit international général, selon laquelle le traitement des étrangers relève du droit des nations » : A. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Sijthoff, 1949, p. 127. V., pour approfondir, OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, loc. cit.

<sup>674</sup> *Pope & Talbot c. Canada*, (Award, 10 avr. 2001).

<sup>675</sup> A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 337-338.

travail de l'OCDE conclut en préconisant que la conduite du pays hôte soit évaluée sur « les trois critères suivants : (1) *la norme minimale internationale requise par le droit international coutumier* ; (2) *le droit international, toutes sources confondues* ; (3) *la norme autonome énoncée dans un traité.* »

**630.** L'inclusion dans le traitement juste et équitable des normes minimales du droit coutumier international remonte à l'affaire *Neer vs Mexique* de 1926, lorsque le meurtre d'un citoyen américain au Mexique était resté impuni. Les États-Unis avaient poursuivi les autorités mexicaines devant un tribunal arbitral, qui a cependant considéré que le Mexique n'avait pas enfreint les normes internationales minimales de traitement des étrangers. Ce jugement montre que le simple comportement inapproprié de l'État ne suffit pas à constituer une violation des normes du droit international coutumier. Cette norme a par la suite été citée par divers tribunaux d'arbitrage internationaux dans le cadre de différends relatifs aux investissements<sup>676</sup>. Ainsi, l'affaire *Neer* a établi le critère d'application de la norme minimale de traitement juste et équitable du droit international coutumier.

**631.** Les gouvernements, les organisations internationales ou les tribunaux arbitraux internationaux ont affirmé que les normes minimales du droit international coutumier évoluent de fait : de nouvelles normes viennent s'y ajouter, telles que le principe de transparence<sup>677</sup>. En 2016, l'« Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE » intégra les manquements au principe de transparence parmi les violations du traitement juste et équitable. Ainsi, l'essentiel est d'interpréter correctement le contenu<sup>678</sup> du traitement juste et équitable tout en appliquant le principe de l'autonomie de la volonté des pays signataires. Le traitement juste et équitable est interprété conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui précise que « *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Dans les interprétations de la norme de traitement juste et équitable faites par les tribunaux arbitraux, le traitement juste et équitable a, en pratique, été vérifié au travers de cinq

---

<sup>676</sup> *Harry Robert c. États-Unis mexicains* (Award 2 nov.1926).

<sup>677</sup> A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, loc. cit. p.349-352.

<sup>678</sup> A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, loc. cit. p.347-348



éléments constitutifs ce qui tend à montrer que le débat sur les rapports entre cette norme et la norme minimale en droit international coutumier serait possiblement dépassé. Les cinq éléments constitutifs de cette norme sont : (1) l'obligation de vigilance et de protection ; (2) la diligence due et le respect des procédures régulières, notamment l'absence de déni de justice et d'arbitraire ; (3) la transparence ; (4) la bonne foi, laquelle pourrait déjà inclure la transparence et l'absence d'arbitraire et (5) l'indépendance et l'impartialité de la justice et des autorités locales à l'égard de l'investisseur étranger<sup>679</sup>.

**632.** Les arbitres internationaux ont tendance à préférer le principe de bonne foi à la seule norme de traitement minimum dans leur interprétation du traitement juste et équitable<sup>680</sup>. En fait, la norme minimale de traitement juste et équitable et le principe de bonne foi sont l'absorption mutuelle et l'existence mutuelle en droit international de l'investissement. Par exemple, un tribunal arbitral CIRDI a interprété ce traitement à l'aune de la norme internationale minimale, tempérée par le principe de bonne foi ainsi qu'une série d'obligations incombant au pays hôte, à savoir : (1) offrir aux investisseurs un environnement juridique et commercial stable ; (2) donner aux investisseurs des attentes raisonnables ; (3) le principe de procédure régulière et (4) le principe d'indemnisation pour toute violation du traitement juste et équitable, y compris mais non limité au cas de nationalisation ou d'expropriation<sup>681</sup>.

**633.** Les accords bilatéraux d'investissement de la Chine contiennent essentiellement des clauses de traitement juste et équitable, à de rares exceptions telles que l'accord Chine-Japon de 1988. Les types de traitement juste et équitable chinois se divisent en quatre catégories: (1) illimité et sans condition, comme dans l'accord Chine-Allemagne de 2003 ; (2) soumis à conditions, par exemple au moyen de la formule « *sans préjudice des conditions stipulées par ses lois et règlements* »; comme dans l'accord Chine-Islande de 1994 ; (3) lié au droit international, comme dans l'accord Chine-France de 2007 ; (4) associé à la norme minimale du droit international coutumier, comme dans l'accord Chine-Mexique de 2008. Les quatre types de traitement susmentionnés n'ont pas de

---

<sup>679</sup> OCDE, La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, op. cit., p. 43.

<sup>680</sup> *Tecnicas medioambientales tecmed S.A.c. Mexique* (Award, 29 mai 2003) ; V. A. de Nanteuil, Droit international de l'investissement, loc. cit., préc.

<sup>681</sup> *Amoco internationale finance corporation c. Iran*, (Award, 14 juill. 1987) ; *Bernardus Funekotter et al. c. Zimbabwe* (Award, 22 avr. 2009) ; V. A. de Nanteuil, Droit international de l'investissement, loc. cit., 368.

séquence temporelle de développement ni de relation logique<sup>682</sup>. Le gouvernement chinois ne semble pas avoir de préférence affirmée pour l'une ou l'autre de ces variantes. Il maintient une attitude fondamentalement neutre, et se détermine en faveur de l'une ou l'autre de ces options en fonction du déroulement des négociations et des préférences de l'autre partie.

**634.** Les dividendes de la mondialisation s'accompagnent de risques accrus, notamment associés à la croissance des investissements étrangers. L'Allemagne et les États-Unis, en tant que pays développés fortement capitalisés, font historiquement partie des décideurs de règles. Au départ, soucieux de protéger leurs investissements à l'étranger, ils sont désormais confrontés au risque de poursuites par les investisseurs étrangers sur leur propre territoire. Par conséquent, le modèle de TBI des États-Unis, et de nombreux autres pays, est passé à la quatrième génération de traités bilatéraux qui tendent à encadrer l'interprétation parfois trop étendue de protections juridictionnelles et substantielles dans les traités d'investissement. La première génération de traités concernait le commerce et la navigation ; la seconde, la protection des investissements ; la troisième y ajoutait la promotion des investissements ; et la quatrième, représentée par l'Accord CAI Chine-UE, leur libéralisation mais contrôlée par la limitation de l'interprétation qui peut en être faite.

**635.** Ainsi, le traitement juste et équitable qui continue d'occuper une place de choix dans cette dernière génération d'accords d'investissement, quand bien même les tribunaux d'arbitrage ne sont jamais parvenus à un consensus sur son interprétation exacte, fait l'objet de limitations dans le sens qui peut lui être donné. En effet, les accords d'investissement bilatéraux ou multilatéraux récents tentent de se prémunir contre les interprétations élargies du traitement juste et équitable par un tribunal arbitral. C'est ainsi que le contenu du traitement juste et équitable dans les accords nouvellement signés est circonscrit par des explications plus détaillées ou par une énumération des circonstances<sup>683</sup>.

---

<sup>682</sup> Par exemple, l'art. 3, § 1, de l'accord Chine-Allemagne de 2003 prévoit que les investisseurs d'une partie contractante bénéficieront systématiquement d'un traitement juste et équitable pour leurs investissements sur le territoire de l'autre partie contractante. En revanche, la nouvelle version de l'accord sino-français 2007 se modifie la terminologie du traitement juste et équitable : désormais, toute partie contractante s'engage à appliquer l'accord en conformité avec les principes généralement admis du droit international. Autrement dit, la nouvelle version de l'accord sino-français associe un traitement juste et équitable au droit international.

<sup>683</sup> Par exemple, l'Accord Canada-États-Unis-Mexique de 2018 a adopté une interprétation plus détaillée du traitement juste et équitable que la version ALENA de 1994. V. art. 14.6 sur la norme minimale de traitement: « *Fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal*

**636.** En revanche, l' « Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam » adopte la méthode de l'énumération. On constate que, bien que les pays nord-américains continuent d'insister pour limiter le traitement juste et équitable à la norme de traitement minimum du droit international coutumier, l'UE est plus encline à accepter le principe de l'interprétation de bonne foi en choisissant d'énumérer des circonstances spécifiques afin d'équilibrer la protection des investisseurs et les intérêts du pays hôte.

## §2. L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE PARTENARIAT ÉCONOMIQUE RÉGIONAL GLOBAL (RCEP)

**637.** La politique de la Chine en matière d'adhésion à des zones de libre-échange doit s'analyser en parallèle de sa politique en matière d'accords d'investissements (notamment le CAI Chine-UE). Plus particulièrement en matière de libre-échange, un accord extrêmement important, le RCEP, est entré en vigueur entre 15 signataires en juin 2023. Le RCEP est dominé par l'ASEAN (dix pays membres), complété par cinq autres pays (Chine, Japon, Australie, Corée du Sud et Nouvelle-Zélande), représentant 30 % de la population et 30 % du PIB de la planète<sup>684</sup>. Ce nouvel accord régional est devenu le plus grand accord de libre-échange au monde. En effet, longtemps tenue à l'écart de la réglementation du commerce mondial en raison de facteurs politiques et économiques, la Chine a fait de nombreux efforts pour adhérer à l'OMC, ce qui lui a permis de connaître une croissance, faisant d'elle l'usine de fabrication du monde. Dans la mesure où le reste du monde ne peut ignorer l'existence de son marché, l'adhésion à divers accords de libre-échange régional créé, une situation gagnant-gagnant à la fois sur le plan politique et économique.

**638.** Le RCEP dispose, à l'instar du CAI Chine-UE, de dispositions sur la protection des investissements. Leurs objectifs sont toutefois différents. Le CAI Chine-UE se concentre davantage sur les conditions de liberté d'investissement et de concurrence loyale (par exemple, les clauses sur les entreprises publiques et les subventions), ainsi que

---

*systems of the world; and full protection and security require each Party to provide the level of police protection required under customary international law. »*

<sup>684</sup> ASEAN, Summary of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, ASEAN, 2020.

les conditions de développement durable (les clauses sur la protection de l'environnement et le droit du travail) ; tandis que le RCEP se concentre davantage sur la protection des investissements et la facilitation des échanges commerciaux. Ceci tient aux grandes disparités de développement économique entre pays membres de l'ASEAN. Dans la mesure où la stabilité des investissements et des échanges est tributaire des facteurs sociaux et politiques dans différents pays, le degré élevé de protection des investissements qu'offre cet accord est particulièrement bénéfique.

**639.** Cet accord, quant au chapitre sur les investissements, peut être divisé en cinq parties, à savoir : l'accès au marché, la liberté d'investissement, la protection des investissements, la concurrence loyale ainsi que la facilitation des investissements et des échanges. L'analyse principale concerne ici l'investissement dans le chapitre 10 et le règlement des différends dans le chapitre 19 ; plus précisément il s'agit de l'accès au marché (**A**), de la liberté d'investissement (**B**) et de la protection des investissements (**C**).

#### *A) L'ACCÈS AU MARCHÉ*

**640.** La Chine adopte également dans cet accord de libre-échange la méthode de la liste négative. Ce principe est identique à celui de l'accord ASEAN-Chine. Dans l'Annexe III sur la liste des réserves et des mesures non conformes en matière d'investissement (Chine), il énumère 12 mesures<sup>685</sup> pour 12 secteurs spécifiques<sup>686</sup> et 11 mesures pour tous les secteurs qui sont interdits ou restreints pour les investisseurs de pays signataires du RCEP.

#### *B) LA LIBERTÉ D'INVESTISSEMENT*

**641.** La liberté d'investissement se matérialise sous quatre aspects : l'octroi du traitement national, celui du traitement de la nation la plus favorisée, l'interdiction des

---

<sup>685</sup> V. Annexe III Chine dans l'accord Chine-ASEAN

<sup>686</sup> Les 12 secteurs concernés sont les suivants : Industrie des semences ; Pêche ; Exploration et exploitation de la zone économique exclusive et du plateau continental ; Exploitation et traitement des minerais de terres rares et de minéraux rares ; Fabrication d'automobiles ; Fabrication d'équipements de communication ; Fabrication de produits pharmaceutiques ; Monopole accordé par le Gouvernement, dont le tabac ; Énergie atomique ; Protection des ressources biologiques ; Artisanat national traditionnel ; Terre.

exigences de performance, ainsi que les règles relatives au recrutement des cadres supérieurs et du conseil d'administration. Ce dernier aspect est un point de différence avec l'accord d'investissement Chine-UE, qui n'impose aucune restriction de nationalité aux cadres et administrateurs, tandis que l'article 7(2) de l'accord RECP stipule qu'une partie contractante peut exiger que les membres du conseil d'administration aient une nationalité spécifique ou soient résidents du territoire de la partie contractante. Les autres clauses étant essentiellement identiques entre les deux accords CAI Chine-UE et RECP, ceux-ci sont fondamentalement équivalents en termes de liberté d'investissement.

### C) LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

**642.** Elle occupe une grande partie du chapitre sur les investissements, recouvrant notamment : le traitement juste et équitable, les transferts de devises, les formalités spéciales et la divulgation d'informations, la compensation des pertes, les clauses de subrogation et d'expropriation, et le refus des avantages.

**643. Le traitement juste et équitable.-** Le déni de justice dans les procédures judiciaires ou administratives est explicitement proscrit. Le traitement juste et équitable devra ici satisfaire aux normes de traitement minimales des étrangers en vertu du droit international coutumier, mais sans aller au-delà, ce qui montre que la Chine et les pays de l'ASEAN sont prudents quant à l'élargissement de l'interprétation de ce traitement dans le cadre de l'arbitrage RDIE.

**644. Les transferts de devises.-** La protection de la liberté des investisseurs en matière de transfert de capitaux est un aspect fondamental dans tout traité d'investissement. L'accord RECP comprend deux éléments essentiels. Premièrement, tous les transferts liés aux investissements sont autorisés à entrer et sortir du pays librement et sans délai ; deuxièmement, les transferts liés aux investissements peuvent être effectués dans n'importe quelle devise, convertie au taux de change du marché.

**645. Les formalités spéciales et la divulgation d'informations.-** Dans certains cas, sans préjudice des obligations de protection et du traitement national, les parties contractantes peuvent imposer des procédures spéciales et l'établissement de lois ou

réglementations en matière d'investissement. Les obligations de divulgation ou les pouvoirs de collecte d'informations sont d'ordre général. Une partie contractante peut demander aux investisseurs d'une autre partie de fournir des informations pertinentes uniquement à des fins de collecte d'informations ou de statistiques. Il n'y a aucune condition préalable que l'autre partie soit tenue de fournir des informations sur l'investissement lorsque les intérêts peuvent être violés.

**646. La compensation des pertes.-** Une compensation sera accordée aux investissements sur le territoire d'une partie contractante ayant subi des pertes consécutives à un conflit armé, des troubles civils ou une situation d'urgence nationale. À titre d'exemple, des troubles politiques internes au Myanmar, membre de l'ASEAN, à partir de février 2021, ont causé de lourdes pertes aux investisseurs étrangers. Ce traité a fourni aux investisseurs une base pour compenser leurs pertes économiques. Lors de la signature d'accords bilatéraux avec des pays politiquement instables, la fourniture d'une compensation pour les pertes constitue un facteur de protection particulièrement important.

**647. Les clauses de subrogation et d'expropriation.-** Les droits de subrogation sont apparus dans le « *Investment Guarantee Agreement* » et constitue une pratique l'américaine qui s'est développée dans les années 1970 pour traiter des questions de procédure. Le sens du droit de subrogation est que les investisseurs peuvent souscrire une garantie auprès d'une agence d'assurance officielle de leur pays d'origine. Lorsque les investisseurs subissent des pertes dues à des facteurs politiques dans le pays d'accueil, ces agences d'assurance ou de garantie peuvent exercer leurs droits de subrogation dans ledit pays. Il est précisé que le droit de subrogation ou de transfert de litige ne pourra pas excéder les droits originaux de l'investisseur. La clause d'expropriation encadre l'expropriation et la nationalisation par le pays hôte, et fixe les exigences en matière d'indemnisation.

**648. Le refus des avantages.-** Il s'agit d'une clause de protection pour les États contractants afin d'empêcher certains investisseurs de se livrer au « *free-riding* », profitant des avantages de la protection conventionnelle sans en assumer les obligations. Il existe deux sortes d'investisseurs de ce type : le premier est une société-écran ou « boîte aux

lettres » sans activité commerciale substantielle sur les territoires des États contractants ; le second est une société contrôlée par des investisseurs qui n'ont pas de relations économiques et commerciales normales avec les États contractants. Logiquement, ces « faux » investisseurs étrangers se voient refuser les avantages accordés à ceux qui ont cette qualité, notamment l'avantage tiré des clauses de protection.

**649. Conclusion de la section.-** La signature des deux accords multilatéraux prouve la participation active de la Chine dans l'édiction de normes internationales. L'accord Chine-ASEAN a été signé pour permettre la réduction des seuils d'accès au marché tout en respectant le degré de développement des États membres de l'ASEAN. Il marque un certain conservatisme dans ses dispositions relatives au règlement des différends. Lors de la signature du RCEP, l'économie des États membres est de différents niveaux. Ils se sont donc concentrés sur les PME, la protection des investissements, la réduction des droits de douane sur le commerce des biens et des services, ainsi que l'accès au marché. Cet accord n'a en revanche pas fixé de normes élevées en matière de propriété intellectuelle, d'entreprises publiques à l'inverse de ce que l'on retrouve dans le CAI Chine-UE. Si la Chine est prête à accepter des normes élevées d'accord d'investissement, elle conclut également des accords d'investissement aux normes moins élevées pour s'adapter aux intérêts et aux contraintes des autres parties liées à leur niveau de développement économique. Ainsi, il n'existe donc pas de modèle unique ou de normes acquises dans les accords d'investissement chinois. La Chine ne cherche donc pas à s'imposer mais à s'adapter.

**650. Conclusion du chapitre.-** Les pays doivent résoudre les problèmes d'investissement entre des pays situés dans différentes régions ou à différents niveaux de développement économique, pour éviter la guerre ou des conflits diplomatiques. Les règles internationales sont formulées par le biais de négociations bilatérales ou d'accords multilatéraux. La négociation d'accords bilatéraux d'investissement peut être considérée comme l'un des résultats de la diplomatie actuelle. Par exemple, la Chine et les États-Unis avaient entamé des négociations sur les accords bilatéraux d'investissement en 2008, sans progrès substantiel pour des raisons purement politiques et la guerre commerciale entre les deux parties rend les perspectives de négociations sino-américaines encore plus incertaines.

**651.** La Chine a réalisé d'importants progrès dans les accords d'investissement bilatéraux ou multilatéraux au cours des dernières années, tels que l'accord de libre-échange multilatéral RCEP, l'accord Chine-ASEAN sur les investissements et le CAI Chine-UE. La signature de ces trois accords démontre que la Chine a adopté des normes élevées pour une nouvelle génération d'accord d'investissements, comme en témoigne, notamment, l'accord Chine-UE. Cet accord offre aux investisseurs de l'UE le niveau d'engagement le plus élevé en termes d'accès au marché, avec une libéralisation très forte. En outre cet accord a vu la Chine prendre des engagements très importants à l'égard de ses entreprises publiques afin d'assurer une concurrence équitable. Enfin, l'accord favorise le développement durable et prévoit un mode particulier de règlement des litiges.



## CHAPITRE 2 : LES MODES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

---

**652. Succès pour la médiation en Chine et consensus pour la réforme d'arbitrage au niveau international.**- Les investisseurs étrangers préfèrent éviter les juridictions étatiques, quoiqu'elles ne soient pas exclues. Pour autant, des différences d'ordre culturel caractérisent les préférences des investisseurs chinois pour le règlement des litiges. En effet, alors que l'arbitrage est la voie privilégiée, les investisseurs chinois préfèrent celle de la médiation qui s'inscrit dans la tradition du confucianisme. Pour autant, les modes de règlement des litiges en matière d'investissement étranger se caractérisent à l'heure actuelle en Chine par la rencontre entre une tradition ancestrale du confucianisme et l'appropriation de l'arbitrage issu des sociétés occidentales. La médiation rencontre un succès croissant dans la résolution des litiges internationaux en matière d'investissement. Avec le développement de la stratégie d'investissement à l'étranger de la Chine et le projet de la Ceinture et la Route, des litiges commerciaux et relatifs à des investissements étrangers ont commencé à apparaître nécessitant une résolution rapide et amiable<sup>687</sup>. La Chine s'est engagée à promouvoir le principe du « one stop service » pour la résolution des litiges commerciaux internationaux. La possibilité d'utiliser la médiation dans un contexte international, ainsi que de la combiner avec une phase arbitrale ou contentieuse constitue une nouvelle orientation pour l'exploration théorique et pratique de l'adaptation des MARC dans le droit chinois.

**653.** De manière complémentaire à la médiation qui était déjà bien implantée dans la culture et le droit chinois, l'arbitrage est désormais conçu pour fournir un mécanisme de réparation lorsqu'un investisseur étranger est confronté à une violation du traité par l'autorité publique. Des difficultés existent en matière d'arbitrage d'investissement. Pour autant, une réforme internationale, qu'applique la Chine, est amenée à les résoudre au fil de l'eau et à adapter cet arbitrage aux changements actuels<sup>688</sup>.

---

<sup>687</sup> Parmi les 64 pays de la Ceinture et Route, seuls sept pays ont conclu des traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale avec la Chine. V. W. Zhu, « Some Considerations on the Civil, Commercial and Investment Dispute Settlement Mechanism between China and the Other Belt and Road Countries » in J. Chaisse et J. Gorski (dir.), *The Belt and Road Initiative*, p.612.

<sup>688</sup> C. Kessedjian, « Where public meets private: a few thoughts on Investment law and arbitration », in *International Investment Law a Handbook*, p. 1879-1883

Si la balance de l'arbitrage penche davantage vers la protection des investissements étrangers au détriment de l'intérêt public du pays d'accueil, l'objectif initial de l'arbitrage, qui est le droit de contester la puissance publique de l'État sur un pied d'égalité, est dévoué. L'investisseur étranger ne doit pas pouvoir abuser de ce mécanisme en exposant le pays hôte à un risque important d'indemnisation, qui pourrait obliger celui-ci à abandonner ses politiques publiques en faveur de sa population, comme par exemple une restructuration industrielle en réponse au changement climatique. Cette situation a pu conduire certains pays comme le Venezuela à dénoncer la Convention CIRDI<sup>689</sup>.

**654.** Ces lacunes ont conduit le CIRDI à repenser le système existant, en lançant une série de discussions sur la réforme et à proposer des solutions à adopter pour changer le système existant. Parmi celles-ci figure l'introduction d'un mécanisme « alternatif de résolution des conflits », la création d'un tribunal permanent et d'un tribunal d'appel pour améliorer la cohérence et la stabilité des sentences arbitrales, et ainsi éviter des décisions différentes dans des affaires identiques. Le recours au principe de proportionnalité comme méthode d'analyse et de test a également été envisagé comme méthode à intégrer dans le système CIRDI<sup>690</sup>. Poussé à son paroxysme, le principe de proportionnalité permettrait d'équilibrer les droits des investisseurs et les intérêts de l'État hôte. En effet, ce principe de proportionnalité permettait que les mesures prises ne poursuivent pas seulement des objectifs légitimes, mais qu'elles recherchent également un équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt individuel. Il fournit également des arguments solides en faveur des sentences arbitrales par le biais du test de proportionnalité, en plus des clauses d'expropriation indirecte et des clauses de traitement juste et équitable.

**655.** La médiation en Chine est traditionnellement divisée en médiation civile et médiation commerciale. Le présent chapitre traite de la médiation commerciale internationale au travers d'un guichet unique pour la médiation, l'arbitrage et le contentieux devant des tribunaux de commerce internationaux en Chine (**section 1**). En effet, la médiation repose sur le principe du volontariat des parties, le médiateur n'est pas tenu de fournir une solution sous la forme d'une décision finale, contrairement à un

---

<sup>689</sup> L. L. He et R. Sappideen, « Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States », *Journal of World Trade* 2015, vol. 49, p. 85-116.

<sup>690</sup> Le principe de proportionnalité a été appliqué pour la première fois en 2003 dans l'arbitrage ICSID, 29 mai 2003, *Tecmed v/Mexico*, aff. ARB(AF)/00/2.

arbitrage. Si la médiation ne débouche pas sur un accord, les parties peuvent soumettre leur désaccord à un arbitre ou à une juridiction nationale<sup>691</sup>. Ainsi, un arbitrage efficace est nécessaire pour le règlement des différends entre investisseurs et États (**section 2**).

## SECTION 1 : LA MÉDIATION

**656.** Avant d'envisager le droit chinois relatif à la médiation, peut-être faut-il rappeler quelques éléments de comparaison avec le droit français, mais tout en conservant une approche globale et européenne. On peut relever à cet égard comme fait marquant la pluralité de sources d'inspiration. En effet, une loi type de la CNUDCI, publiée en 2002, modifiée en 2018<sup>692</sup>, a d'abord proposé un modèle standard de médiation commerciale internationale. Les 33 pays (dont la France) ont été inspirés et influencés par ce modèle. Ensuite, l'ordonnance française n°2011-1540 à transposer la directive 2008/52/CE fixe un cadre destiné à favoriser la médiation au niveau interne et transfrontalier afin de fixer un cadre général à la médiation en France<sup>693</sup>. Parallèlement et toujours en 2008, la Commission européenne a publié des orientations sur la médiation dans les affaires civiles et commerciales, encourageant le recours à la médiation avant la procédure judiciaire pour résoudre les litiges<sup>694</sup>. L'UE semble donc favorable à l'adoption de la médiation dans son approche de résolution des litiges, ce qui vaut en matière civile et commerciale et sans qu'une différence ne soit dressée spécifiquement pour les litiges relatifs aux investissements. Toutefois, la question de la spécificité de ce dernier type de litiges semble en passe d'être prise de plus en plus en compte. C'est ainsi que le rapport de la 39<sup>e</sup> session du groupe de travail III de la CNUDCI, un groupe de réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, se fixe pour objectif le développement de « la prévention et l'atténuation des différends et d'autres méthodes alternatives de règlement des différends » dans le futur. En effet, la CNUDCI a publié un « *draft UNCITRAL guidelines on*

---

<sup>691</sup> C. Titi, « Mediation and the Settlement of International Investment Disputes: between Utopia and Realism », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*. P.21-25

<sup>692</sup> Loi type de la CNUDCI, 2002, sur la conciliation commerciale internationale.

<sup>693</sup> *Ibid.*

<sup>694</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 21 mai 2008, n° 2008/52/CE.

*investment mediation* » en 2023, dont l'objectif est d'expliquer comment la médiation peut contribuer à résoudre les différends en matière d'investissement international<sup>695</sup>.

**657.** Finalement, deux solutions essentielles ont été proposées (§1) pour que la médiation soit spécifiquement utilisée pour résoudre les litiges relatifs aux investissements étrangers au niveau international. La pratique d'un guichet unique pour la médiation, l'arbitrage et le contentieux en Chine (§2) en contribue une application.

## §1. LES DEUX SOLUTIONS ESSENTIELLES

**658.** Les deux solutions essentielles pour la conciliation en matière relèvent du règlement de médiation CIRDI de 2022 pour la résolution des différends entre l'État hôte et les investisseurs étrangers (A), et la Convention de la médiation de Singapour pour l'ensemble des litiges en matière commerciale (B), rédigée par le groupe de travail II de la CNUDI<sup>696</sup>, qui est également chargé de la réforme de la médiation et plus particulièrement de l'exécution de l'accord. Cette dernière Convention a été adoptée et ouverte à la signature des États en 2018.

### A) LE RÈGLEMENT DE MÉDIATION CIRDI ENTRE LES INVESTISSEURS ÉTRANGERS ET L'ÉTAT

**659. Différence entre médiation et conciliation.-** La médiation fait partie des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), qui comprend également la conciliation parmi d'autres méthodes. L'objectif de la médiation et de la conciliation est de parvenir à un accord définitif, les deux concepts étant souvent interchangeables<sup>697</sup>. Cependant, il existe des différences significatives entre les règles de médiation et de conciliation du CIRDI : « la conciliation utilise un processus plus formel et d'évaluation centré sur les droits légaux des parties, qui vise à un arbitrage non contraignant. En

---

<sup>695</sup> ONU, Draft UNCITRAL guidelines on investment mediation, 21 avr. 2023.

<sup>696</sup> Pour une présentation de ce groupe et notamment sa composition, v. introduction du dernier rapport de ce groupe de travail : [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)

<sup>697</sup> United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, dite « Singapore Convention on Mediation ».

revanche, la médiation est plus informelle et moins institutionnalisée que la conciliation, elle met l'accent sur une communication ouverte entre les parties, elle est plus axée sur les intérêts des parties que sur l'analyse de leurs droits, et elle vise à produire un accord contractuel entre les parties plutôt qu'une décision interprétant la loi ». Selon le *background paper on investment mediation* du CIRDI, une distinction spécifique est faite entre la médiation et la conciliation, depuis le champ d'application jusqu'à la procédure<sup>698</sup>.

**660. Médiation sur les litiges investisseurs-État.-** Le CIRDI promulgue des règles actualisées sur la médiation en matière d'investissement, visant à combler les lacunes de la médiation en tant que mode indépendant de règlement des litiges investisseurs-États. Ces nouvelles règles différentes des précédentes établies par le CIRDI : i) aucune condition de nationalité pour les parties n'est posée, sans se limiter aux investisseurs des États membres de CIRDI ; ii) aucune obligation n'est imposée aux parties au litige d'avoir un lien avec un État membre du CIRDI. En d'autres termes, la médiation en matière d'investissement s'applique à tout investisseur, pour autant que les deux parties acceptent d'appliquer les règles de médiation du CIRDI et qu'elles concluent un accord écrit à cet effet. Les règles de médiation du CIRDI peuvent être intégrées :

- (1). Dans le contrat d'investissement ou un accord annexe ;
- (2). Dans le traité d'investissement bilatéral ou multilatéral. Les dispositions actuelles des traités d'investissement concernant le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États sont toutefois dominées par les règles d'arbitrage CIRDI. La procédure d'arbitrage investisseurs-États impose généralement une période de réflexion de « six mois » permettant une médiation qui, si elle aboutit, sera convertie en sentence arbitrale. Dans le cas contraire, la

---

<sup>698</sup> Il existe sept différences majeures entre la conciliation et la médiation du CIRDI : 1) La médiation du CIRDI est ouverte à tous les États et largement accessible, sans limitation de nationalité ni conditions d'adhésion au CIRDI ; 2) la médiation CIRDI prévoit la nomination d'un médiateur ou de deux co-médiateurs par accord entre les parties, la solution par défaut étant un médiateur nommé d'un commun accord. En revanche, la conciliation du CIRDI prévoit une commission de conciliation composée de trois membres, chaque partie nommant un conciliateur et le troisième étant nommé d'un commun accord ; 3) il n'y a pas de détermination de compétence par le médiateur et donc pas d'objection de compétence au cours de la procédure ; 4) le rôle de la commission de conciliation est de clarifier les questions en litige, alors que le rôle du médiateur est uniquement d'aider les parties à trouver une solution mutuellement acceptable ; 5) le médiateur ne peut émettre aucune recommandation sans l'accord des parties ; 6) le processus de médiation est plus informel ; 7) une partie à une médiation peut se retirer du processus à tout moment, car un « consentement continu » est requis tout au long du processus de médiation. ICSID, *Background Paper on Investment Mediation*, ICSID, 2021, p. 4-5.

procédure d'arbitrage est engagée, de sorte que la médiation n'est qu'une étape préalable, et non une procédure à part entière. Avec l'adoption croissante du mécanisme de médiation investisseurs-États, les pays ou les régions envisageront la possibilité d'appliquer les règles du CIRDI lors de la mise à jour de traités d'investissement existants ou de la négociation de nouveaux traités. Une clause de bifurcation entre la médiation investisseurs-États et l'arbitrage investisseurs-États peut également être prévue. Si l'investisseur choisit la médiation comme moyen de règlement d'un différend, l'accord de médiation devient juridiquement efficace dès sa signature par consentement mutuel et aucune autre demande d'arbitrage ne peut être introduite pour le même litige. La clause de bifurcation rend donc la médiation et l'arbitrage mutuellement exclusifs ;

- (3). Dans les droits internes de l'investissement du pays hôte ;
- (4). Dans un accord écrit *ad hoc* conclu entre les parties, qui peut être rédigé et signé avant ou après la survenance d'un litige. L'accord des parties peut intervenir avant l'introduction d'une demande de médiation en matière d'investissement, ou bien après par une seule partie, auquel cas le CIRDI sollicitera le consentement de l'autre partie.

**661. Médiation appréciable pour l'État hôte.-** La médiation offre des avantages appréciables. Elle est davantage accessible aux investisseurs individuels et aux PME par rapport à l'arbitrage, une procédure coûteuse qui nécessite souvent le recours à un financement tiers. Pour cette catégorie de plaideurs. La médiation permet aux investisseurs étrangers de continuer à investir et à exploiter leur entreprise dans le pays hôte après le règlement d'un différend, afin d'obtenir des bénéfices stables et à long terme, là où une procédure d'arbitrage cherchera plutôt à obtenir une compensation importante qui risque de mettre fin à toute relation économique avec le pays hôte. Pour un investisseur étranger, la meilleure stratégie est d'éviter de perturber les relations avec les pays hôtes, et le choix de la médiation peut protéger ses intérêts tout en maintenant de bonnes relations avec le pays hôte. Le pays d'accueil peut également bénéficier de l'avis d'un médiateur sur les avantages et les inconvénients de l'ajustement de sa politique industrielle et de l'indemnisation des investisseurs. L'expérience de médiation acquise par le pays hôte

facilitera la conception d'une plate-forme de communication pour la prévention des conflits avec les investisseurs étrangers. Au total, la médiation est un moyen efficace pour les deux parties, le pays hôte et l'investisseur étranger, de minimiser les pertes et de parvenir à une situation « gagnant-gagnant » sur le long terme.

*B) LA CONVENTION DE SINGAPOUR SUR LA MÉDIATION : POUR TOUS LES ACTEURS DU COMMERCE INTERNATIONAL*

**662. L'adoption de la Convention de Singapour.-** Cette adoption est une étape importante dans la mise en œuvre de l'exécution des accords de médiation. Contrairement aux règles de médiation du CIRDI de 2022, la Convention de Singapour s'applique à tous les litiges commerciaux et non uniquement aux litiges en matière d'investissement. Son utilité est donc un peu différente et son adoption répond d'un mouvement d'amélioration de l'existant. En effet, en pratique, les institutions d'arbitrage proposent une combinaison d'arbitrage et de médiation afin de répondre aux besoins des parties et de tirer le meilleur bénéfice de la médiation. Par exemple, l'accord d'investissement Chine-EU et l'accord Chine-ASEAN prévoient la médiation comme une procédure préarbitrage et encouragent le recours à la médiation pour résoudre les différends en matière d'investissement. Dans l'enquête, « Adapter l'arbitrage à un monde en mutation », 59 % des répondants ont exprimé leur préférence pour l'arbitrage combiné à la médiation, contre 49 % en 2018 et seulement 34 % en 2015<sup>699</sup>. Au vu des résultats probants de la médiation dans la résolution de litiges techniques et la confiance qui lui est accordée par les institutions internationales et de nombreux États dans le monde, le fait d'adopter cette convention pour faciliter les médiations semblait comme une évidence compte tenu de la philosophie chinoise.

**663.** La médiation peut en effet réduire les litiges conduisant à la cessation des relations commerciales entre les investisseurs étrangers et les États hôtes. Mais la force exécutoire des accords de règlement conclus par voie de médiation est difficile à garantir. Pour rappeler quelques éléments de contexte dans l'amélioration du droit international relatif à la médiation, c'est en 2004 que les États-Unis ont suggéré à la CNUDCI que le

---

<sup>699</sup> White & Case, « 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world », *Queen Mary University of London et SIA*, 2022, p. 5.

groupe de travail II<sup>700</sup> élabore une convention multilatérale sur la force exécutoire des médiations. En conséquence, une enquête sur le cadre législatif pour la mise en œuvre des accords de règlements internationaux issus de la médiation a été réalisée auprès des États membres. Sur la base du retour d'informations<sup>701</sup>, ainsi qu'une série de discussions sur des points techniques tels que la définition, le champ d'application et les accords de règlement<sup>702</sup>, la convention de Singapour est entrée en vigueur le 12 septembre 2020 avec 46 signataires, dont les États-Unis et la Chine. La Convention marque un changement dans le statut de la médiation pour le règlement des litiges commerciaux internationaux, qui passe de simples étapes préalables à solution à part entière. D'après les questionnaires reçus de différents pays, la plupart des États parties ne disposent pas actuellement d'un cadre législatif pour la mise en œuvre de la médiation commerciale internationale dans leur droit interne. Toutefois, une modification ou une révision de la loi pour l'adapter à la Convention est envisageable dans certains États membres.

**664. Contenu de la Convention.-** La médiation est définie comme un processus par lequel les parties se voient proposer une résolution à l'amiable de leur différend avec l'aide d'un ou plusieurs médiateurs, mais sans le pouvoir d'imposer une solution aux parties. Les parties nomment un ou plusieurs médiateurs à partir d'une liste fournie par des tiers<sup>703</sup>. L'article premier sur le champ d'application indique que « la convention s'applique à tout accord issu de la médiation et conclu par écrit par des parties pour régler un litige commercial international ». Le caractère international est établi par l'un des éléments suivants<sup>704</sup> : « (1) au moins deux parties à cet accord ont leur établissement dans des États

---

<sup>700</sup> La description par H. Abramson: « the working group meet twice a year for one to two weeks sessions to deliberate issue by issue, and draft section by section, with input from the EU Commission and various NGOs in the room », v. H. Abramson, « New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlement », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes* 2019, P.364.

<sup>701</sup> Assemblée générale des Nations unies, 2016, Règlement des litiges commerciaux- Exécution des accords issus de procédures de médiation ou de conciliation commerciale internationale, compilation des commentaires reçus des gouvernements, n° A/CN.9/846, p. 3-4.

<sup>702</sup> Assemblée générale des Nations unies, 2015, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa soixante-quatrième session, n° A/CN.9/867, p. 16-29.

<sup>703</sup> ICCA, *Règlement de médiation*, 2012, art. 20 : « un médiateur peut procéder à la médiation d'un litige de toute manière qu'il juge appropriée pour faciliter un règlement entre les parties. Ces moyens comprennent notamment : (1) le médiateur peut rencontrer les parties et leurs représentants séparément ou simultanément ; (2) au cours de la procédure de médiation, le médiateur peut demander aux parties de soumettre des propositions ou des solutions écrites ou orales pour résoudre le litige ; (3) avec le consentement des parties, le médiateur peut engager des experts compétents pour fournir des conseils ou des avis d'experts sur des questions techniques ; (4) au cours de la procédure de médiation, le médiateur peut faire des propositions aux parties en vue de la résolution du litige. »

<sup>704</sup> Convention, Nations Unies, 2019, *sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation*, dite « Convention de Singapour », art. premier.



différents ; ou (2) l'État dans lequel les parties à l'accord ont leur établissement est différent : (a) soit de l'État dans lequel une part substantielle des obligations découlant de l'accord est exécutée ; (b) soit de l'État avec lequel l'objet de l'accord a le lien le plus étroit ».

**665.** Cette convention exige des parties qu'elles s'adressent aux tribunaux des États membres pour faire exécuter les décisions lorsque les accords de règlement sont considérés comme « issus de la médiation » et correspondent à son champ d'application. La force exécutoire des accords de règlement repose généralement sur plusieurs éléments :

- (1). L'accord existe sous forme écrite ou comme texte enregistré, les formes électroniques telles que le courrier électronique étant également admissibles ;
- (2). Les signatures des parties<sup>705</sup> ; si un accord de médiation est conclu mais que l'une des parties revient sur sa décision et ne le signe pas, le tribunal ne peut pas être saisi pour homologation ou exécution ;
- (3). Il existe des preuves que l'accord a été conclu entre les parties sur la base d'une médiation<sup>706</sup> ; la signature du médiateur, notamment, est la meilleure preuve que l'accord de médiation n'est pas un nouvel acte contractuel conclu entre les parties.

**666.** Un accord de médiation est généralement considéré comme un contrat<sup>707</sup>. Cependant, l'absence de force exécutoire qui a longtemps prévalu a pu dissuader les parties de recourir à la médiation pour résoudre leur différend. La convention confie l'exécution des accords aux tribunaux des États membres pour les litiges portant sur des transactions internationales. Il limite simplement le champ d'application aux litiges commerciaux

---

<sup>705</sup> Convention de Singapour, préc., art. 4, § 1.

<sup>706</sup> Convention de Singapour, préc., art. 4, § 1, b : une preuve que l'accord est issu de la médiation, telle que : i) la signature du médiateur apposée sur ledit accord ; ii) un document signé par le médiateur indiquant que la médiation a eu lieu ; iii) une attestation de l'institution qui a administré la médiation ; ou iv) en l'absence des preuves visées aux sous-alinéas i, ii ou iii, toute autre preuve susceptible d'être acceptée par l'autorité compétente.

<sup>707</sup> Des pays comme le Canada, l'Allemagne, l'Italie, la France, les États-Unis et la Chine considèrent qu'un accord de médiation signé par les deux parties a valeur de contrat. Si un accord de médiation est conclu entre les parties en Allemagne, l'exécution peut être demandée par voie judiciaire, ou par homologation de l'accord de règlement par un notaire allemand. Dans le cas des accords de règlement internationaux, la reconnaissance par les tribunaux allemands est nécessaire avant que l'exécution puisse être recherchée en vertu du droit allemand. En France, si les parties souhaitent donner à l'accord une force exécutoire, il faut le soumettre à l'homologation du juge compétent.

internationaux, à l'exclusion de tout litige civil ou d'accord de règlement par la voie arbitrale ou judiciaire<sup>708</sup>.

**667.** L'article 3-2<sup>709</sup> de la Convention affirme la règle *non bis in idem* qui met fin à la procédure et exclut tout recours judiciaire, sauf dans les cas de l'article 5 de la Convention. Il en sera, par exemple, d'une partie qui peut établir que « le médiateur a gravement manqué aux normes applicables aux médiateurs ou à la médiation, manquement sans lequel cette partie n'aurait pas conclu l'accord ». En pratique, il est difficile pour les tribunaux d'aller vérifier, par-delà les frontières, si un médiateur a enfreint les codes de conduite ou les règles de procédure. En outre, il n'existe actuellement aucune norme universelle pour les institutions de médiation et les qualifications des médiateurs, ce qui tend à freiner la mise en pratique de la médiation internationale. Si les médiateurs et les arbitres étaient soumis aux mêmes normes professionnelles et si des règles standards internationales étaient appliquées, cela pourrait accroître l'autorité de la médiation pour le règlement des différends dans le domaine de l'investissement international.

**668.** Ainsi, le code de conduite du médiateur et la qualification des médiateurs sont les garants de l'intégrité du processus de médiation internationale. Certains pays ont d'ailleurs publié leur code de conduite du médiateur. C'est le cas des États-Unis qui, à côté de sa Loi uniforme sur la médiation (« *uniform mediation act* »)<sup>710</sup>, possède un « modèle de normes de conduite pour les médiateurs » (« *model standards of conduct for mediators* »)<sup>711</sup>. C'est aussi le cas du centre de médiation de Singapour, qui a diffusé un « code de conduite » (« *code of conduct* »)<sup>712</sup>, de l'Union européenne (le « code de conduite européen relatif aux prescripteurs de médiation »<sup>713</sup>) et de la Chine, qui a publié un « code de conduite de médiateur » rédigé par le Conseil chinois pour la Promotion du

---

<sup>708</sup> Convention de Singapour, préc., art. premier, § 2 : les accords suivants sont exclus du champ d'application : a) Conclues pour régler un litige découlant d'une opération effectuée par l'une des parties à des fins personnelles, familiales ou domestiques ; b) relatifs au droit de la famille, des successions ou du travail. c) les accords de règlement qui ont été approuvés par une juridiction ou conclus pendant une procédure menée devant une juridiction ; d) les accords de règlement sont exécutoires en tant que jugement dans l'État où se trouve ladite juridiction ; e) les accords de règlement qui ont été enregistrés et sont exécutoires en tant que sentence arbitrale.

<sup>709</sup> Convention de Singapour, préc., art. 3, § 2 : si un litige survient sur une question dont une partie affirme qu'elle a déjà été réglée par la voie d'accord de règlement, une Partie à la Convention autorise celle-ci à invoquer l'accord conformément à ses règles de procédure et aux conditions prévues dans la présente Convention afin de prouver que la question a déjà été réglée.

<sup>710</sup> Uniform Mediation Act, 2003.

<sup>711</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, 2005.

<sup>712</sup> *Ibid.*

<sup>713</sup> CEPEJ, Code de conduite européen relatif aux prescripteurs de médiation, 2018.

Commerce international et la Chambre chinoise de Commerce international. Les codes de conduite susmentionnés diffèrent quant à leurs dispositions spécifiques, mais convergentes dans les grands principes, tels que le respect de la volonté des parties, mais aussi la neutralité, l'impartialité, et la confidentialité. Bien qu'un mécanisme uniforme de certification pour la qualification de médiateur reste à mettre en place, les accords issus des centres de médiation commerciale internationale disposent d'ores et déjà d'une réelle crédibilité.

**669.** La Convention de Singapour confère deux avantages importants aux accords de règlement internationaux : premièrement, une force exécutoire sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à une procédure d'homologation judiciaire ; deuxièmement, la signature de l'accord met fin au contentieux entre les parties. Ces deux caractéristiques exigent que le droit interne de l'État partie soit modifié en conséquence pour s'aligner sur la mise en œuvre de la Convention. Prenons l'exemple de la Chine.

**670. Exemple de la Chine pour la ratification de la Convention de Singapour.-** La « loi de la République populaire de Chine sur la procédure de conclusion des traités »<sup>714</sup> impose que la convention soit ratifiée par le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire (CPANP) avant d'entrer en vigueur. Le droit interne sera modifié ou une loi chinoise sur la médiation commerciale internationale sera introduite après l'entrée en vigueur de la convention. Ces deux possibilités sont au centre des discussions, lesquelles abordent trois problématiques. Premièrement, comment conférer la force exécutoire aux accords de règlement sans passer par une procédure d'homologation ? En effet, l'article 20 de « plusieurs avis de la Cour populaire suprême sur la mise en place d'un mécanisme solide de résolution des conflits et des litiges qui associe le contentieux et le non-contentieux »<sup>715</sup>, précise que les accords de règlement conclus dans le cadre d'une médiation civile, administrative ou commerciale sont soumis à une procédure d'homologation par le tribunal compétent avant d'être exécutés. Deuxièmement, comment permettre aux accords de règlement de mettre fin aux litiges sans aucun moyen de recours, ni par l'arbitrage, ni devant les tribunaux ? En vertu de l'article 32 de la *loi sur la médiation populaire*, les accords de médiation commerciale sont, comme toute médiation civile, de

---

<sup>714</sup> Loi de la République populaire de Chine, 28 déc. 1990, *sur la procédure de conclusion des traités*.

<sup>715</sup> Plusieurs avis de la Cour populaire suprême, 17 juill. 2012, sur la mise en place d'un mécanisme solide de résolution des conflits et des litiges qui associe le contentieux et le non-contentieux.

nature contractuelle. Une partie qui reviendrait sur sa décision a donc le droit de demander un procès. Troisièmement, la compétence du tribunal doit être clarifiée. La Chine s'efforce d'intégrer la médiation, l'arbitrage et le contentieux dans un guichet unique pour les tribunaux de commerce internationaux. L'exécution d'un accord de médiation internationale basé sur la convention de Singapour pourrait relever de la compétence du tribunal de commerce international de Chine (CICC), à travers la première Cour commerciale internationale de la Cour populaire suprême (Shenzhen), et/ou la deuxième Cour commerciale internationale de la Cour populaire suprême (Xi'an). Les deux Cours peuvent également se combiner au tribunal de première instance de l'objet du litige pour garantir la force exécutoire.

**671.** Les lois et règlements chinois actuels régissant les accords de règlement sont en contradiction avec les exigences de la Convention de Singapour. La proposition d'une loi spécifique à la médiation commerciale internationale pour distinguer l'exécution des accords de médiation commerciale interne et international semble être envisagée.

## §2. LA PRATIQUE D'UN GUICHET UNIQUE POUR LA MÉDIATION, L'ARBITRAGE ET LE CONTENTIEUX EN CHINE

**672. Historique.-** La médiation dans la société chinoise est l'incarnation du concept philosophique d'« harmonie précieuse ». Le confucianisme prône l'établissement de relations sociales harmonieuses fondées sur la bienveillance. C'est ainsi que la médiation est bien établie en Chine depuis l'Antiquité pour traiter toutes sortes de litiges civils ou même pénaux ; dans certaines régions, elle était même le seul moyen de résolution des litiges. Dans la directe ligne de cette philosophie, la *loi sur la médiation populaire*<sup>716</sup> adoptée en 2010 vise à résoudre les litiges civils et commerciaux. Mais en pratique, cette loi sert surtout pour les affaires civiles, le médiateur n'ayant souvent pas la formation nécessaire pour juger les affaires commerciales, notamment les cas complexes tels que les litiges internationaux. En outre, la procédure étant totalement gratuite, la présence d'experts est rarissime.

**673.** Ainsi, en dépit d'une longue tradition en Chine, la médiation reste peu utilisée dans la sphère commerciale, notamment au sens large du terme qui puisse comprendre les investissements internationaux. Le développement de la médiation ou de l'arbitrage international est étroitement lié aux préoccupations de politiques juridictionnelles nationales et au niveau de développement économique. L'accent mis sur l'agriculture et à l'inverse, le peu d'intérêt pour le commerce a été une politique fondamentale en Chine depuis l'époque des printemps et des automnes et des États belligérants<sup>717</sup>. Le développement de l'industrie et du commerce n'a été envisagé qu'à la fin de la dynastie Qing. En l'absence de véritable développement économique, la faible quantité de litiges commerciaux offrait peu d'occasions de recourir à la médiation. Aujourd'hui, l'arbitrage commercial international, et l'arbitrage d'investissement dans une moindre mesure, est directement proportionnel à l'activité économique et au volume des investissements étrangers. Le monde reconnaît l'efficacité de la médiation pour la résolution des conflits et les nombreux avantages qu'elle apporte<sup>718</sup>. L'énoncé des différentes formes de médiation (A) précèdera la présentation de la procédure du guichet unique (B).

#### A) LES DIFFÉRENTES FORMES DE MÉDIATION

**674. Consensualisme de la médiation.-** Le dénominateur commun entre la médiation commerciale et l'arbitrage est le choix d'un règlement pour la procédure de médiation ou d'arbitrage, basé sur le principe du consentement. Toutefois, la nature différente de la médiation et de l'arbitrage les distingue quant aux exigences relatives au consentement<sup>719</sup>. La clause d'arbitrage CIRDI doit figurer par écrit dans l'accord d'investissement, c'est-à-dire être convenue *ex ante*, sans quoi le pays hôte peut éviter l'arbitrage lorsqu'un litige survient, et l'investisseur n'a d'autre choix que de recourir à la justice ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends. *A contrario*, la médiation peut être soit prévue par un accord préalable, soit initiée par un accord ultérieur.

---

<sup>717</sup> 770-221 av. J.-C.

<sup>718</sup> C. Titi, « Mediation and the Settlement of International Investment Disputes: between Utopia and Realism », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*. Préc.

<sup>719</sup> C. Titi, « Mediation and the Settlement of International Investment Disputes: between Utopia and Realism », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*. P.34-35

En règle générale, la médiation peut être convenue par écrit ou oralement : la recevabilité n'est pas limitée aux accords écrits. Cependant, la convention de Singapour et les règles du CIRDI sur la médiation en matière d'investissement ne s'appliquent qu'aux accords écrits, aussi les investisseurs se doivent, afin de protéger leurs droits, de consigner par écrit leur consentement à la médiation commerciale internationale.

**675.** La médiation est désormais couramment utilisée dans les procédures d'arbitrage ou de litige commercial. Si la médiation joue souvent le rôle d'étape préalable, les parties peuvent solliciter une médiation à n'importe quel stade de l'arbitrage ou du litige. La médiation intervient dans trois configurations différentes, selon qu'elle est autonome ou articulée avec d'autres procédures. Trois formes existent : la médiation en tant que procédure autonome (1), un modèle combiné de médiation et d'arbitrage (2), et un modèle combiné de médiation et de contentieux (3).

#### 1). La médiation en tant que procédure autonome

**676. Procédure autonome.-** L'objectif de cette procédure est d'aboutir à un accord de médiation. En cas d'échec, les parties devront se tourner vers l'arbitrage ou une procédure judiciaire. La médiation peut se dérouler dans deux cadres différents :

- **(1). Le cadre privé ou *ad hoc*.** Les parties négocient un accord de règlement de manière informelle, avec ou sans médiateur, en dehors d'un centre de médiation et de règles établies. Cette procédure est applicable à certains sujets de litige, tels que les créances et dettes, l'exécution des contrats, etc. L'accord de règlement résultant de la médiation est un contrat dont l'exécution nécessite l'homologation du tribunal. Selon l'article 194 de la loi chinoise sur la procédure civile, cette demande d'homologation est présentée conjointement par les parties au tribunal d'instance dans un délai de 30 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord de médiation, faute de quoi, l'exécution de l'accord de médiation ne pourra pas être sollicitée par la voie judiciaire. L'article 195 du même code dispose que le tribunal d'instance déclare soit que l'accord de médiation est valable, et si l'une des parties refuse de l'exécuter, l'autre partie peut en demander l'exécution au tribunal ; soit que l'accord de règlement n'est pas conforme aux dispositions de la loi, et refuse

donc son homologation. Dans ce dernier cas, les parties peuvent modifier l'accord de médiation initial ou parvenir à un nouvel accord par voie d'arbitrage, ou elles peuvent intenter une action devant le tribunal d'instance.

- **(2). Le cadre institutionnel.** Les parties confient leur différend à un centre de médiation opérant dans le cadre de règles préétablies. Prenant l'exemple du centre CCPIT/CCIC, les parties peuvent choisir un médiateur dans une liste fournie par le Centre de médiation, ou bien le sélectionner par leurs propres moyens, voire décider de se passer de médiateur ; l'option retenue devra toutefois être validée par le centre<sup>720</sup>. Le médiateur peut procéder à la médiation du litige de toute manière qu'il juge propre à faciliter un règlement entre les parties, en les aidant à dialoguer et à découvrir leurs intérêts communs<sup>721</sup>. Si les parties parviennent à un accord, elles peuvent solliciter conjointement une homologation auprès du tribunal compétent, et ainsi conférer une force d'exécution conformément à leur accord<sup>722</sup>. Les parties peuvent s'adresser au tribunal compétent pour obtenir une injonction de payer si elles sont parvenues à un accord ayant une validité contractuelle et un contenu de paiement à l'issue de la médiation. Si un notaire a conféré un effet exécutoire à un accord de médiation comportant un contenu de paiement, cet accord peut faire l'objet d'une demande d'exécution par un tribunal compétent, sans que l'homologation soit nécessaire<sup>723</sup>. En même temps, conformément aux règles de la médiation, l'accord peut contenir une clause d'arbitrage et être soumis à la CIETAC pour qu'une sentence arbitrale soit rendue conformément à son contenu. La sentence arbitrale est alors définitive et contraignante pour les parties<sup>724</sup>. Selon l'article 237 de la loi sur la procédure civile, si une partie n'exécute pas la sentence arbitrale, l'autre partie peut demander à un tribunal compétent de l'exécuter d'office.

**677.** Il existe trois grandes plateformes de médiation commerciale en Chine :

---

<sup>720</sup> Règles de la médiation du centre CCPIT/CCIC, 5 mars 2019, art. 16.

<sup>721</sup> *Ibid.*, art. 20.

<sup>722</sup> *Ibid.*, art. 26.

<sup>723</sup> *Ibid.*, art. 27.

<sup>724</sup> *Ibid.*, art. 28.

- (1). Le Centre de médiation pour la Ceinture et la Route de Beijing (*Beijing retio legal and commercial service centre for BRI*) ;
- (2). Le Conseil chinois pour la promotion du commerce international/ centre de médiation de la Chambre de commerce internationale de Chine (*CCPIT/CCOIC*<sup>725</sup> *mediation centre*). Ce centre de médiation a conclu des accords de coopération avec de nombreux pays et régions du monde (comme, les États-Unis, l'Allemagne, le Royaume-Uni, Singapour). Ces accords visent à régler les litiges commerciaux entre des parties chinoises et des parties du pays étranger ou de la région étrangère par le biais de la médiation. La médiation conjointe est un modèle de médiation unique créé par le Centre de médiation du CCPIT, qui facilite le recours à la médiation pour résoudre les litiges commerciaux et économiques transrégionaux et transfrontaliers ;
- (3). Quant au Centre de médiation commerciale de Shanghai (SCMC), l'article 5 du « Règlement de médiation du Centre de médiation commerciale de Shanghai » indique qu'avec le consentement des parties, le SCMC peut mener une médiation conjointe avec une autre organisation de résolution des litiges, ou accepter la nomination ou le mandat d'un tribunal populaire ou d'une commission d'arbitrage pour mener une médiation conjointe ou unique du litige. La médiation conjointe est l'une des spécialités du Centre de médiation de Shanghai, qui a établi de nombreux partenariats avec d'autres centres de médiation, tels que le centre de médiation AIA de l'Union européenne, le centre *for Effective Dispute Resolution de Londres (CEDR)*, le centre de médiation de Singapour, etc. Le SCMC a également établi un partenariat stratégique avec Judicial Arbitration and Mediation Services of America (JAMS) qui permet notamment l'échange de médiateurs entre les deux centres.

**678.** Ainsi, le cadre réglementaire chinois propose non seulement la médiation, en tant que procédure autonome, mais aussi une combinaison de l'arbitrage et de la médiation afin d'offrir aux parties un large éventail d'options.

---

<sup>725</sup> CCPIT: China council for the Promotion of Internation Trade; CCOIC: China Chamber of International Commerce.



## 2). Un modèle combiné de médiation et d'arbitrage

**679. Procédure combinée de médiation et d'arbitrage.-** La médiation peut être intégrée à l'arbitrage sous forme de procédure préliminaire. Prenons l'exemple des règles d'arbitrage de la CIETAC, dont l'article 47 prévoit une combinaison d'arbitrage et de médiation<sup>726</sup>. Si l'une ou les deux parties à une procédure d'arbitrage souhaitent entamer une médiation, le tribunal arbitral peut procéder, avec le consentement de l'autre partie, à une médiation dans le cadre de la procédure d'arbitrage. Les parties peuvent retirer leur demande d'arbitrage si elles parviennent à un accord à l'issue de la médiation ou de leur propre initiative. À l'issue de la médiation, elles peuvent également demander au tribunal arbitral de rendre une sentence sur la base du contenu de l'accord de règlement de médiation. Si la médiation n'aboutit pas, le tribunal arbitral poursuit la procédure d'arbitrage et rend une sentence, qui sera contraignante pour les parties. Si l'une des parties ne la respecte pas, une demande d'exécution forcée peut être introduite en vertu de l'article 237 de la loi sur procédure civile.

**680. Modèle de médiation suivi d'un arbitrage.-** Le « Règlement d'arbitrage » de 1989 avait introduit la médiation en tant que procédure préalable à l'arbitrage. La « loi sur l'arbitrage » de 1995 au contraire l'incorpore dans la procédure d'arbitrage. Toutefois, la médiation et les MARC continuent de remplir le rôle d'étape préliminaire par le biais des clauses de résolution des différends multitâches, qui sont couramment utilisées dans les clauses d'arbitrage en contrats commerciaux internationaux. Ces dispositions contractuelles obligent les parties à suivre des procédures alternatives de règlement des litiges avant d'envisager l'arbitrage ou la procédure judiciaire. Les parties peuvent s'accorder à l'avance sur la nature exacte de ces procédures préliminaires. En cas d'échec des négociations à l'amiable dans le cadre des MARC, l'arbitrage peut être prévu soit : (a) à l'initiative conjointe des deux parties ; soit (b) à la demande d'une seule partie, notifiée par écrit dans un délai fixé.

---

<sup>726</sup> Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), *Règles d'arbitrage*, 4 nov. 2014, art. 47.

**681. Modèle d'arbitrage-médiation-arbitrage.-** L'introduction de la médiation en tant que procédure préalable dans les règles d'arbitrage de 1989 a produit de bons résultats. Par la suite, l'article 51 de la loi d'arbitrage de 1995 autorisa le recours à la médiation à tout stade de la procédure d'arbitrage, dans le but de parvenir à un accord entre les parties de la manière la plus rapide et efficace possible. Les accords de médiation et les sentences arbitrales ont toutefois des effets différents en termes de force exécutoire. En effet, les parties peuvent demander l'exécution de la sentence arbitrale devant un tribunal compétent en Chine ou un tribunal étranger en vertu de la Convention de New York ; alors qu'un accord de médiation ne dispose de la force exécutoire, qu'après homologation. Aussi, les parties préfèrent souvent convertir leur accord de règlement en sentence arbitrale afin de garantir son caractère exécutoire, l'accord obtenu par médiation devient alors une sentence d'accord-partie.

**682.** Il faut préciser que l'arbitrage associé à un MARC rencontre un véritable succès. En Chine, l'article 47 du règlement d'arbitrage de la CIETAC prévoit que le tribunal arbitral peut proposer une médiation dans le cadre de la procédure d'arbitrage, qu'il mènera de la manière appropriée. Les parties peuvent également conclure un accord de règlement sans médiateur. Le tribunal arbitral met fin à la médiation à la demande de l'une des parties, ou s'il estime que les perspectives de succès sont faibles. Tout accord de règlement sera validé dès sa signature par les parties. Ailleurs, un protocole arbitrage-médiation-arbitrage (AMA) est pratiqué au Centre d'arbitrage international de Singapour (CAIS) et au Centre de médiation international de Singapour (CMIS). Les parties conviennent que tout litige réglé au cours de la médiation au CMIS sera intégré à leur convention d'arbitrage. Les parties souhaitant recourir à la médiation dans le cadre de la procédure d'arbitrage devront également déposer une demande de médiation auprès du CMIS sous les règles de protocole AMA. Les parties gardent la possibilité de reprendre la procédure d'arbitrage si aucun accord de médiation n'est conclu. Le médiateur et l'arbitre étant nommés séparément par le CAIS et le CMIS, leurs procédures respectives sont menées de manière indépendante. En Autriche, le règlement d'arbitrage et de médiation 2021 du Centre international d'arbitrage de Vienne propose également une clause AMA. Le modèle de AMA est couramment pratiqué dans la plupart des centres d'arbitrage.

### 3). Un modèle combiné de médiation et de contentieux

**683. Procédure combinée de médiation et de contentieux.-** Lorsqu'il est saisi, et avec l'accord des parties, le tribunal de commerce international peut ordonner une médiation qui sera menée soit par une chambre de médiation composée d'experts, soit par un centre de médiation indépendant. Si la médiation aboutit, le contenu de l'accord de règlement pourra être converti en jugement. En cas d'échec, le tribunal s'appuiera sur les faits juridiques pour prendre un jugement. Le modèle chinois de « guichet unique » prévoit l'inclusion de la médiation dans le traitement des litiges commerciaux internationaux sous la forme d'une séquence contentieux-médiation-contentieux (Con-Med-Con). Nous examinerons le fonctionnement du tribunal de commerce international de Chine (CICC) pour comprendre comment la médiation, l'arbitrage et le contentieux s'articulent.

#### B) LE RECOURS AU GUICHET UNIQUE

**684.** Le Tribunal de commerce international de Chine (1) est la principale juridiction chinoise à appliquer la procédure du guichet unique (2), sans que la reconnaissance et l'exécution des jugements (3) n'en soient affectées.

##### 1). Le Tribunal de commerce international de Chine

**685.** Le Tribunal de commerce international de Chine peut être présenté en envisageant successivement la compétence de la juridiction (a) et le recours à un personnel qualifié (b).

###### a. La compétence

**686. Naissance du Tribunal de commerce international en Chine.-** Deux dispositions promulguées en 2018 donnent naissance au Tribunal de commerce international en Chine (CICC) : un « Avis concernant la mise en place du mécanisme et des institutions de règlement des différends commerciaux internationaux de la Ceinture et la Route » (ci-après l'Avis) ; et les « Dispositions de la Cour populaire suprême sur

certaines questions relatives à la création de tribunaux de commerce internationaux » (ci-après : Dispositions sur certaines questions). La Cour populaire suprême établit dans la foulée les premier et deuxième tribunaux de commerce international à Shenzhen et Xi'an, dans l'optique de fournir un service de guichet unique pour les affaires impliquant la Ceinture et la Route. L'article 2 des Dispositions sur certaines questions définit ainsi la compétence du Tribunal de commerce international :

- (1). Les parties choisissent la Cour suprême d'un commun accord conformément à l'article 34 de la loi sur la procédure civile, et si l'objet du litige est égal ou supérieur à 300 millions de RMB ;
- (2). Le Tribunal populaire supérieur considère qu'une affaire commerciale internationale relevant de sa compétence doit être entendue par la Cour populaire suprême et qu'il obtient l'autorisation de la Cour populaire suprême ;
- (3). Les affaires commerciales internationales ayant un impact national significatif ;
- (4). Une demande de maintien, d'annulation ou d'exécution d'une sentence arbitrale commerciale internationale conformément à l'article 14 de ces dispositions ;
- (5). Les autres affaires de commerce international examinées par la Cour populaire suprême devraient être entendues par le tribunal de commerce international.

**687.** En résumé, le CICC est compétent pour les litiges portant sur un montant égal ou supérieur à 300 millions de RMB (40 millions d'euro), lorsque les parties sont d'accord pour saisir le CICC ; il connaît aussi des affaires relevant de la compétence du

tribunal populaire supérieur qui lui sont renvoyées et des affaires internationales relevant d'un arbitrage international.

**688. Critères de l'affaire dite de commerce international.**- Selon l'article 3 des Dispositions sur certaines questions, une affaire commerciale internationale remplit au moins un des quatre critères suivants :

- (1). L'une ou l'autre des parties ou les deux sont des étrangers, des apatrides, des entreprises ou des organisations étrangères ;
- (2). L'une ou les deux parties ont leur résidence habituelle en dehors du territoire de la République populaire de Chine ;
- (3). L'objet du litige se trouve en dehors du territoire de la République populaire de Chine ;
- (4). Les faits juridiques qui donnent naissance, modifient ou rompent une relation commerciale se produisent en dehors du territoire de la République populaire de Chine.

**689.** Le tribunal de commerce international n'est compétent que si l'une des conditions susmentionnées est remplie. Au fur et à mesure du développement de la Ceinture et de la Route de la Chine, l'interprétation des critères constitutifs d'un lien avec l'étranger a commencé à être assouplie. L'interprétation de la Cour populaire suprême sur plusieurs questions concernant l'application de la loi de la République populaire de Chine sur les relations civiles avec l'étranger en 2012 ajoute une autre circonstance dans laquelle une relation civile peut être considérée comme liée à l'étranger. Cette clause fourre-tout confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire. C'est-à-dire que le tribunal peut déterminer si une affaire est étrangère en fonction d'une série de circonstances spécifiques.

**690. Compétence du CICC.-** Le CICC est compétent pour les litiges entre entités commerciales comparables. En revanche, les litiges d'investissement entre États et/ou entre un investisseur étranger et un État ne sont pas de son ressort : ils seront résolus par des moyens diplomatiques ou par l'arbitrage international. Par exemple, en 2017, le centre d'arbitrage international de Shenzhen et la Commission d'arbitrage économique et commercial de Chine ont mis à jour leurs règles afin d'étendre leurs compétences respectives aux litiges investisseur-État, notamment ceux entre des investisseurs et les pays de la Ceinture et de la Route. L'une des raisons pour lesquelles le CICC ne traite pas les litiges entre les investisseurs et l'État est que ses juges sont sélectionnés parmi les juges principaux de la Cour populaire suprême<sup>727</sup>, faisant douter de l'impartialité d'un procès dans lequel l'une des parties serait l'État chinois. En application de l'article 11 des Dispositions sur certaines questions, la Cour populaire suprême a mis en place un comité d'experts en commerce international et a sélectionné des institutions de médiation commerciale internationale et des institutions d'arbitrage commercial international<sup>728</sup>. Ces institutions s'associent avec le CICC pour coopérer ensemble à la mise en œuvre d'un guichet unique qui intègre la médiation, l'arbitrage et le contentieux.

#### b. Le recours à un personnel qualifié

**691. Sélection des juges.-** La collégialité est composée de trois juges ou plus. Le principe de la règle de la majorité est appliqué à la collégialité. Les juges sont sélectionnés par la Cour populaire suprême parmi des juges chevronnés ayant une grande expérience des procès, connaissant bien les traités internationaux ainsi que les pratiques en matière de commerce et d'investissement internationaux, qui maîtrisent le chinois et l'anglais en tant que langues de travail. Au cours du procès, les juges peuvent utiliser le chinois ou l'anglais comme langue de travail. En raison de la nature internationale des affaires portées devant la Cour commerciale internationale, l'anglais est sans doute le meilleur choix pour promouvoir le CICC auprès des parties issues des pays situés sur la nouvelle route de la soie. Les juges doivent avoir la nationalité chinoise.

---

<sup>727</sup> Dispositions de la Cour populaire suprême, 17 juin 2016, *sur certaines questions relatives à la création de tribunaux de commerce internationaux*, art. 4. Disponible sur : [www.court.gov.cn](http://www.court.gov.cn), consulté le 8 avr. 2023.

<sup>728</sup> Les centres d'arbitrage et médiation qualifiés : (1). Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international ; (2). Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international de Shanghai ; (3). Cour d'arbitrage international de Shenzhen ; (4). Cour d'arbitrage international de Beijing ; (5). Commission chinoise d'arbitrage maritime ; (6). Centre de médiation du Conseil chinois pour la promotion du commerce international ; (7) Centre de médiation commerciale de Shanghai.

**692. Comité d'experts en commerce international.-** Conformément à l'article 1 du « Règlement de travail du Comité d'experts en commerce international de la Cour populaire suprême », la Cour populaire suprême a nommé un comité d'experts en commerce international chargé d'appuyer le CICC dans la mise en place d'un mécanisme diversifié de résolution des litiges qui intègre la médiation, l'arbitrage et le contentieux. Le comité est composé d'experts juridiques chinois et étrangers qui connaissent bien le droit interne et international, qui disposent d'une grande expérience pratique, et qui jouissent d'une bonne réputation internationale. Le comité d'experts a notamment pour mission de constituer la chambre de médiation, d'agir en tant que médiateur, ainsi que de mener des travaux d'identification des lois étrangères<sup>729</sup>. Les parties choisissent de confier la médiation au comité des experts, qui peut la mener par visioconférence ou en présentiel. En cas de succès, la médiation aboutit à un accord de règlement qui a le même effet qu'un jugement du tribunal de commerce international.

**693.** La nationalité chinoise est exigée pour les juges, tandis que le comité d'experts peut inviter des experts étrangers sans condition de nationalité. Une autre fonction du comité est l'identification du droit étranger. Les experts sont chargés d'effectuer des recherches, de traduire et d'argumenter à propos du droit à identifier. Ils fournissent un avis d'expert objectif et neutre au tribunal.

## 2). La procédure du guichet unique

**694. *One stop service.***- Le guichet unique pour la médiation, l'arbitrage et le contentieux des litiges commerciaux internationaux se décline de deux façons selon l'instance saisie<sup>730</sup> : (1) pour les affaires portées devant le Tribunal du commerce

---

<sup>729</sup> Règlement de travail du Comité des experts en commerce international de la Cour populaire suprême, 17 févr. 2018, art. 3. Les missions du Comité sont : 1. L'organisation de la médiation dans les affaires commerciales internationales ; 2. L'apport de conseils sur des questions relatives aux traités internationaux, aux règles commerciales internationales et à l'identification et l'application des lois extraterritoriales ; 3. L'offre de conseils et recommandations sur le plan de développement du Tribunal de commerce international ; 4. L'apport de conseils sur l'interprétations et la politique judiciaire de la Cour populaire suprême ; 5. Autres issues confiées par le Tribunal de commerce international.

<sup>730</sup> Avis du Bureau général de la Cour populaire suprême, 5 déc. 2018, sur l'identification des institutions d'arbitrage commercial international et de médiation pour le mécanisme diversité de règlement des différends commerciaux internationaux à guichet unique.

international, les parties peuvent, dans un délai de sept jours à compter de l'acceptation du dossier, convenir de solliciter une médiation auprès d'un centre de médiation agréé ou la confier à un comité d'experts en commerce international. Si la médiation aboutit à un accord, le CICC peut délivrer un certificat d'accord de règlement, ou encore un jugement reflétant le contenu de l'accord. Le certificat contresigné par les parties a le même effet qu'un jugement ; (2) pour les affaires portées devant une institution arbitrale, les parties peuvent demander au tribunal du commerce international de préserver des preuves ou des actifs avant ou pendant la procédure d'arbitrage. Une fois la sentence arbitrale rendue, une demande d'annulation ou d'exécution de cette sentence peut être introduite auprès du Tribunal du commerce international.

### 3). La reconnaissance et l'exécution des jugements

**695. Principe de la reconnaissance et de l'exécution.-** Afin d'assurer l'exécution extraterritoriale de ses jugements, le CICC adopte le principe de réciprocité dans la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en vertu des articles 281 et 282 de la loi chinoise sur la procédure civile<sup>731</sup>. L'autre levier majeur est le traité bilatéral d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale. La Chine est membre de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Pour les États non-signataires, comme certains pays de la nouvelle route de la soie, l'exécution doit être facilitée par la signature de mémorandums bilatéraux sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. L'article 1 des « Dispositions relatives à plusieurs questions concernant le contrôle judiciaire des sentences arbitrales », publiées par la Cour populaire suprême, prévoit que les demandes de reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères entrent dans le périmètre du contrôle judiciaire de l'arbitrage.

**696.** Les accords de médiation peuvent être exécutés de trois manières : (1) par une confirmation dans un acte notarié, et une demande d'exécution auprès du tribunal

---

<sup>730</sup> Loi type de la CNUDCI *sur l'arbitrage commercial international*, 1985, art. 8, § 1 : Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

<sup>731</sup> Loi, 1<sup>er</sup> févr. 2018, *sur la procédure civile*, art. 281 et 282.



populaire compétent ; (2) en convertissant l'accord de médiation en sentence arbitrale, ou un jugement si l'accord de règlement conclu pendant le procès d'arbitrage ou devant le juge, peut être exécutée par le tribunal compétent ; (3) par l'homologation et une force d'exécution donnée par le tribunal chinois compétent. Les parties sont libres de choisir celle qui sert le mieux leurs intérêts en fonction de leur situation.

**697. Conclusion de la section.-** La Chine a mené des projets d'infrastructure avec divers pays de la nouvelle Route de la Soie depuis 2013. Ces investissements représentent un lien politique et économique important entre la Chine et les pays riverains de la Ceinture et la Route. La résolution rapide et amiable des différends par la médiation est dans l'intérêt des deux parties et permet de renforcer l'amitié diplomatique entre les deux pays. Or, dans la médiation chinoise, le médiateur tend à apprécier la situation des parties pour proposer la solution qui lui semble la plus juste tandis que dans le modèle occidental, le médiateur cherche à accorder les parties pour que la solution vienne d'elles<sup>732</sup>. Le modèle occidental a été privilégié dans le Centre de médiation. Ainsi, le modèle de guichet unique chinois est conforme à la tendance internationale actuelle. Il donne effet à la force exécutoire d'un accord de la médiation en application de la Convention de médiation de Singapour, et les parties peuvent choisir de trancher leur différend par la médiation, l'arbitrage ou devant un juge.

## SECTION 2 : L'ARBITRAGE

**698.** La réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) a été menée par le groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et constitue une partie de la réforme des traités d'investissements internationaux (TII). Les solutions proposées sont au nombre de quatre : (1) exclusion du mécanisme RDIE des nouveaux TII ; (2) création d'un tribunal multilatéral permanent des investissements ; (3) restriction du mécanisme RDIE ; et (4) amélioration des procédures du RDIE<sup>733</sup>. Le mécanisme RDIE joue un rôle significatif

---

<sup>732</sup> Comp. D. McFadden, « The Growing Importance of Regional Mediation Centre in Asia », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*. P.163

<sup>733</sup> UNCTAD, World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic, 2021, UNCTAD, p. 20.

dans la protection des intérêts des investisseurs et dans la promotion des investissements, en tant que système neutre de règlement des différends relatifs aux investissements. L'arbitrage des litiges concernant les investissements est une manière de « dépolitiser »<sup>734</sup> ces différends et éviter qu'ils ne dégénèrent en conflits interétatiques. Les États-Unis continuent de soutenir le mécanisme RDIE, tandis que l'Union européenne préconise une réforme en profondeur, par exemple par la création d'un tribunal multilatéral des investissements qui hériterait des missions du RDIE tout en instituant un modèle de règlement des différends relatifs aux investissements adaptés au XXI<sup>e</sup> siècle.

**699.** Afin que l'arbitrage demeure un mode de résolution des litiges utilisé en matière d'investissements étrangers, une réforme de la matière est à l'œuvre, notamment à travers le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) (§1), ce qui n'est pas sans conséquence sur la pratique de l'arbitrage en Chine (§2).

### §1. LA RÉFORME DE L'ARBITRAGE À TRAVERS LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

**700.** Concernant l'examen d'éventuelles réformes du système du RDIE, les solutions réalisables mentionnées sont de mettre en place soit : un mécanisme de tribunal multilatéral des investissements (A), ou bien un mécanisme d'appel multilatéral des investissements<sup>735</sup>(B).

#### A) LA CRÉATION D'UN TRIBUNAL MULTILATÉRAL PERMANENT DES INVESTISSEMENTS

**701.** Bien que les accords internationaux d'investissement (accords bilatéraux d'investissement, accords multilatéraux d'investissement ou accords de libre-échange) n'attirent pas nécessairement les investissements étrangers de manière directe, ou alors

---

<sup>734</sup> UNCITRAL, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et État (RDIE). Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-quatrième session, UNCITRAL, 2023.

<sup>735</sup> M. Bungenberg et A. Reinisch, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, Springer Berlin Heidelberg, 2020.

sous certaines conditions <sup>736</sup>, leur existence peut effectivement en faciliter la circulation. Par exemple, une clause sur l'accès au marché procure des avantages aux investisseurs étrangers qui obtiennent un meilleur accès que les investisseurs qui ne sont pas inclus dans le traité. Ces investisseurs étrangers bénéficient également d'avantages concurrentiels et d'une protection sous le mécanisme RDIE. En conséquence, de nombreux pays s'empressent de signer des accords internationaux pour former des cercles restreints d'alliances en marge de l'OMC, ce qui est également devenu un effet politique basé sur l'économie.

**702.** La fonction des accords internationaux d'investissement est de permettre aux investisseurs étrangers de concurrencer les entreprises nationales sur un pied d'égalité, ainsi que de défendre leurs droits face à la puissance d'un État hôte. Dans cette optique, le mécanisme de RDIE fait partie des clauses les plus importantes dans un accord d'investissement. Cependant les pays développés et les pays en développement ont des attitudes complètement différentes à l'égard de ce mécanisme, car si les investisseurs ressortissants des pays développés sont protégés, simultanément les États en développement qui les accueillent peuvent être poursuivis. Parce qu'un pays en développement possède encore de nombreuses normes qui n'ont pas atteint les standards internationaux, comme par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement ou du travail, le passage à des normes plus strictes peut faire l'objet de poursuites de la part d'investisseurs étrangers qui s'estiment lésés. Le mécanisme de RDIE fit une première apparition dans l'accord bilatéral Pays-Bas-Indonésie de 1968, mais fut rarement utilisé jusqu'aux années 1990. Il était notamment absent des premières générations de TBI chinois. Les pays en développement sont toujours restés réservés et prudents à l'égard de ce mécanisme, d'autant plus que le nombre de cas d'investisseurs étrangers poursuivant le pays d'accueil est en augmentation depuis les années 2000, atteignant 838 cas à la fin de 2020.

**703.** Les pays développés gardent une influence prépondérante sur l'évolution du cadre réglementaire des investissements étrangers, auquel les pays en développement

---

<sup>736</sup> UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-ninth session (27 June- 15 July 2016)*, ONU, 2016; A. Berger, M. Busse, P. Nunnenkamp et M. Roy « Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for key Provisions Inside the Black Box », *loc. cit.*; M. Frenkel et B. Walter, dec. 2017, « Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign direct investment? The role of international dispute settlement provisions », *otto beisheim school of management*

doivent se conformer sous peine de renoncer aux capitaux étrangers, en dépit de déséquilibres flagrants. En 2014, par exemple, 60 % des dossiers de RDIE instruits l'étaient contre des pays en développement, pour seulement 40 % contre des pays développés<sup>737</sup>. Dans l'accord de libre-échange entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, les pays signataires ont fait l'objet de 8, 11 et 29 procédures, respectivement, en tant que défendeurs contre 159, 32 et 3 procédures en tant que demandeurs. En d'autres termes, les investisseurs américains sont les plus grands bénéficiaires de ce mécanisme. Or, la différence de puissance économique entre pays développés et en développement signifie que ces derniers subissent davantage les impacts négatifs du RDIE.

**704.** En premier lieu, le gouvernement doit financer les compensations auxquelles il est condamné sur un budget public réduisant d'autant les ressources affectées aux politiques publiques. En deuxième lieu, la dette des pays en développement est plus souvent sujette à des restructurations, voire des crises, qui sont autant d'occasions pour les investisseurs privés de contester les décisions des institutions multilatérales. En pratique, dans les pays en voie de développement, les changements de politiques réglementaires sont plus nombreux. Parmi les évolutions réglementaires donnant lieu à des procédures d'arbitrages, 40 % concernent les normes industrielles, 38 % les lois et réglementations fiscales nationales, 15 % correspondent à des interdictions d'activités industrielles, et 6 % des interdictions émises pour des motifs de santé publique ou de protection de l'environnement<sup>738</sup>. Les mesures énergétiques que les gouvernements doivent instituer pour respecter les engagements climatiques qu'ils ont signés dans le cadre de l'Accord de Paris, tels que l'interdiction des centrales au charbon ou leur remplacement par de nouvelles énergies propres, sont un point de friction particulier. De nombreuses centrales au charbon sont protégées par le RDIE, ce qui signifie que le pays hôte devra faire face à des paiements d'indemnisation élevés s'il adopte de nouvelles mesures à leur encontre<sup>739</sup>.

**705.** Cet aspect de l'accord bilatéral conjugue donc des effets positifs et négatifs. L'effet positif est que le pays hôte ne peut pas arbitrairement mettre en œuvre de nouvelles

---

<sup>737</sup> UNCTAD, « Recent trends in IIAs and ISDS », *UNCAT Issues Note 2015*, n° 1, p. 5.

<sup>738</sup> B. Ilge, « To Change a BIT is Not Enough. On the Need to Create Sound Policy Frameworks for Investment », *Both ENDS*, 2015. P.10

<sup>739</sup> K. Tienhaara et L. Cotula, « Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets », *International Institute for Environment and Development*, oct. 2020, p. 17.

politiques ou modifier facilement les conditions et modalités de l'investissement étranger, de sorte que les investisseurs étrangers bénéficient d'un environnement stable. L'effet négatif est que le pays hôte est susceptible de renoncer à formuler de nouvelles politiques en matière de protection de l'environnement ou des droits de l'homme, de peur d'être poursuivi pour une « expropriation indirecte illégale » ou encore une violation du « traitement juste et équitable ». Par exemple, l'Uruguay a été poursuivi par un fabricant de cigarettes en vertu d'un accord bilatéral d'investissement, l'entreprise considérant qu'un projet de loi sur l'emballage du tabac lui portait préjudice<sup>740</sup>. En conséquence, certains pays ont commencé à mettre fin aux accords bilatéraux d'investissement et à se retirer du mécanisme du CIRDI<sup>741</sup>. D'autres refusent de payer des compensations<sup>742</sup>. En 2019, il y a vingt-deux nouveaux accords d'investissement signés, mais au moins trente-quatre ont pris fin. Parmi ces derniers, vingt-deux ont été résiliés unilatéralement, six par consentement mutuel, deux ont été remplacés et les deux autres ont expiré. Au moins cent-vingt pays ont été poursuivis au moins une fois dans le cadre du RDIE<sup>743</sup>.

**706.** Bien que l'arbitrage international ait pour vocation de placer les intérêts des investisseurs étrangers et des États hôtes sur un pied d'égalité, il a été conçu pour les investisseurs depuis le début. Il en résulte deux déséquilibres manifestes entre : (1) les investisseurs étrangers et les pays hôte ; (2) les pays développés et les pays en développement. Un appel à la réforme a été lancé pour les résorber. Les solutions proposées incluent une réforme du RDIE ; la résiliation des anciens traités ; le développement de méthodes de rédaction innovantes pour tout nouveau traité ; ou bien la modernisation fondamentale du Traité sur la Charte de l'énergie<sup>744</sup>, bien que l'espérance

---

<sup>740</sup> ICSID, Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental republic of Uruguay, aff. ARB/10.7.

<sup>741</sup> L'Australie a annoncé qu'elle n'inclurait plus la clause ISDS dans ses futurs accords d'investissement. L'Afrique du Sud a commencé à mettre fin aux premiers traités bilatéraux et à rédiger des lois nationales sur l'investissement afin de restreindre certaines fonctions de protection des investissements. L'Inde et l'Indonésie ont également résilié ou remplacé certains anciens TBI tandis que l'Équateur, le Venezuela et la Bolivie se sont retirés de la convention ICSID, etc. V. K. Gordon et J. Pohl, *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Publications de l'OCDE, 2015.

<sup>742</sup> À titre d'exemple, l'Argentine était liée par 58 accords bilatéraux d'investissement intégrant le mécanisme ISDS. À la suite l'effondrement économique du pays en 2001, les investisseurs ont estimé que la « loi d'urgence publique » du nouveau gouvernement avait violé leurs intérêts et ont déposé un arbitrage ISDS. L'Argentine est devenue le pays le plus poursuivi avec 56 cas en ICSID, et une indemnisation déposée équivalent à un an de PIB. Elle a refusé de payer les investisseurs américains.

<sup>743</sup> UNCTAD, World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic, op. cit., p. 19-20.

<sup>744</sup> K. Tienhaara et L. Cotula, « Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets », op. cit., p. 19.

de vie de ce dernier instrument soit sur le point des s'épuiser<sup>745</sup>. Les traités d'investissement offrent une protection substantielle aux investisseurs étrangers grâce à des normes de protection des investissements, telles que le traitement national, le traitement juste et équitable, et d'autres dispositions. Afin de garantir ces protections substantielles, le traité d'investissement institue une procédure de règlement des différends, le RDIE, dont les principales caractéristiques sont<sup>746</sup> :

- (1). Les investisseurs peuvent intenter directement une action en justice contre le pays d'accueil, alors que le pays d'accueil ne peut pas directement engager de poursuites, sauf à déposer une demande reconventionnelle sous certaines conditions ; le traité impose donc des obligations uniquement au pays d'accueil, mais pas ou peu d'obligations aux investisseurs étrangers. En l'absence de mécanisme de réparation pour protéger les intérêts du pays hôte, cela crée un déséquilibre entre les pays hôte et les investisseurs étrangers ;
- (2). Les litiges sont entendus par un tribunal d'arbitrage *ad hoc*, composé spécialement et uniquement pour le procès en question. Cette caractéristique peut entraîner l'incohérence des sentences arbitrales, différents tribunaux pouvant donner des interprétations différentes des normes de fond ;
- (3). Le tribunal arbitral disposant d'une grande liberté d'interprétation du traité, les parties au litige peuvent exercer une influence décisive sur le jugement de l'affaire à travers la composition du tribunal arbitral et le choix des procédures d'arbitrage.

**707.** Les inégalités induites par le RDIE conduisent différents pays à soulever des points problématiques différents dans leurs commentaires au troisième groupe de

---

<sup>745</sup> Commission européenne, 7 juill. 2023, Communiqué sur la proposition de retrait coordonnée de l'UE ; celle-ci fait suite à l'annonce de sa sortie par divers États-Membres, dont la France.

<sup>746</sup> UNCITRAL, Règlement des litiges commerciaux : présentation d'une étude sur la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du règlement des litiges entre investisseurs et États, n° A/CN.9/890, 2016.

travail de divers pays. Par exemple, les pays en développement préfèrent les clauses de prévention des différends dans les traités d'investissement, tandis que les pays développés accordent plus d'attention aux clauses de protection des investissements. Parmi les pays en développement, la Chine préconise de participer au processus de consultation préalable à l'arbitrage lorsque le traité d'investissement est signé, la Thaïlande adhère au traité d'investissement pour prévenir et atténuer les différends relatifs aux investissements, et le Brésil souhaite privilégier la coopération et la facilitation des investissements plutôt que leur protection<sup>747</sup>.

**708.** En raison de ces caractéristiques et lacunes, l'UE promeut activement les réformes<sup>748</sup>. L'UE et les États-Unis sont les deux principales références en matière d'accords internationaux d'investissement. Les États-Unis ont toujours favorisé la protection des investissements, tandis que l'UE cherche davantage à équilibrer les intérêts des investisseurs et des pays hôtes afin de forger des accords d'investissement durables. L'UE est ainsi un promoteur actif de la réforme du RDIE. La réforme du RDIE suppose d'analyser les critiques formulées à son encontre, afin de proposer des solutions pertinentes. Les principales critiques sont les suivantes :

- (1). La sentence arbitrale manque de cohérence et de prévisibilité ; l'interprétation des normes ou règles juridiques par différents tribunaux arbitraux peut aboutir à des résultats incohérents ;
- (2). Manque de procédures de redressement pour le pays hôte, telles que l'établissement de demandes reconventionnelles ;
- (3). Manque de transparence dans les procédures d'arbitrage ;

---

<sup>747</sup> UNCITRAL, Règlement des litiges commerciaux : présentation d'une étude sur la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du règlement des litiges entre investisseurs et États, loc. cit.

<sup>748</sup> ICSID, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID, 2004; D. Gaukrodger et K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, loc. cit.

- (4). Remise en question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres ;
- (5). Délais et coûts élevés de l'arbitrage ;
- (6). Recours insuffisant à des méthodes alternatives de règlement des différends.

**709. La création d'un tribunal multilatéral permanent des investissements** permet de remédier à l'incohérence des sentences arbitrales. En effets, les juges des tribunaux permanents sont susceptibles de rendre des décisions uniformes sur la durée. Le cœur du tribunal multilatéral d'investissement préconisé par l'Union européenne est constitué de procédures hautement transparentes, de juges à plein temps élus de manière indépendante, et d'une cour d'appel. Ces trois concepts fondamentaux sont incarnés dans plusieurs accords bilatéraux signés par l'Union européenne, tels que l'accord économique et commercial global EU-Canada (AECG) ; l'accord de libre-échange entre Singapour et l'Union européenne et l'accord de libre-échange entre le Vietnam et l'Union européenne.

**710.** La « Convention de Maurice » fournit des références à la fois théoriques et pratiques pour relier le nouveau système de tribunal multilatéral aux traités d'investissement existants. Afin d'accroître la transparence des procédures d'arbitrage d'investissement, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté les « Règles de transparence » en 2013, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la « Convention de Maurice » en 2014 afin d'élargir la portée des règles applicables. Les pays qui adhèrent à la Convention peuvent en appliquer les règles de transparence aux accords d'investissement bilatéraux, multilatéraux ou régionaux préexistants, permettant de réduire les coûts de procédures d'inclure l'ensemble de leurs accords internationaux d'investissement dans le champ d'application sans avoir modifié ou mettre à jour tous les traités individuellement. Pour les traités d'investissement amenés à être mis à jour malgré tout, ceci peut également permettre une transition vers un système de tribunal multilatéral d'investissement : les pays signataires de la « Convention du tribunal multilatéral des investissements » seront liés par les conditions du nouveau tribunal multilatéral des investissements et obtiendront la compétence du tribunal des



investissements, évitant ainsi le lancement de nouvelles négociations globales sur les traités d'investissement.

711. Le tribunal multilatéral d'investissement devrait être une organisation internationale établie en tant que personne morale internationale conformément à la « Convention du tribunal multilatéral d'investissement », tout comme le CIRDI a été créé sur la base de la « Convention de Washington ». La composition de la Cour multilatérale d'investissement est déterminée dans la convention. Elle devrait inclure l'ensemble des entités qui peuvent avoir la personnalité juridique internationale et peuvent être parties à des accords internationaux d'investissement, notamment les États souverains, l'Union européenne qui dispose de pouvoirs réglementaires autonomes, ou des régions administratives spéciales comme : Hong Kong, Macao ou Taïwan. La convention définit la structure organisationnelle, le fonctionnement et les procédures connexes du tribunal<sup>749</sup>.

### B) LA CRÉATION D'UN TRIBUNAL D'APPEL MULTILATÉRAL DES INVESTISSEMENTS

712. **La création d'un tribunal d'appel multilatéral des investissements** est une solution alternative au tribunal multilatéral des investissements, à même de compléter le système RDIE en fournissant un mécanisme d'appel pour examiner et corriger les erreurs juridiques (y compris les erreurs d'interprétation ou d'application) ainsi que les erreurs factuelles. La création du tribunal d'appel peut en théorie se référer à la création de tribunaux multilatéraux des investissements<sup>750</sup>. Ces deux options, le tribunal multilatéral

---

<sup>749</sup> V. les détails de la proposition du Tribunal multilatéral d'investissement, dont : Objectifs de la réorganisation du régime de protection des investissements, (2) Conception et mise en œuvre d'un système de tribunal multilatéral d'investissement (TMI) à double degrés, (3) Juges au TMI, (4) Procédure de réclamation devant le TMI, (5) Droit matériel applicable, (6) Droit de procédure applicable et principes de procédure, (7) Effets juridiques des décisions des organes internationaux de règlement des différends, (8) Effets des décisions des tribunaux arbitraux d'investissement, (9) Reconnaissance et exécution des décisions, (10) Possibilités de création d'un TMI et d'une éventuelle connexion aux institutions existantes et conformité du système. V. M. Bungenberg, A. Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, op. cit.

<sup>750</sup> Voir les détails de la proposition du tribunal d'appel multilatéral d'investissement (TAMI) dans le livre, y inclus : (1) Structure organisationnelle du TAMI, (2) Procédure générale du TAMI, (3) Problématiques spécifiques, telle que la durée de procédure, les décisions de la Chambre et de la plénière, (4) Application des décisions du TAMI, (5) Établissement en tant qu'organisation internationale indépendante, (6) Établissement de la juridiction TAMI, (7) Dispositions transitoires et conformité du système d'un TAMI, (8) Coûts du nouveau système, (9) Aperçu des accords nécessaires, etc. M. Bungenberg et A. Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, op. cit., p. 197-215.

d'investissement ou le tribunal d'appel multilatéral, sont à l'étude dans le cadre de la réforme du RDIE. Le choix d'un tribunal multilatéral des investissements peut fondamentalement résoudre les lacunes du RDIE et rééquilibrer les intérêts des investisseurs et des pays hôtes. Si le choix d'un tribunal d'appel multilatéral ne comble qu'une partie des lacunes du RDIE, il présente l'avantage d'être plus simple à mettre en place. À plus long terme, l'option pour une innovation radicale et l'élaboration d'un nouveau système multilatéral de juridiction des investissements sous la direction et l'expérimentation de l'Union européenne serait un très bon choix. Cependant, si les intérêts de divers pays sont déséquilibrés, une innovation complète ne pourra se mettre en place, le choix conservateur consistant d'abord à établir d'abord un organe d'appel multilatéral, sur la base duquel le tribunal multilatéral des investissements pourra être construit à une date ultérieure.

## §2. LA PRATIQUE DE L'ARBITRAGE EN CHINE : LA COMMISSION CHINOISE D'ARBITRAGE ÉCONOMIQUE ET DU COMMERCE INTERNATIONAL (CIETAC)

**713.** Selon le « Rapport annuel sur l'arbitrage commercial international en Chine (2022-2023) »<sup>751</sup>, le nombre d'affaires d'arbitrage traitées en Chine augmente chaque année, atteignant 4086 affaires en 2022. La position de la CIETAC, principale chambre d'arbitrage permanente à Beijing fondée en 1956, s'est également renforcée. Entre 2013 et 2023, la CIETAC a traité 2856 d'affaires concernant les pays de la Ceinture et la Route, pour un montant de 153,5 milliards de RMB (20 milliards d'euros). Elle a conclu la « Déclaration conjointe de Beijing des institutions d'arbitrage de la Ceinture et la Route » en 2019, cette déclaration donnant naissance à la première institution de coopération en matière d'arbitrage international de la Ceinture et la Route. En 2021, la CIETAC, qui réunit 47 institutions d'arbitrage (dont 32 institutions d'arbitrage chinoises et 15 étrangères), a publié le « Mécanisme de coopération de la Déclaration conjointe de Beijing »<sup>752</sup>. Dans le cadre de ce mécanisme de coopération, la CIETAC a établi le « Mémoire de coopération sur l'identification des lois étrangères et des institutions d'arbitrage de la

---

<sup>751</sup> CIETAC, 5 sept.2022, Rapport annuel sur l'arbitrage commercial international.

<sup>752</sup> Le nombre de membres s'élève à 55 institutions en 2023.

Ceinture et la Route » en 2023<sup>753</sup>, afin de résoudre le problème du manque de connaissance des lois étrangères, qui affecte l'efficacité de la procédure d'arbitrage<sup>754</sup>. La CIETAC coopère avec des institutions d'arbitrage étrangères, notamment des institutions d'arbitrage des pays de la Ceinture et la Route et représente la Chine sur la scène internationale en matière d'arbitrage.

**714.** Les règles d'arbitrage chinoises s'efforcent de concilier les spécificités chinoises et les normes internationales. La CIETAC a ainsi révisé ses règles d'arbitrage pour une entrée en vigueur en janvier 2024 (ci-après : règles 2024) (A). Le développement de « la Ceinture et la Route » s'accompagne potentiellement d'une augmentation des litiges entre investisseurs et États hôtes. Les entreprises chinoises sont davantage conscientes des avantages de l'arbitrage pour la résolution des litiges, notamment de ses caractéristiques contractuelles, confidentielles, ou encore du caractère définitif et exécutoire des sentences au niveau transnational. La CIETAC a publié son « Règlement d'arbitrage des différends en matière d'investissement international » en 2017 (B), comblant les lacunes chinoises en matière d'arbitrage d'investissement international.

#### A) LES RÈGLES D'ARBITRAGE DE LA CIETAC

**715.** En tant qu'institution d'arbitrage international, la CIETAC est indépendante des autorités administratives et ne fait l'objet d'aucune ingérence de la part des autorités chinoises. Elle s'engage à fournir aux parties, qu'elles soient chinoises ou étrangères, des services diversifiés de résolution des litiges par le biais de l'arbitrage commercial, de l'arbitrage d'investissement international et de la médiation. Elle accepte non seulement les affaires nationales, mais également les affaires internationales, indépendamment du secteur d'activité et de la nationalité des parties. La CIETAC a participé activement à la construction d'une plateforme « one stop » de résolution des litiges commerciaux internationaux, notamment pour les affaires de la Ceinture et la Route. Grâce à ses avantages (1), la CIETAC est la 5<sup>ème</sup> institution d'arbitrage la plus

---

<sup>753</sup> Le *mémoire* compte au total 39 parties coopérantes, dont 24 institutions arbitrales internationales et organisations de résolution des litiges dans 20 pays ou régions.

<sup>754</sup> CCPIT, Mécanisme de coopération en matière d'identification des lois étrangères des institutions d'arbitrage de la Ceinture et de la Route, 11 sept. 2023.

appréciée du monde (17%)<sup>755</sup>. Les règles d'arbitrage récemment révisées se rapprochent considérablement de celles des principales institutions d'arbitrage international (2).

### 1). Les avantages de la CIETAC

**716.** La CIETAC est appréciée en premier lieu pour ses avantages applicables à n'importe quelle procédure : la procédure d'arbitrage est rapide et efficace, la plupart des affaires étant généralement conclues dans les quatre à six mois ; les frais sont relativement peu élevés par rapport à d'autres centres d'arbitrage ; l'articulation de la procédure d'arbitrage avec la médiation<sup>756</sup> ; les services d'administration, dont notamment la désignation d'un membre du personnel pour les problématiques administratives ; un recrutement large d'experts chinois et d'autres nationalités assure leur totale indépendance<sup>757</sup>. Les parties sont libres de choisir parmi la liste d'experts. En second lieu, elle propose des services spécialisés de résolution des litiges par secteur avec notamment le recrutement d'experts et une coopération avec des institutions représentatives des professionnels du secteur :

- (1). Pour le secteur financier, la CIETAC a formulé des « Règles d'arbitrage pour les litiges financiers »<sup>758</sup>, qui l'engagent à rendre une sentence arbitrale sous 45 jours ouvrables à compter de la constitution du tribunal arbitral ;
- (2). Pour l'industrie céréalière, la CIETAC a établi le Centre d'arbitrage des litiges de l'industrie céréalière en coopération avec l'Association chinoise de l'industrie céréalière et le sous-conseil de l'industrie céréalière du Conseil chinois pour la promotion du commerce international (CCPIT). Ce centre est chargé de fournir des conseils juridiques et de procéder à des arbitrages ;

---

<sup>755</sup> Elle est précédée par le Centre d'arbitrage de Londres (LCIA) (39%), celui de Hongkong (HKIAC) (44%), de Singapour (SIAC) (49%) et la CCI de Paris (57%). White & Case, *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, op. cit., p. 10.

<sup>756</sup> V. *supra* n°682.

<sup>757</sup> Le recrutement est ouvert au public pour l'ensemble des postes depuis 2023. À l'issue du processus de sélection, 165 experts chinois et 26 experts étrangers ont été recrutés. Les langues de travail des experts en évaluation sont diversifiées, et incluent le chinois, l'anglais et le français, etc.

<sup>758</sup> Règles d'arbitrage, 4 avr. 2003, pour les litiges financiers de la Commission d'arbitrage économique et commercial international de la Chine.

- (3). Pour les litiges relatifs aux noms de domaine, la CIETAC a créé un Centre de résolution avec des procédures dédiées selon le domaine internet concerné, à savoir (.CN), (.COM), (.ORG), (.NET), etc. ;
- (4). Pour les projets immobiliers, les « Règles d'évaluation des litiges de construction de la CIETAC »<sup>759</sup> prévoient une intervention précoce et la résolution des litiges en cours de chantier. Selon l'article 2, les litiges en matière d'ingénierie de construction sont d'abord soumis à un Comité d'évaluation qui orientera le processus de résolution ;
- (5). Pour les affaires relatives à la propriété intellectuelle, la CIETAC a créé un Centre d'arbitrage spécialisé dans la fourniture de services d'arbitrage en matière de propriété intellectuelle ;
- (6). Pour les autres industries commerciales, la CIETAC dispose d'un Comité des entreprises, qui fonctionne en partenariat avec la Chambre générale de commerce de Chine et le CCPIT, et qui offre des services de conseil et de résolutions de conflits aux entreprises.

## 2). La révision récente des règles de l'arbitrage commercial international

**717.** Les règles d'arbitrage commercial international ont été très récemment révisées, avec une entrée en vigueur en janvier 2024, afin de s'adapter à la révolution technologique et aux changements industriels, pour fournir des services d'arbitrage intelligents et efficaces, pour suivre les tendances du développement de l'arbitrage international en améliorant l'équité de la procédure. Les principaux changements sont les suivants<sup>760</sup> :

- (1). Le tribunal arbitral a le pouvoir de prendre des décisions juridictionnelles. Dans l'ancienne version 2015 des règles CIETAC, il appartenait à la CIETAC de

<sup>759</sup> Règles d'évaluation, 4 nov. 2014, *des litiges de construction* de la CIETAC.

<sup>760</sup> Note, 5 sept. 2023, sur la révision des règles d'arbitrage de la CIETAC.

prendre la décision juridictionnelle sur la validité de la convention d'arbitrage ou l'admissibilité de l'objet de l'arbitrage, qui ne pouvait être déléguée au tribunal arbitral qu'en cas de nécessité (art.6).

- (2). La règle 2024 privilégie l'utilisation de moyens électroniques pour la notification des documents d'arbitrage ou de la sentence. Le tribunal arbitral a le pouvoir de tenir des audiences vidéo et la signature électronique des arbitres a la même valeur que leur signature manuscrite (art.8).
- (3). La conciliation ou la médiation de préarbitrage n'affectent pas la demande ou l'acceptation d'arbitrage, sauf disposition contraire de la loi applicable ou de la convention d'arbitrage (art.12).
- (4). Le demandeur peut regrouper ses demandes d'arbitrage dans une seule procédure d'arbitrage pour des litiges relevant de plusieurs contrats (arbitrage multipartite). L'acceptation est décidée par le tribunal arbitral lorsque la demande est introduite après la constitution du tribunal (art.14).
- (5). Ajout de plusieurs mécanismes de sélection d'un arbitre-président : sélection par les parties ; sélection par un accord des arbitres ; sélection sur une liste recommandée par les parties ; sélection par la nomination de la Commission d'arbitrage. Si les parties ont convenu d'un mode de sélection des arbitres manifestement injuste ou inéquitable, ou si les parties ont abusé de leur droit pour retarder la procédure arbitrale, le président de la Commission d'arbitrage peut déterminer le mode de constitution du tribunal ou de désignation des arbitres (art.26).
- (6) Les parties et leur représentant d'arbitrage ont le droit de participer aux audiences, par vidéoconférence ou en personne (art.37).
- (7) Si les parties et les autres participants à l'arbitrage estiment qu'il existe une lacune ou une erreur dans l'enregistrement de leurs déclarations, ils peuvent

demander une correction et si le tribunal arbitral refuse de procéder à une correction, en demander l'enregistrement (art.40).

- (8) Le tribunal arbitral peut décider d'appliquer en tout ou en partie les « lignes directrices sur les preuves »<sup>761</sup> de la CIETAC. Le tribunal arbitral peut déterminer les lignes directrices de preuve à appliquer en fonction de facteurs tels que la présence ou non d'un élément d'extranéité dans le litige, la loi applicable et le lieu de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage (art.41).
- (9) La divulgation d'informations sur le financement par un tiers est nécessaire. La partie qui obtient le financement par un tiers doit, après avoir signé la convention de financement, soumettre à la commission d'arbitrage les faits relatifs au financement par un tiers, les intérêts financiers, etc. (art.48).
- (10) Le tribunal arbitral peut rendre des sentences partielles sur toute question. Le non-respect d'une sentence partielle n'affecte pas la sentence finale (art.49).
- (11) La procédure de rejet anticipé. Le rejet anticipé prévu par le règlement révisé concerne une demande principale ou reconventionnelle qui est manifestement sans fondement juridique ou qui échappe manifestement à la compétence du tribunal arbitral (art.50).

**718.** La langue d'arbitrage de la CIETAC est le chinois, à moins que les parties en conviennent autrement. Avec ces modifications, la CIETAC a la volonté d'être une chambre d'arbitrage moderne et a l'ambition de concurrencer à l'international les autres places d'arbitrage, notamment pour les litiges dans les pays de la Ceinture et la Route.

*B) LE RÈGLEMENT D'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT  
INTERNATIONAL DE LA CIETAC*

---

<sup>761</sup> CIETAC, Lignes directrices sur les preuves.

**719.** L'adoption en 2017 d'un règlement d'arbitrage spécifiquement en matière d'investissement international de la CIETAC<sup>762</sup> (ci-après : le règlement d'arbitrage d'investissement), a marqué un changement d'ambition dans l'approche de la Chine en matière d'arbitrage d'investissement international. En effet, la première génération de TBI signés par la Chine dans les années 1980-90 excluait totalement ou de manière très restrictive le recours par les investisseurs étrangers de l'arbitrage dans leurs contentieux avec l'État hôte (un mécanisme de RDIE). Désormais, et parallèlement au développement des investissements chinois à l'étranger, notamment dans les pays de la Ceinture et la Route, la Chine souhaite acquérir le leadership de l'élaboration de règlements d'arbitrage en matière d'investissement international. L'adoption de ce règlement n'est qu'une des étapes du renforcement du « *soft power* » que la Chine développe pour être à la hauteur de son statut de deuxième économie mondiale<sup>763</sup>.

**720.** En 2017, après la publication par le Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC) de son règlement d'arbitrage en matière d'investissement international, la CIETAC a diffusé sa propre version, concrétisant les ambitions de l'Asie en matière d'arbitrage d'investissement international. La Chine est ainsi progressivement passée du statut de « spectateur » à celui d'« acteur » en matière de règles d'investissement. L'arbitrage est initié en vertu d'une convention d'arbitrage ; d'un traité d'investissement fondé sur des accords bilatéraux ou multilatéraux ; du droit interne de l'État. L'une des parties des différends est un investisseur étranger et l'autre partie est un État, une organisation intergouvernementale, ou toute autre entité autorisée par un gouvernement (art.2) ; dans les faits, ce règlement sert à résoudre les différends entre investisseurs et États (RDIE). En cela, ce règlement est à distinguer des règles d'arbitrage également adoptées la CIETAC qui concerne les contentieux entre investisseurs pour les litiges de nature contractuelle ou quasi contractuelle commerciaux.

**721.** Le règlement d'arbitrage d'investissement de la CIETAC est similaire, dans ses règles de fond et de procédure, à celui du SIAC<sup>764</sup>. Alors qu'il s'agit d'une initiative de

---

<sup>762</sup> CIETAC, Règlement d'arbitrage en matière d'investissement international, 12 sept. 2017.

<sup>763</sup> On peut également citer comme autres exemples : la signature d'accords multilatéraux de libre-échange, la création de l'Organisation de coopération de Shanghai (OCS), l'expansion des pays BRICS et leurs sommets, etc.

<sup>764</sup> SIAC, Investment arbitration rules of the Singapore international arbitration Centre, 1<sup>er</sup> janv. 2017.



nature privée, ce règlement s'inspire du système CIRDI<sup>765</sup>. Cependant, le règlement CIETAC présente quelques spécificités par rapport au règlement du SIAC pour la résolution des différends relatifs aux investissements étrangers : le financement par des tiers (art.27), la consolidation des arbitrages (art.31), et la combinaison d'un arbitrage et d'une médiation (art.43). Malgré ces avancées, aucune demande d'arbitrage n'a été déposée devant la CIETAC en application de ce règlement. Plusieurs raisons peuvent l'expliquer. En premier lieu, le nombre d'affaires d'arbitrage entre les investisseurs chinois à l'étranger et le pays hôte est très faible. En deuxième lieu, les investisseurs chinois sont réticents à s'engager dans un litige avec le pays hôte en application de la philosophie « la paix est précieuse ». En troisième lieu, lorsque la Chine est cette fois-ci l'État hôte, les TBI qu'elle conclut prévoient toujours le recours préalable à la médiation ; en pratique, la Chine espère la résolution du litige dès le stade de la médiation pour éviter de s'engager dans la voie d'un arbitrage qui pourrait aboutir à une indemnisation très élevée. En quatrième lieu, les investisseurs préfèrent trouver une solution de compromis avec l'État hôte, notamment chinois, afin de préserver à l'avenir de bonnes relations avec lui. En dernier lieu, le recours à l'arbitrage pour des investissements étrangers est, en pratique, le fait d'investisseurs américains ; or ces derniers recourent aux règles du CIRDI et ne choisissent pas le règlement d'arbitrage CIETAC.

**722. Conclusion de la section.-** La CIETAC est l'institution d'arbitrage la plus importante en Chine. La révision récente des règles d'arbitrage et l'adoption du règlement d'arbitrage en matière d'investissement en font une place d'arbitrage moderne. Néanmoins, le chemin est encore long pour convaincre les investisseurs étrangers de choisir ce règlement d'arbitrage d'investissement.

**723. Conclusion du chapitre.-** Le président XI Jinping a proposé de mettre au premier plan les mécanismes alternatifs de résolution des conflits<sup>766</sup>. Depuis là, la médiation et l'arbitrage participent d'une stratégie en matière de résolution des litiges des investissements étrangers dans les pays de la Ceinture et la Route. La Chine souhaite renforcer l'influence de l'arbitrage dans les investissements internationaux en se calquant

---

<sup>765</sup> Le CIRDI est le principal centre pour la résolution des différends internationaux relatifs aux investissements.

<sup>766</sup> Ministère chinois de la Justice, Adhérer à l'innovation et au développement et la nouvelle ère de l'expérience du pont de l'érable, 28 janv. 2021.

sur les modèles occidentaux ; ainsi, les règles de fond et de procédure de la CIETAC sont similaires à celles d'autres institutions d'arbitrage internationales. Bien que les tarifs ou la durée d'arbitrage de CIETAC soient plus compétitifs, l'arbitrage reste en pratique le fait des places occidentales et la CIETAC ne connaît pas la percée espérée. Ainsi, la Chine s'est concentrée sur la médiation. D'une part, la médiation a été intégrée dans le modèle du « guichet unique » pour les litiges commerciaux nationaux ou les litiges relatifs aux investissements dans le cadre de « la Ceinture et la Route » ; d'autre part, la Chine cherche à inclure la médiation comme une procédure préalable à l'arbitrage dans les nouveaux TBI ou accords multilatéraux de libre-échange (par exemple, le CAI Chine-UE). Qu'il s'agisse de médiation ou d'arbitrage, la Chine s'efforce de rendre le modèle chinois plus influent et compétitif dans les litiges internationaux en matière d'investissement.

**724. Conclusion du titre.-** Les modèles TBI chinois ont suivi des tendances internationales, avec le passage d'un modèle de promotion et de protection des investissements étrangers à un modèle de libéralisation et de facilitation. La Chine a négocié un TBI pour l'accès au marché chinois sur la base d'une liste négative. Cette méthode de liste négative a été utilisée la première fois dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1953 entre États-Unis et le Japon. Pour autant, jusque dans les années 1980, cette méthode n'était pas vraiment usitée dans le droit international de l'investissement. À partir de cette date, les États-Unis ont établi un modèle de TBI avec liste négative, manifestant leur souci de libéralisation de l'économie. Durant cette même période, les pays européens ont préféré se concentrer sur la protection des investissements. Depuis le traité de Lisbonne et la dévolution de la compétence pour négocier des TBI à l'UE en matière d'investissements étrangers, l'UE accepte également cette méthode de liste négative. Elle l'a d'ailleurs utilisée pour obtenir de la Chine une ouverture plus importante de son marché en lui demandant une diminution de la liste négative chinoise au profit des investisseurs de l'UE. A la suite de cette demande, le CAI Chine-UE contient une clause de liste négative plus restreinte que la liste négative initiale de la Chine, cette dernière s'imposant toutefois encore aux investisseurs issus de pays qui n'ont pas conclu un traité avec elle.

**725.** Si dans le CAI, l'UE et la Chine ont réussi à se mettre d'accord sur la liste négative, tel n'a pas été le cas pour la clause de règlement des différends investisseur-État

(RDIE). Son absence n'est pour autant pas véritablement préjudiciable. En Chine comme dans l'UE, la médiation est un préalable à l'arbitrage pour ces litiges. L'expérience du guichet unique en Chine pourra d'ailleurs servir d'exemple à une approche internationale renouvelée de résolution des différends en matière d'investissement.

**726. Conclusion de la seconde partie.-** L'Histoire établit une distinction entre le communisme chinois et le capitalisme occidental. Toutefois, les économies de ces deux blocs sont liées à travers des investissements étrangers croisés. Si la Chine a été pendant longtemps un bénéficiaire d'investissements étrangers, elle souhaite désormais investir les capitaux qu'elle a accumulés dans le cadre de la politique « Go Out ». Ce mouvement ne saurait se résumer à un simple flux financier car les investisseurs étrangers, notamment chinois, s'intéressent également à des secteurs pouvant affecter la sécurité nationale. C'est pourquoi les systèmes français et européen ont renforcé leurs contrôles. Puisque le contrôle des concentrations ne distingue pas suivant l'identité des investisseurs étrangers mais qu'il se fonde sur le critère du chiffre d'affaires de l'opération, il a vocation à une certaine stabilité, à l'inverse du contrôle des investissements étrangers. Les conditions du contrôle de ce dernier sont souples de sorte qu'il apparaît comme discrétionnaire ; ainsi la liste des secteurs de la sécurité nationale n'est pas fixée et évolue en permanence car la notion de sécurité nationale n'est pas acquise.

**727.** Le contrôle des investissements étrangers ne vise pas uniquement à préserver des entreprises nationales en raison de leur lien avec la sécurité nationale. Il a également pour objet de maintenir des rapports de force géopolitiques en empêchant des pays étrangers d'acquérir des savoirs utiles à leur propre sécurité. Ainsi, les investissements chinois qui ont provoqué une réaction occidentale de protection sont, pour la plupart, le fait d'entreprises publiques chinoises. Or, ces entreprises sont depuis une réforme récente encore plus étroitement liées au pouvoir politique chinois car les décisions stratégiques de ces entreprises avec ou sans rôle de service public, doivent être soumises à des membres du comité du Parti. Ainsi, un allègement de ce contrôle n'est envisageable qu'autant que le régime de ces entreprises publiques en Chine soit profondément modifié, ce qui n'est pas d'actualité. Ce mode de gouvernance affecte la réputation chinoise en matière d'investissements étrangers et est des obstacles majeurs à son développement à l'international.



---

# CONCLUSION GÉNÉRALE

---

**728. Évolution des stratégies nationales en matière d'investissement étranger.-** Dans le contexte actuel de tensions géopolitiques croissantes, l'investissement étranger est plus que jamais un enjeu de politique étrangère. Il est aujourd'hui perçu comme une arme à double tranchant qui, bien utilisée, peut soutenir le développement économique national, notamment par la création d'emplois, mais qui risque de compromettre la sécurité nationale si elle est mal maîtrisée. Si la guerre militaire entre grandes puissances n'est pas à l'ordre du jour, la guerre économique est une réalité en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle. Le conflit commercial entre les États-Unis et la Chine, lancé en 2018, a entraîné une forte baisse des investissements étrangers bilatéraux. En particulier, l'imprévisibilité de l'examen réglementaire américain des investissements chinois sur son sol a conduit les investisseurs chinois à se diriger vers d'autres pays. La réaction américaine n'est toutefois pas isolée.

**729.** En raison de l'adoption par de nombreux pays d'une approche conservatrice à l'égard des investissements étrangers, les entreprises multinationales en sont venues à revoir leur stratégie. Si elles avaient longtemps pu obtenir des actifs de propriété intellectuelle ou des technologies par le biais d'acquisitions, leur permettant de se développer et de conquérir des marchés en peu de temps, cette pratique est désormais remise en cause et fait l'objet d'un contrôle strict par les pays hôtes. Lorsque des technologies ne peuvent être obtenues par des acquisitions directes, les entreprises étrangères sont obligées d'investir dans leur propre centre de Recherche et Développement, ce qui rallonge considérablement les échéances industrielles. Autre dynamique, les entreprises réorganisent leurs chaînes de production en les relocalisant dans leur pays d'origine ou dans des régions proches. Il ne s'agit plus de rechercher uniquement des coûts bas, mais d'assurer la résilience des chaînes de production, en réponse notamment aux fragilités révélées par la crise du Covid-19. Par exemple, la clientèle internationale de TSMC, fabricant taïwanais de cartes SIM, a invité ce fabricant stratégique à installer des usines aux États-Unis, au Japon et en Europe afin de pallier à toute pénurie.

**730.** Ce phénomène confirme que les politiques industrielles nationales tendent vers une intégration totale, avec des chaînes d'approvisionnement raccourcies et des délais

de production réduits. La réduction des coûts est progressivement abandonnée en faveur de la stabilité et de la sécurité, alors que c'est bien le phénomène inverse qui avait été observé dans la période précédente plus propice à la délocalisation. Les chaînes d'approvisionnement, de production et de distribution sont désormais relocalisées dans des pays amis pour davantage de sécurité. En effet, il a été ressenti que l'incapacité d'un pays à assurer une chaîne de production complète pour les technologies clés peut avoir de graves conséquences. Le cas *Huawei* est emblématique : l'ensemble de ses activités est mis à rude épreuve en raison de la rupture de la chaîne d'approvisionnement de cartes SIM. En outre, l'exclusion de *Huawei* du marché des réseaux 5G dans certains pays occidentaux a également freiné le développement de l'ensemble de l'entreprise. *Huawei* a fini par lancer une procédure d'arbitrage contre la Suède qui lui avait interdit de participer à l'installation et l'exploitation de son réseau 5G<sup>767</sup>. La future sentence jouera un rôle clé dans la délimitation entre les enjeux de sécurité nationale et la protection des investisseurs en vertu des traités internationaux.

**731. À la recherche des équilibres entre la Chine et l'UE en matière d'investissements étrangers.-** La réalité est que les frontières commerciales du monde sont devenues de plus en plus floues et que les mouvements de capitaux sont devenus courants. Les investisseurs européens ont afflué en Chine dans les années 1980 en quête de nouvelles opportunités de profits. Le groupe allemand Volkswagen a été le premier pays européen à entrer sur le marché automobile chinois. Premier partenaire d'une coentreprise sinoétrangère en Chine en 1984, Volkswagen comptait plus de vingt entreprises en Chine en 2016, engrangeant entretemps de solides bénéfices. Les entreprises européennes ont de manière générale bien réussi en Chine. En 2018, les pays de l'UE et leurs filiales y ont réalisé un chiffre d'affaires de près de 400 milliards d'euros, tandis que celui des entreprises chinoises dans les pays de l'UE atteignait à peine 210 milliards d'euros. Le déséquilibre est encore plus marqué concernant les bénéfices, avec un résultat net de plus de 23 milliards d'euros pour les entreprises européennes en Chine, contre 8 milliards d'euros, soit le tiers, pour les entreprises chinoises en Europe<sup>768</sup>. On peut ainsi observer que le marché chinois s'est davantage ouvert aux investissements étrangers au fil du temps, tandis que le marché

---

<sup>767</sup> Le Suède a exclu Huawei de la vente d'équipements et de services de réseau 5 G. Huawei a alors déposé une demande d'arbitrage auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

<sup>768</sup> CCCEU, Report on the Development of Chinese Enterprises in the EU 2019, Roland Berger, 2019, p. 10.

européen met en place des politiques de plus en plus contraignantes pour les investisseurs étrangers. Les raisons ne peuvent être recherchées que dans des critères économiques rationnels dénués de portée politique. Il est vrai qu'il existait une différence de niveau de libéralisation du marché entre les deux parties. La Chine, qui a longtemps été plus conservatrice, avait obligé les investisseurs étrangers à transférer leur savoir-faire et leur technologie, et imposé une participation majoritaire chinoise dans les co-entreprises. Cependant, les temps ont changé : les transferts de technologie ne sont plus un passage obligé, et le partenaire chinois majoritaire n'est plus imposé que dans neuf secteurs industriels. L'Union européenne, pour sa part, l'une des économies les plus ouvertes du monde, a toujours prôné le libre-échange et le libéralisme économique comme moteur de la prospérité. Mais en septembre 2017, le Parlement européen a officiellement annoncé la mise en œuvre d'un mécanisme renforcé de surveillance des investissements étrangers, doublant ainsi les systèmes en place au niveau des États membres.

**732.** Le périmètre de cet examen comprend les secteurs d'investissement impliquant la sécurité des infrastructures et des technologies. Ces domaines concernent en réalité la majeure partie des opérations de fusions et acquisitions menées par les investisseurs chinois dans les pays de l'UE (environ 82 %) <sup>769</sup>. Si l'UE a déclaré ne pas tenir compte du pays d'origine des investisseurs, il est toutefois permis d'en douter tant ces réglementations ciblent les caractéristiques fondamentales des investissements chinois en Europe <sup>770</sup>, qui concernent d'ailleurs des industries répertoriées dans la stratégie « *Made in China 2025* ». On est ainsi en droit de s'interroger sur le fait qu'il s'agisse en réalité d'une réponse de l'UE à la stratégie d'investissement chinoise à l'étranger.

**733.** En effet, la Chine, face aux défis économiques posés par la mondialisation, a mis à jour son cadre réglementaire pour les investissements étrangers entrants, tout en rééquilibrant sa politique à l'égard des investissements chinois à l'étranger. Le soutien et l'encouragement inconditionnels des débuts de la part de l'UE se sont modérés face à l'accélération des opérations de fusion et acquisition à grande échelle menées par les investisseurs chinois à travers le monde, et les inquiétudes suscitées en réaction. En parallèle, le gouvernement chinois a commencé à prêter davantage attention à l'orientation

---

<sup>769</sup> T. Hanemann, M. Huotari et A. Kratz (dir.), *Chinese FDI in Europe :2018 trends and impact of new screening policies*, Rhodium Group et MERICS, 2019.

<sup>770</sup> CCCEU, Report on the Development of Chinese Enterprises in the EU 2019, op. cit., p. 48.

sectorielle des investissements chinois, allant jusqu'à introduire des catalogues industriels encourageant les investissements à l'étranger, et adoptant ainsi une position conciliante notamment vis-à-vis de l'Europe. L'aboutissement de la négociation et la conclusion d'un accord d'investissement UE-Chine offrant un accès élargi au marché chinois en sont la preuve. L'objectif est de rechercher le juste équilibre permettant aux investissements étrangers de trouver leur place au sein d'une économie davantage ouverte.

**734.** La raison de ce phénomène tient aux positions stratégiques des différents pays. Par exemple, la stratégie « *Made in China 2025* » a pour objectif de faire de la Chine une grande puissance industrielle en trois étapes<sup>771</sup>. Cette stratégie suscite naturellement des contre-mesures de la part des autres puissances économiques. L'un des leviers d'action consiste à renforcer la législation en élargissant le périmètre d'examen des investissements étrangers pour inclure les secteurs concernés par le programme « *Made in China 2025* ». D'autre part, les réalisations économiques de la Chine sont en partie attribuables à l'investissement étranger, sans lequel elle ne pourrait pas maintenir une croissance économique élevée. En conséquence, la Chine est disposée à ouvrir davantage ses marchés aux investisseurs étrangers et à leur offrir plus de souplesse. Pour les partenaires de la Chine, en revanche, qui font face à un afflux de capitaux chinois, c'est l'occasion de réévaluer les relations pour parvenir à un nouvel équilibre entre les parties qui refléterait au mieux leurs intérêts respectifs. Tout comme la Chine et l'Europe ont achevé des négociations sur un accord global sur les investissements, lequel a toutefois été suspendu de sorte qu'il n'est jamais entré en vigueur, cet accord pourra servir de nouveau point de départ pour redéfinir les relations entre la Chine et l'Europe en matière d'investissements étrangers.

**735. La coopération internationale en matière d'examen des investissements étrangers.-** Les contrôles relatifs aux investissements étrangers visant à garantir une concurrence équitable tout en préservant la sécurité nationale se généralisent à travers le monde. Les normes de ces contrôles sont similaires que l'on étudie le droit chinois, le droit français ou le droit de l'Union européenne. Le partage des informations dans ce domaine

---

<sup>771</sup> La première étape, de 2020 à 2025, vise à améliorer significativement sa position dans la division industrielle mondiale du travail et de la chaîne de valeur ; la deuxième étape prévoit d'atteindre le rang de puissance industrielle moyenne d'ici 2035 ; la troisième étape doit faire de la Chine la première puissance industrielle mondiale d'ici 2049.



est devenu un élément clé dans la quête d'harmonisation pour les pays qui ont des intérêts communs avec la mise en place d'un partenariat en créant une Alliance. Cette coopération internationale est en elle-même positive car elle tend à assurer une protection internationale de secteurs d'importance stratégique tout en assurant une meilleure information des investisseurs étrangers concernant ces secteurs sensibles. Cependant, elle aboutit parallèlement à l'exclusion de cet échange d'informations les pays qui ne sont pas membres de l'Alliance. Dans ces conditions, il serait préférable d'assurer un partage des informations au niveau international, par exemple, en créant un bureau au sein de la CNUCED. Ce bureau serait chargé de coordonner les politiques nationales en matière d'examen des investissements étrangers, ainsi que de fournir aux entreprises un accès consultatif des critères de préalables à l'examen dans différents pays. Il serait également en charge de l'étude de nouvelles lois ou réglementations afin de bien appréhender et répondre aux tendances futures.

**736. La médiation investisseur-État.**- La résolution des conflits est également l'un des axes de l'optimisation du système des investissements étrangers. L'arbitrage investisseur-État est une méthode classique de résolution des litiges relatifs aux investissements internationaux. Cependant, les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) rencontrent un succès croissant au fur et à mesure de l'évolution de la médiation commerciale internationale. La convention de Singapour pour l'exécution des accords de médiation commerciale internationale en est un signe, de même que l'adoption par le CIRDI d'un règlement de médiation sur les litiges investisseur-État. La Chine préférait traditionnellement la médiation pour résoudre les litiges relatifs aux investissements du projet de nouvelle Route de la Soie. Un guichet unique réunissant la médiation, l'arbitrage et le contentieux commercial international a d'ailleurs été adopté, articulant la procédure entre médiation et arbitrage ou médiation et litige devant un tribunal de commerce international. Ce modèle pourrait être emprunté par d'autres pays qui sont favorables à la médiation internationale, notamment la médiation investisseur-État, afin d'assurer une alternative à l'arbitrage.

**737.** La médiation présente cependant certains inconvénients. Les personnes signataires d'un accord de règlement de médiation investisseur-État risquent des poursuites judiciaires pour motif de corruption si l'accord de règlement n'est pas dans l'intérêt de

l'entreprise ou de l'État. Un fonctionnaire signataire s'expose également à des sanctions administratives telles que la révocation ou la rétrogradation compte tenu de la mauvaise presse pouvant résulter du recours à des mécanismes transactionnels lorsque des intérêts étatiques sont en jeu<sup>772</sup>. Pour répondre à ces préoccupations, il a été suggéré que l'acte de signature d'un accord de règlement soit considéré comme une responsabilité collective plutôt qu'individuelle. Étant donné qu'un accord de règlement est le fruit d'une négociation collective et non d'une volonté individuelle, le signataire d'un accord de règlement ne devrait pas être tenu responsable individuellement, sauf dans le cas où il est prouvé que le délégué a reçu une contrepartie pour influencer sur la signature de l'accord de règlement.

**738. Conclusion.-** En définitive, l'évolution du droit des investissements étrangers est étroitement liée non seulement aux politiques nationales, mais aussi à l'environnement politique international. Le contrôle des investissements étrangers est souple lorsque la situation internationale est stable ; tandis qu'à l'inverse, le contrôle devient plus strict quand le contexte se dégrade. Alors que tout secteur lié à la sécurité nationale est inclus dans le champ d'application de l'examen de conformité des investissements à cet enjeu, il n'y a pas de définition uniforme : la liste des secteurs pouvant affecter la sécurité nationale dépend de chaque autorité, et varie selon les États. Ainsi, le système du contrôle des investissements étrangers est déterminé par de nombreux facteurs, et c'est la raison pour laquelle le système du contrôle des investissements étrangers est en évolution constante.

**739.** Finalement, les investissements étrangers, et notamment pour le cas de la Chine, sont à la croisée de deux tendances contraires. D'un côté, les États, désireux d'accroître la richesse nationale en conquérant de nouveaux marchés concluent de multiples accords tendant à faciliter le commerce et les investissements. De l'autre côté, les investissements étrangers sont perçus avec méfiance et sont à l'origine de législations protectionnistes. Le droit des investissements étrangers en sort bouleversé sans que des perspectives d'avenir claires se dégagent avec certitude.

---

<sup>772</sup> Par exemple, en France, l'affaire Tapie a fait grand bruit et il a été longtemps reproché à certains personnels politiques de renom d'avoir signé un compromis d'arbitrage qui porte sur des intérêts publics.

---

# INDEX ALPHABÉTIQUE

---

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.*

## - A -

### **Arbitrage :**

- création d'un tribunal multilatéral permanent des investissements : 701 et s.
- création d'un tribunal d'appel multilatéral des investissements : 712 et s.
- commission chinoise d'arbitrage économique et du commerce (CIETAC) : 715 et s.
- règles de l'arbitrage commercial international : 717 et s.
- règlement d'arbitrage en matière d'investissement international : 721 et s.

## - B -

### **Banque politique et multilatérale de développement :**

- banque de développement de Chine : 158 et s.
- modèle Wuhu : 161.
- banque d'exportation et d'importation de Chine: 163 et s.
- Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures : 168 et s.
- Nouvelle banque de développement : 171 et s.
- fonds de la route de la soie :
- organisation de coopération de Shanghai: 175 et s.

## - C -

### **Clauses:**

- traitement de la nation la plus favorisée : 621 et s.
- traitement juste et équitable: 625 et s., 643
- transferts de devises : 625 et s.
- divulgation d'informations : 645.
- subrogation et d'expropriation: 647.
- refus des avantages : 648.
- transfert de technologie : 577.
- transparence des subventions : 570 et s.
- exigence de performance : 561.
- entités couvertes : 567.

### **Contrôle des investissements étrangers:**

- sécurité nationale: 210 et s, 263 et s, 372 et s, 398 et s.
- examen général : 276.
- examen approfondi: 277 et s.

### **Contrôle des concentrations :**

- contrôle conjoint : 445.
- création d'une entreprise commune : 446.
- transfert de contrôle : 447 et s.
- majorité fluctuante : 453.
- calcul du chiffre d'affaires : 296 et s.
- critères généraux : 310.
- critères économiques : 311 et s.
- contrôle réel : 28, 104, 206, 298, 444.

### **Contrôle des importations et des exportations de technologie : 244 et s.**

## - D -

### Définitions :

- investisseur étranger : 19 et s.
- investissement : 30 et s.
- investissement étranger : 36 et s.
- entreprise publique chinoise :  
**Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.
- concentration : 439 et s.
- sécurité nationale : 406 et s.
- opérateur : 272.
- marché en cause : 312 et s.
- entreprise concernée : 456 et s.
- contrôleur d'accès : 505 et s.
- liste négative : 48, 208

## - I -

### Investissements étrangers:

- nouvelle loi sur l'investissement étranger : 207 et s.
- catalogue d'orientation: 47 et 195 et s.
- zone pilote de libre-échange : 201 et s.
- système de l'enregistrement : 202 et s.
- système de rapport d'informations : 209, 240,

## - M -

### Mécanisme européen :

- articles 206 et 207 du TFUE : 400 et s.
- échange d'informations et de notification : 413 et s.
- coopération : 415 et s.

- rapport annuel : 422 et s.

### Médiation sur les litiges investisseurs-État : 736 et s.

### Convention de Singapour sur la médiation

- contenu: 664 et s.
- ratification : 670.

### Médiation

- procédure autonome : 675 et s.
- médiation suivi d'un arbitrage : 679 et s.
- arbitrage-médiation-arbitrage : 681 et s.
- guichet unique : 684 et s.
- tribunal de commerce international de Chine (CICC) : 686 et s.

## - P -

### Politiques :

- *go out* : 8, 88, 157
- nouvelle route de la soie : 9, 520, 697.
- *Made in China 2025*: 8.

## - T -

### Traité :

- CAI Chine-UE : 550 et s.
- Chine-ASEAN : 597 et s.
- RCEP : 637 et s.

---

# BIBLIOGRAPHIE

---

## I. Ouvrages, traités, manuels, thèse et colloques

**Audit (M.), Bollée (S.) et Callé (E.),** *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019.

**Bourgon (J.),** *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, th. EHESS, 1997.

**Bungenberg (M.) et Reinisch (A.),** *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, Springer Berlin Heidelberg, 2020.

**Delaunay (B.),** *Droit public de la concurrence*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2023.

**Delmas-Marty (M.),** *Ordering Pluralism: A conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart Publishing, 2009.

**Deng (X. P.),** *Selected Works of Deng Xiaoping*, vol. 3, People's Publishing House, 1993.

**Idot (C.),** *Concurrence, Grands arrêts du droit de la concurrence, volume II, concentration et aides d'État*, 2018.

**Gallagher (N.) et Shan (W.),** « Chinese Investment Treaties: Policies and Practice », *Oxford University Press*, 2009.

**Guyard (G.),** *La réglementation des investissements directs en droit français*, th. Paris II, 1986.

**Frison-Roche (M.-A.) et Roda (J.-Ch.),** *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022.

**Lebeau (M.),** *De l'interprétation stricte des lois : Essai de méthodologie*, Defrénois, 2012.

**Leben (Ch.) et Kessedjian (C.),** *Le droit de l'Union européenne et l'investissement*, éd. Panthéon-Assas, 2009.

**Leben (Ch.),** *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pedone, 2015

**Le Cannu (P.) et Dondero (B.),** *Droit des sociétés*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz.

**Li (G.),** *A Biography of Shen Jiaben*, Law press (China), 2000.

**Mainguy (D.), Depincé (M.) et Cayot (M.),** *Droit de la concurrence*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019.

**Malaurie (Ph.) et Morvan (P.),** *Introduction au droit*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022, n° 408.

**Malaurie-Vignal (M.),** *Droit de la concurrence interne et européen*, 8<sup>e</sup> éd., Sirey, 2019.

**Mao (V. C.),** *Les opérations du capital social en droit français et chinois*, th. Paris II, 2016.

**Morvan (P.),** *Le principe de droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 441 et s., préf. J.-L. Souriaux.

**Nanteuil (A. de),** *Droit international de l'investissement*, 3<sup>e</sup> éd., Pedone, 2020.

**Oqubay (A.) et Lin (J. Y.),** *China-Africa and an Economic Transformation*, Oxford Press, 2019.

**Roland (H.) et Boyer (L.),** *Adages du droit français*, Litec, 1999.

**Roth (A.),** *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Sijthoff, 1949.

**Sanderson (H.) et Forsythe (M.),** *China's Superbank: Debt, Oil and Influence – How China Development Bank is Rewriting the Rules of Finance*, John Wiley & Sons, 2013.

**Sima (Q.),** *Les mémoires historiques de Se-Ma Ts'ien / Shiji* (trad. E. Chavannes et J. Pimpaneau), You Feng, 2015.

**Spence (J. D.),** *The Search for Modern China*, 3<sup>rd</sup> edition, W. W. Norton, 2012.

**Vandevelde (K. J.),** *The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*, Oxford University Press, 2017.

**Vogel (L.),** *Traité de droit des affaires*, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 21<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020.

**Wu (J.N.)** *Le contrôle des concentrations en Chine, Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence, Étude comparée des droits chinois, européen et américain*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018.

**Xuefeng (S.), Nojonen (M.), Mattlin (M.) et Ferchen (M.),** *Conditionality in China's Aid Model*, Carnegie endowment for international peace, 10 January 2012.

## II. Articles et chroniques<sup>773</sup>

**Abdenur (A. E.),** « China and the BRICS Development Bank: Legitimacy and Multilateralism in South-South Cooperation », *IDS Bulletin* 2014, n° 4, p. 85-101.

**Abramson (H.),** « New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlement », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford University Press, 2019.

**Agence France Presse et H.R.,** « Bruno Le Maire cherche à rassurer le patronat dans son discours de rentrée », *Le Point*, 24 août 2023.

**Akhtar (S.) et Weiss (M. A.),** « U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress », *Congressional Research Service*, 29 avr. 2013.

**Allen (F.), Qian (J.) et Qian (M.),** « Law, Finance, and Economic Growth in China », *Journal of Financial Economics*, vol.77, No. 1, p. 57-116, July 2005.

**ASEAN,** « Economic Impact of COVID-19 Outbreak on ASEAN », *ASEAN Policy Brief*, avr. 2020.

**Ba (V. S.), Liu (X.) et Niu (B.),** « Recherche sur l'interaction entre la gouvernance locale et la réforme bancaire dans le système financier chinois pendant la période de transition », *Recherche en régulation financière* 2005, n° 5.

**Baker McKenzie,** *Bird's Eye View: Comparing Chinese Investment into North America and Europe*, 2016.

**Berger (A.),** « Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements. Is China following the Global Trend towards Comprehensive Agreements? », *German development institute*, 2013.

**Berger (A.),** « China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rationale and Implications for International Investment Law Making », *German Development Institute*, 2018.

**Berger (A.), Busse (M.), Nunnenkamp (P.) et Roy (M.),** « Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for key Provisions Inside the Black Box », *International Economics and Economic Policy* 2013, vol. 10, p. 247-275.

**Birmingham (F.),** « Biden plan to curb China investments focuses EU minds as deadline looms », *South China Morning Post*, 19 août 2023.

---

<sup>773</sup> Les ressources étrangères sont citées selon l'usage dans les pays de publication.

**Bjarnason (B.),** « Nordic Foreign and Security Policy 2020: Climate Change, Hybrid & Cyber Threats and Challenges to the Multilateral, Rules-Based World Order », gouvernement norvégien, juillet 2020.

**Borensztein (E.), De Gregorio (J.) et Lee (J.-W.),** « How does foreign direct investment affect economic growth? », *Journal of International Economics* 1998, p. 115-135.

**Buckley (C. M.), Kesternich (I.), Lipponer (A.), A. et Schnitzer (M.),** « Financial Constraints and Foreign Direct Investment », *Journal of International Business Studies* 2007, vol.38, n° 4, p. 499-518.

**Bungenberg (M.) et Chi (M.),** « Chinese Investment Law », in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe & A. Reinisch (dir.), *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2015, 221-239.

**Carrai (M. A.),** « It is not the end of history: the financing institutions of the belt and road initiative and the Bretton Woods system », in J. Chaisse et J. Gorski (dir.), *The Belt and Road Initiative*, p. 120-125.

**Chaisse (J.), Hsieh (P. L.),** « Rethinking Asia-Pacific Regionalism and New Economic Agreements », *Asia-Pacific Law Review* 2023, vol. 31, issue 2, p. 451-468.

**Chao (X.),** « Après la dissolution du conseil de surveillance des grandes entreprises publiques : changements dans la surveillance des actifs appartenant à l'État », *China Economic Weekly* 2018, n°13.

**Chen (Y.) et Chen (T.),** « Research on the Legal Nature of China Banking Regulatory Commission », *Science of law* 2012, n° 1.

**Chen (W.), Zhang (X.), Xiong (Q.) et Yuan (X.),** « Le secteur bancaire chinois est ouvert sur le monde extérieur: développement, influence et politique », in *Recherche en régulation financière (金融监管研究)*, n° 10, 2018.

**Chin (G. T.),** « The BRICS-ed Development Bank: Purpose and Politics beyond the G20 », *Global Policy* 2014, n° 5, p. 366-373.

**Choudhury (B.),** « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008.

**Clinton (W. J.),** « Remarks at the Paul H. Nitze School of Advanced international Studies », *The American Presidency Project*, 8 mars 2000.

**Collot-Trognon (A.), Desbrousses (H.) et Peloille (B.),** « Étude du contenu de la notion d'«entreprise» », *Langage & Société* 1992, p. 55-59.

**Congyan (C.),** « China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: a Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications », *Journal of International Economic Law* 2009, vol. 12, p. 457-506.

**Deng (Z.), Guo (H.) et Kong (G.),** « Efficiency Spillovers of Foreign Direct Investment in the Chinese Banking System », *Global Economic Review*, 2011, n° 40, p. 179-191.

**Dulac (É.),** « The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties », *TDM* 2010, vol. 4.

**Fan (G.) et Hope (N.),** « The Role of State-Owned Enterprises in the Chinese Economy », in *US-China Economic Relations in the Next Ten Years*, China-United States Exchange Foundation, 2013, Part II, Chapter 16, p. 1-21.

**Fan (H.) et Xu (C.),** « Do Government Subsidies Promote Enterprises' Substantial Innovation? » *Jinan Journal (Philosophy and social sciences)*, n°7, 2018.

**Frenkel (M.) et Walter (B.),** « Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign direct investment? The role of international dispute settlement provisions », *Otto Beisheim School of Management*, déc. 2017.

**Garnaut (R.), Cai (F.), Song (L. G.) et Johnston (L.),** « Domestic Transformation in the Global Context », in *China's domestic transformation in a global context*, Australian National University Press, 2015.

- Gaukrodger (D.) et Gordon (K.),** *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, Publications de l'OCDE, 2012.
- Gordon (V. K.) et Pohl (J.),** *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World*, Publications de l'OCDE, 2015.
- Griffith-Jones (S.), Li (X.) et Spratt (S.),** « The Asian Infrastructure Investment Bank: What Can It Learn from, and Perhaps Teach To, the Multilateral Development Bank? », *IDS*, 2016, n°179.
- Gu (J.) et Carey (R.),** « China's Development Finance and African Infrastructure », in A. Oqubay et J. Yifu Lin (dir.), *China-Africa and an Economic Transformation*, Oxford University Press, 2019.
- Guo (K.), Jia (C.) et Li (D.),** « L'évolution et l'innovation de la réforme du système d'exploitation autorisé des capitaux publics », *Zhong Lun* 30 avr. 2019.
- Han (L.),** « China's State-Owned Enterprise Reform from the Perspective of the International Law », *China Legal Science Journal*, 9 dec. 2019.
- Hanemann (T.), Huotari (M.) et Kratz (A.) (dir.),** *Chinese FDI in Europe : 2018 Trends and Impact of New Screening Policies*, Rhodium Group et MERICS, 2019.
- He (L. L.) et Sappideen (R.),** « Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States », *Journal of World Trade* 2015, vol. 49, p. 85-116.
- Ho (D. C.) et Young (A.),** « China's experience in reforming its state-owned enterprises: Something new, something old and something Chinese? » *International Journal of Economy, Management and Social Sciences* 2013, n° 2, p. 84-90.
- Idot (L.),** « Contrôle des concentrations et contrôle des investissements étrangers : Réflexions de juriste », *Concurrences* n°2-2015, p. 54-66.
- Ilge (B.),** « To Change a BIT is Not Enough. On the Need to Create Sound Policy Frameworks for Investment », *Both ENDS*, 2015.
- Jiang (X.),** « Judicial Reformation in Last Phase of Qing Dynasty and its Influence & Enlightenment to China Legal Modernization », *Law Science Magazine* 2012, n° 7.
- Johnson (O. T.) et Gimblett (J.),** « From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law », in K. P. Sauvant (dir.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press, 2011.
- Juillard (P.),** « Droit français des relations financières avec l'étranger », *Droit et pratique du commerce international*, 1977, t. III, p. 675-689.
- Jusoh (S.) et Chaisse (J.),** « Ten as one? Explaining ASEAN Regulation on Foreign Investment », in J. Chaisse, T. Ishikawa et S. Jusoh (dir.), *Asia's Changing International Investment Regime*, Springer, 2017.
- Ke (J.),** « An Analysis of the Practice of China's Bilateral Investment Agreements and the Strategic Position of the New Generation of Bilateral Investment Agreements », *China's Diplomacy* 2018, n° 2, p. 17-29.
- Kessedjian (C.),** « Where Public Meets Private: A Few Thoughts on Investment Law and Arbitration », in *International Investment Law a Handbook*, p. 1879-1883.
- Kraakman (R. H.),** « Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy », *Journal of Law, Economics, & Organization* 1986, vol. 2, p. 53-104.
- Ku (J.),** « The Enforcement of ICSID Awards in the People's Republic of China », *Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University*, 2013.
- Lewin (K.),** « Frontiers in Groupe Dynamics. II. Channels of Group life; Social Planning and Action Research », *Human Relations* 1947, p. 143-147.



**Li (Y.),** « Gouvernance des grandes banques commerciales publiques selon le modèle Hui Jin : *de facto et de jure* », *Academics* déc. 2019, n° 12, p. 64-76.

**Lian (L.) et Chen (C.),** « Foreign Bank Lending and Chinese Firms Internationalization », *Finance & Trade Economics* 2017, n° 2, p. 77-95.

**Liu (S.),** « Research on basic issues of the entire financial law system and clauses of our country », *Financial Regulation Research*, n°6, 2018, p. 57-58.

**Liu (J.) et Cao (L.),** « On the capital operation system of state-owned assets », *Journal of Central South University (Social Science)* 2003, n° 5, p. 631-635.

**Liu (W.) et al.,** *Third-Party Assessment Report on the Progress of the Belt and Road Initiative Construction (2013-2018)*, Beijing: The Commercial Press, 2019.

**Luo (H.) et Yang (L.),** « Balance of Power and Decision-making Efficiency in International Organization: A Case Analysis of BRICS New Development Bank and Contingency Reserve Arrangement », *Global Policy* 2021, n° 12, p. 123-154.

**Luo (P.) et Gu (G.),** « Recherche sur les questions juridiques liées à l'exploitation autorisée d'actifs appartenant à l'État » (国有资产授权经营法律问题), *Company Law Review*, 2005.

**Malingre (V.),** « L'offensive de Bruxelles contre les entreprises chinoises dopées aux subventions », *Le Monde*, 6 mai 2021.

**Marisi (F.),** « Development Banks as Environment Governance Actors: the AIIB's Power to Promote Green Growth » in J. Chaisse et J. Gorski (dir.), *The Belt and Road Initiative*.

**McFadden (D.),** « The Growing Importance of Regional Mediation Centre in Asia », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, OSAIL, 2019.

**Newcombe (A. P.) et Paradell (L.),** « Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment », in *Historical Development of Investment Treaty Law*, Kluwer Law International, 2009.

**Nicolas (F.),** « China's Direct Investment in the European Union: Challenges and Policy Responses », *China Economic Journal* 2014.

**Nicolas (F.),** « La Communauté économique de l'ASEAN : un modèle d'intégration original », *Politique étrangère*, 2017, n° 2, p. 27-38.

**Palfrey (J. G.),** « Reluctant Gatekeepers: Corporate Ethics on a Filtered Internet », in *Global Information Technology Report 2006-2007*, World Economic Forum.

**Parlement européen,** « Le Parlement veut lutter contre les subventions publiques étrangères », *Actualité Parlement Européen*, 8 nov. 2022.

**Preet (S.), Sapra (S.) et Mehdi (A.),** *Articulating a vision for a progressive BRICS Development Bank*, ICRIER et Oxfam India, 2014.

**Sacerdoti (G.),** « The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties », *The Journal of World Investment: Law, Economics and Politics* 2000, vol.1, p. 105-126.

**Shan (W.) et Zhang (S.),** « The Potential EU-China BIT: Issues and Implications », in M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Hart and Nomos, 2012.

**Shen (W.),** « The Good, the Bad or the Ugly? A Critique of the Decision on Jurisdiction and Competence in Tza Yap Shum v. the Republic of Peru », *Chinese Journal of International Law* 2011, vol. 10, p. 55-95.

**The Economist et Baker McKenzie,** *BRI Beyond 2020: Embracing New Routes and Opportunities along the Belt and Road*, The Economist Corporate Network, 2020.

- Tienhaara (K.) et Cotula (L.),** « Raising the Cost of Climate Action? Investor-State Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets », *International Institute for Environment and Development*, oct. 2020.
- Titi (C.),** « Mediation and the Settlement of International Investment Disputes: Between Utopia and Realism », in C. Titi et K. Fach Gómez (dir.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford University Press, 2019, p. 21-25.
- Tobin (S.) et Rose-Ackerman (S.),** « When BITs have some bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties », *The Review of International Organization* 2003, vol. 6, n°1.
- Vadi (V.),** « Converging Divergence: The Rise of Chinese Outward Foreign Investment and its Implications for International (Investment) Law », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2011-2012, p. 705-724.
- Vidal-Naquet (V. A.),** « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », in M. Fatin-Rouge et A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions*, Bruylant, 2014.
- Vinayak (H. V.), Thompson (F.) et Tonby (O.),** « Understanding ASEAN: Seven Things You Need to Know », *McKinsey & Company*, 2014.
- Wang (G.) et Lu (J.),** « An Overview on the Historic Evolution and Development Trends of China's Bilateral Investment Agreements », *Journal of International Economic Cooperation*, 20 mars 2019.
- Wang (H.),** « New Multilateral Development Banks: Opportunities and Challenges for Global Governance », *Global Policy* 2017, n° 8.
- White & Case,** « 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World », *Queen Mary University of London et SIA*, 2022.
- Wong (P.), Wilhelmus (J.), Jarand (M.) et Lui (J.),** « China's Global Investment Strategy », *Milken Institute* 2020.
- Xi (J.),** « Discours à la cérémonie d'ouverture de la Conférence annuelle 2018 du Forum de Boao pour l'Asie ».
- Xia (L.) et Zhao (L.),** « Évolution historique de la politique du marché de la technologie », *Recherche en histoire chinoise contemporaine*, 15 mars 2012.
- Xiao (G.),** « The Guangzhou Cohong System of the Qing Dynasty », *Studies in Qing History* 2007, p. 32-48.
- Xie (Z.) et Hu (Y.),** « Surveillance des actifs appartenant à l'État : des actifs au capital », *Finance & Accounting* 2014, n°7.
- Xu (Q.),** « Banque de développement de Chine : réinventer et promouvoir la restructuration du système financier », in *Global Development Perspective* (dir.), *Working Paper No. 17.001*, 2017.
- Yam (T. K.),** « ASEAN in a New Asia: Challenges and Opportunities », in M. Pacini et C. Siow Yue (dir.), *ASEAN in the New Asia*.
- Yang (L.), Zhou (L.) et Weng (D.),** « Silk Road Fund, PPP Model and "One Belt and One Road" Construction from the Game Theory Perspective », *Asia-pacific Economic Review* 2016, n° 2, p. 24-30.
- Ye (Y.),** « The Localization Strategy of the New Development Bank and its Implication on Innovation: A Comparison with the Asian Infrastructure Investment Bank », *The Journal of International Studies* 2019, n° 1, p. 52-69.
- Zhai (Y.),** « Farewell speech of Yuejiao Zhang at the appellate body of WTO: the proposal of the reforms », *Journal of International Economic Law*, 31 dec. 2016.
- Zhang (G.),** « A Legal Interpretation of Pre-establishment National Treatment plus Negative List », *Jiangsu social sciences* 2015.

**Zhang (H.), Huang (H.) et Zhu (Z.),** « Study on M&A in Key Industries of the Countries along the Belt and Road », *Asia-Pacific Economic Review* 2017, n°5.

**Zhu (G.),** « Discours prononcé à l'occasion de la conférence de presse du 10 novembre 2017 ».

**Zhu (J.),** « Institutional Choice of the Operational Modalities of the New MDBs: A Historical Institutional Perspective », *World Economics and Politics* 2018, n° 8, p. 30-61.

### **III. Observations et notes de jurisprudence**

*Amoco international finance corporation c. Iran*, (Award, 14 juill. 1987)

*Bernardus Funekotter et al. c. Zimbabwe* (Award, 22 avr. 2009)

*Export Administration Regulations (EAR)*, États-Unis d'Amérique.

*Foreign Acquisition and Take-over Act* 1975, Australie.

*Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA)* 2018, États-Unis d'Amérique.

*Harry Robert c. États-Unis mexicains* (Award 2 nov.1926).

ICSID, 29 mai 2003, *Tecmed v/Mexico*, aff. ARB(AF)/00/2.

*Pope & Talbot c. Canada*, (Award, 10 avr. 2001).

*Rules and Regulations of the Foreign Exchange and Foreign Trade Act (FEFTA amendments)* 2020, Japon.

*Sentence AAPL c. Sri Lanka* (Award,27 juin 1990).

*S.D. Myers Inc. c. Canada*

*Tecnicas medioambientales tecmed S.A.c. Mexique* (Award, 29 mai 2003)

### **IV. Études et Rapports**

**Annuaire des statistiques industrielles de la Chine 2018.**

**ASEAN**, Summary of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, ASEAN, 2020.

**Asian Infrastructure Investment Bank**, *Subscription and Voting Power of Member Countries*, Asian Infrastructure Investment Bank, 22 sep. 2016.

**Bank for International Settlements**, *Core principles for effective banking supervision*, Bank for International Settlements, 2012.

**CCCEU**, *Report on the Development of Chinese Enterprises in the EU 2019*, Roland Berger, 2019.

**CCIIP**, *Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2003*.

**CNDR**, catalogue, 1er mars 2018, *des industries sensibles pour les investissements à l'étranger*.

**CNUCED**, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2022. Les réformes de la fiscalité internationale et l'investissement durable*, Publications des Nations Unies, 2022.

**Commission européenne**, *What is the Investment Plan for Europe?*, 2014.

**Commission nationale du développement et de la réforme, Ministère des Affaires étrangères et Ministère du Commerce**, Construire ensemble la Ceinture économique de la Route de la Soie et de la Route de la Soie maritime du XXI<sup>e</sup> siècle : Perspectives et actions, 2015.

**Direction générale du Trésor**, *Contrôle des investissements étrangers en France - Rapport annuel 2023*, Ministère de l'Économie, 2023.

**European Union Chamber of Commerce in China**, *Enquête sur la confiance des entreprises 2020*, Roland Berger, 2020.

**Export-Import Bank of China**, *Annual Report 2018*, p. 31-32.

**IMF**, *Database on World Economic Outlook*, July 2015.

**IMF**, *Database on Regional Economic Outlook*, oct. 2020.

**Institut de recherche de la Banque de Chine**, Le taux d'utilisation du renminbi pour le BRI a progressivement augmenté, BRI, 2020.

**International Monetary Institute**, *RMB Internationalization Report n°1602. Currency Internationalization and Macro Risk Management*, IMI, 2016.

**MOFCOM**, China Foreign Trade and Economic Yearbook 1984.

**MOFCOM**, China Foreign Trade and Economic Yearbook 1990.

**MOFCOM**, China Foreign Trade and Economic Yearbook 2000.

**MOFCOM**, Guide de l'investissement étranger de l'ASEAN 2022.

**MOFCOM**, Introduction de la coopération économique et commerciale Chine-Indonésie, 1<sup>er</sup> juin 2020.

**MOFCOM**, *Invest in China*, 2020, p. 37-41.

**MOFCOM**, *Rapport de la Chine sur les investissements étrangers*, 2017.

**MOFCOM**, *Rapport sur l'évolution des investissements chinois à l'étranger*, 2017.

**MOFCOM**, *Rapport sur l'évolution des investissements chinois à l'étranger*, 2019.

**MOFCOM**, Rapport sur les entreprises internationales investissant en Chine depuis 40 ans, 2019.

**MOFCOM**, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2003.

**MOFCOM**, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2005.

**MOFCOM**, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment 2009.

**MOFCOM**, *The History of Commerce*, 2021.

**New Development Bank**, annual reports 2016-1-2019.

**NDRC**, Rapport de la Chine sur les investissements à l'étranger, 2017.

**OCDE**, Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

**OCDE**, Évolutions des politiques de l'investissement dans 62 économies : 16 septembre 2019 = 15 octobre 2020, déc. 2020.

**OCDE**, “Fair and Equitable Treatment under NAFTA’s Investment Chapter-Remarks by J.J Coe. American Society of International Law Proceeding of the Annual Meeting, OCDE, 2004.

**OCDE**, La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, 2004.

**OCDE**, Lignes directrices de l’OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, 2015.

**OCDE**, Restrictivité de l’IDE (indicateur), 2023.

**OCDE**, Reviews of Regulatory Reform-China: Defining the Boundary between the Market and the State, Publications de l’OCDE, 2009, p.44.

**OMC**, DS549 : Chine - Certaines mesure concernant le transfert de technologie, 1 juin 2018.

**OMC**, Facilitation de l’investissement pour le développement, 17 déc. 2021.

**OMC**, Schedule of Specific Commitments on Services List of Article II MFN Exemptions, 1997.

**République Populaire de Chine**, Report on the 10-year development of the ASEAN-China Free Trade Area, 13 nov. 2020.

**UNCTAD**, *International Investment Agreements: Flexibility for Development. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, 2000, p. 94-103.

**UNCTAD**, *International investment rule-making: stocktaking, challenges and the way forward*, 2008, p.23-26

**UNCTAD**, *Rapport sur l’investissement dans le monde 2016 : Nationalité des investisseurs, enjeux et politiques*.

**UNCTAD**, *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*.

**UNCTAD**, *World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy*.

**UNCTAD**, *World Investment report 2015: Reforming International Investment Governance*.

**UNCTAD**, World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic.

**UNCTAD**, « Recent trends in IIAs and ISDS », *UNCAT Issues Note* 2015, n° 1.

**UNCTAD**, *Series on International Investment Policies for Development, Preserving Flexibility in IIAs: The use of reservations*, Presses des Nations Unies, 2006.

**Union européenne**, *Reinforcing the Deliberative Function of the WTO to Respond to Global Trade Policy Challenges*, Communication à l’OMC, 22 fev. 2023.

## V. Chine

Annnonce, 8 oct. 2016, sur la clarification de la portée des mesures de gestion spéciales pour l’admission d’investissements étrangers.

Annnonce de la Commission de réglementation bancaire de la Chine, sur les questions pertinentes après la promulgation des règles détaillées d’application des règlements de la République populaire de Chine sur l’administration des banques à capitaux étrangers, 2007.

Aperçu, 16 mai 2002, du plan de construction de l’équipe nationale de talents 2002-2005.

Avis de la Commission d’État sur l’économie et les échanges, 13 mars 2001, sur l’approfondissement de la réforme de la gestion du personnel, du travail et du système de distribution dans les entreprises publiques.

Avis, 15 juill. 2003, concernant des éclaircissements supplémentaires sur les questions liées à la réforme de la séparation des industries principales et auxiliaires des grandes et moyennes entreprises publiques.

Avis, 24 août 2015, sur l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques.

Avis, 30 déc. 2015, sur la définition fonctionnelle et la classification des entreprises publiques.

Avis, 21 mars 2016, sur l'approfondissement de la réforme du système et des mécanismes de développement des talents.

Avis, 14 juill. 2018, de mise en œuvre par le Conseil des affaires de l'État sur la promotion de la réforme des projets pilotes d'investissement et d'exploitation des sociétés d'État.

Avis, 31 déc. 2019, sur la mise en œuvre de la loi sur l'investissement étranger concernant l'enregistrement des entreprises étrangères.

Avis de mise en œuvre de la Commission d'administration et de contrôle des actifs appartenant à l'État du Conseil des affaires de l'État, 28 nov. 2019, sur l'accélération de la transformation de la surveillance des actifs publics en se concentrant sur la gestion des capitaux.

Avis de la SAFE, 17 juill. 2015, sur la simplification et l'amélioration des politiques pour l'administration des changes de l'investissement direct.

Avis d'orientation, 18 août 2017, sur la poursuite de la direction et de la réglementation de l'orientation des investissements à l'étranger.

Avis du Bureau général de la Banque populaire de Chine, 17 janv. 2007, sur les questions liées à la restructuration des banques étrangères.

Avis du Bureau général de la Commission de réglementation bancaire de la Chine, 25 juill. 2017, sur des questions concernant certaines activités de banques à capitaux étrangers.

Avis du Bureau général de la Cour populaire suprême, 5 déc. 2018, sur l'identification des institutions d'arbitrage commercial international et de médiation pour le mécanisme diversité de règlement des différends commerciaux internationaux à guichet unique.

Avis du Bureau général du Conseil des affaires de l'État, 2017, sur l'amélioration de la structure de gouvernance des entreprises publiques.

Avis du Comité central du Parti communiste chinois, 1<sup>er</sup> déc. 1999, sur la création du Comité central du travail du Parti communiste chinois pour les entreprises centrales et questions connexes.

Avis du Conseil des affaires de l'État, 23 sept. 2015, sur le développement d'une économie de propriété mixte dans les entreprises publiques.

Avis du Conseil des affaires de l'État sur certaines mesures visant à utiliser activement et efficacement les investissements étrangers pour promouvoir un développement économique, octobre 2018.

Avis du Conseil des affaires de l'État sur l'extension aux citoyens et aux entreprises à capitaux étrangers des surtaxes fiscales et éducatives en matière d'entretien et de construction en milieu urbain des entreprises chinoises, 2010.

Avis du Conseil des affaires de l'État sur l'extension des surtaxes fiscales et éducatives en matière d'entretien et de construction en milieu urbain des entreprises chinoises aux entreprises et aux citoyens à financement étranger, 2010.

Avis du conseil des affaires de l'État sur plusieurs mesures de promotion de la croissance des investissements étrangers, août 2017.

Avis du conseil des affaires de l'État sur plusieurs mesures pour élargir l'ouverture et utiliser vigoureusement les capitaux étrangers, août 2017.

Avis du Conseil d'État, 17 juin 1983, sur une utilisation plus efficace des investissements étrangers.

Avis sur la mise en place du système d'examen de la sécurité pour les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, 2011.

Avis sur l'approbation des questions pertinentes concernant l'agrément des banques étrangères pour participer au crédit interbancaire, 1998.

Avis sur l'élargissement du champ d'activité des banques étrangères en RMB à Shanghai et Shenzhen, 1999.

Avis sur les questions liées au transfert des droits de propriété des entreprises publiques, 2007.

Bureau national des statistiques de Chine, Avis, 18 avr. 2003, sur la détermination des entreprises publiques.

Catalogue, 17 mars 2003, pour encourager les investissements étrangers dans les industries de haute technologie.

Catalogue, 20 déc. 2016, des projets d'investissement approuvés par le gouvernement.

Catalogue, 2 août 2020, des technologies interdites ou restreintes à l'exportation.

Catalogue des industries prioritaires pour les investissements étrangers dans la région du Centre-Ouest, 27 déc. 2020 (MOFCOM et CNDR).

Catalogue d'orientation de l'investissement étranger, 2011 (révisé 2017, 2021).

Catalogue d'orientation des investissements étrangers par secteurs d'activité, versions 1995, 1997, 2002, 2004, 2007, 2011, 2015 et 2017.

CCPIT, Mécanisme de coopération en matière d'identification des lois étrangères des institutions d'arbitrage de la Ceinture et de la Route, 11 sept. 2023.

CIETAC, Lignes directrices sur les preuves.

CIETAC, Règlement d'arbitrage en matière d'investissement international, 12 sept. 2017.

Circulaire du Bureau général du Conseil des affaires de l'État sur l'établissement d'un système de contrôle de la sécurité des fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, 2011.

Circulaire du Conseil des affaires de l'État, 19 oct. 2016, sur le renforcement de la gestion des actifs appartenant à l'État.

Circulaire sur la sécurité des investissements étrangers, 2011.

Comité permanent du Congrès national du peuple, Rapport sur la mise en œuvre de la loi sur l'investissement étranger, 2022.

Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), *Règles d'arbitrage*, 4 nov. 2014, art. 47.

Commission de réglementation bancaire de Chine, *Rapport sur l'ouverture du secteur bancaire chinois*, 22 mars 2007.

Commission de réglementation bancaire de Chine, « La Commission de réglementation bancaire chinoise promeut activement l'ouverture du secteur bancaire ».

Conseil des affaires de l'État, *Avis sur le programme Made in China 2025*, 19 mai 2015.

Conseil des affaires de l'État, 13 mars 2018, Explication du programme de la réforme institutionnelle du Conseil des affaires de l'État.

Deuxième amendement du neuvième Congrès national du peuple, 15 mars 2001.

Décision du Comité central du Parti communiste chinois, 22 sept. 1999, *sur les principales questions concernant la réforme et le développement des entreprises publiques*.

Décision du Comité central du Parti communiste chinois, 14 oct. 2003, *sur certaines questions concernant le développement de l'économie de marché socialiste*.

Décision du Comité central, 12 nov. 2013, *d'approfondir les réformes*.

Décision du Comité permanent de l'APN, 28 déc. 2014, autorisant le Conseil des affaires de l'État à ajuster provisoirement des lois et règlements pertinents sur l'approbation administrative dans la zone de libre-échange de Guangdong, Tianjin, Fujian et l'extension de la ZPLE de Shanghai.

Décision du Conseil central, 8 juil. 1993, sur le plan de réforme institutionnelle du Conseil des affaires de l'État, n° 728.

Décision du Conseil des affaires de l'État, 25 déc. 1993, *sur la réforme du système financier*.

Décision du Conseil des affaires de l'État, 12 août 2005, *sur la réforme du système d'investissement*.

Décision du Conseil des affaires de l'État, 13 mars 2015, sur l'annulation et l'ajustement d'un ensemble d'articles d'approbation administrative.

Décision relative à la notification, 30 juil. 2017, des « Mesures provisoires concernant l'administration de l'établissement et de l'enregistrement des modifications pour les entreprises étrangères ».

Dispositions, 27 mars 2008, sur la classification économique en statistiques, art. 4-6.

Dispositions, 30 août 2009, sur l'administration des changes de l'investissement direct à l'étranger des institutions nationales.

Dispositions, 1<sup>er</sup> nov. 2011, sur le type de catégorie d'enregistrement des entreprises, art. 3.

Dispositions administratives sur l'enregistrement des activités commerciales des entreprises.

Dispositions de la Cour populaire suprême, 17 juin 2016, *sur certaines questions relatives à la création de tribunaux de commerce internationaux*.

Dispositions de la Cour populaire suprême, 27 juin 2018, sur plusieurs questions relatives à la création de la Cour de commerce international.

Dispositions du Conseil des affaires de l'État, 2 mars 2009, *sur la norme de notification pour une concentration*.

Dispositions du ministère du Commerce pour la mise en œuvre du système d'examen de la sécurité des fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, 2011.

Dispositions provisoires, 2009, sur la gestion des dirigeants d'entreprises centrales.

Dispositions provisoires, 2 sept. 2011, *sur l'évaluation de l'impact de la concentration*.

Dispositions provisoires relatives à la fusion ou l'acquisition d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, 7 mars 2003.

Dispositions provisoires relatives à l'orientation de l'investissement étranger, 1995.

Dispositions relatives à l'orientation de l'investissement étranger, 2002.

Dispositions sur la fusion ou l'acquisition d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, 2006.

Divulgaration, 28 déc. 2017, des informations sur la rémunération du cadre de l'entreprise financière centrale.

Droit de la concurrence, 2008.

Droit des sociétés, révisé en 1999, 2004 et 2013.



Editorial Board of Corporate Law of the Peoples Republic of China, *The Company Law of the People's Republic of China: Practical Problems*, 2012.

Fédération chinoise de l'Industrie et du Commerce, *Analysis report on China's top 500 enterprises in 2020*, 2021, p. 111-112.

Formulaire de déclaration, 6 juin 2012, *pour l'examen de la concentration*.

Guide, 24 mai 2009, pour la définition du marché pertinent.

Interprétation des avis par la SASAC, 25 sept. 2009, sur le renforcement de la supervision des actifs publics locaux.

Lignes directrices, 19 juill. 2013, pour la gouvernance d'entreprise des banques commerciales.

Lignes directrices, 22 mai 2015, sur la promotion du modèle de coopération du gouvernement et du capital social dans le domaine de la fonction publique.

Lignes directrices, 24 août 2015, sur l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques.

Lignes directrices, 18 juill. 2018, sur l'amélioration de la gestion du capital financier public.

Lignes directrices, 29 sept. 2018, sur la notification des concentrations.

Lignes directrices, 7 févr. 2021, pour la lutte contre le monopole dans le domaine de l'économie des plateformes.

Liste négative des investissements étrangers, 18 sep. 2021, *pour l'accès au marché*.

Liste négative des investissements étrangers, 12 mars 2022, *pour l'accès au marché*.

Liste négative des investissements étrangers dans le port de libre-échange de Hainan, 18 sep. 2021, *pour l'accès au marché*.

Liste négative des investissements étrangers dans les zones de libre-échange, 18 sep. 2021, *pour l'accès au marché*.

Loi, 13 mars 1979, *sur l'investissement par capital*, art. 9. Révisée en 2016.

Loi, 10 déc. 1982, d'organisation du Conseil des affaires de l'État de la République populaire de Chine.

Loi, 13 avr. 1988, sur les entreprises industrielles détenues par l'ensemble du peuple. Révisée le 27 août 2009.

Loi, 5 déc. 2000, sur la banque populaire de Chine.

Loi, 6 déc. 2000, sur les banques commerciales.

Loi, 27 juin 2005, sur les licences administratives.

Loi, 31 oct. 2006, sur la réglementation et la gestion des banques.

Loi, 28 oct. 2008, sur les actifs d'État détenus par les entreprises.

Loi, 1<sup>er</sup> févr. 2018, *sur la procédure civile*.

Loi, 26 oct. 2018, *des sociétés*.

Loi, 12 janv. 2021, sur la sécurité des données.

Loi, 12 janv. 2021, sur la protection des informations personnelles.

Loi, 13 mars 2023, sur la législation de Chine.

Loi de contrôle des exportations, octobre 2020.

Loi de la République populaire de Chine, 28 déc. 1990, *sur la procédure de conclusion des traités*.

Loi de la République populaire de Chine sur les entreprises à capital étranger de 1986.

Loi sur l'investissement étranger de la République populaire de Chine, 2019.

Loi de la République populaire de Chine sur l'investissement par participation au capital d'une coentreprise sino-étrangère de 1979 (Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Equity Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合资经营企业法人)

Loi de la République populaire de Chine sur l'investissement par participation au contractuel d'une coentreprise de 1988 (Law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合作经营企业法人).

Loi de l'impôt sur le revenu des entreprises de la République populaire de Chine (Income Tax Law of the People's Republic of China for Enterprises with Foreign Investment and Foreign Enterprises, 外商投资企业和外国企业所得税法), 2007.

Loi de l'impôt sur le revenu des entreprises d'investissement par des étrangers et des entreprises étrangères de 1991.

Loi douanière de la République populaire de Chine de 1987 (Customs Law of the People's Republic of China, 中华人民共和国海关法)

Loi sur les coentreprises sino-étrangères avec participation au capital de 1983 (Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合资经营企业法人实施条例), révisée en 1986, 1987, 2001, 2011 et 2014.

Loi sur les sociétés de portefeuille à capitaux étrangers, 1995.

Loi sur l'investissement étranger, 15 mars 2019.

Loi type de la CNUDCI, 2002, sur la conciliation commerciale internationale.

Mesures, 7 janv. 2011, pour la surveillance et l'administration des actifs publics étrangers des entreprises centrales, art. 1<sup>er</sup>.

Mesures, 29 sept. 2013, d'administration des zones de libre-échange en Chine (Shanghai).

Mesures, 17 mai 2014, pour l'administration de la confirmation et l'enregistrement des projets d'investissement à l'étranger.

Mesures, 13 mars 2015, de surveillance et d'administration des investissements à l'étranger par les entreprises centrales.

Mesures, 7 nov. 2016, d'examen de la cybersécurité.

Mesures, 7 janv. 2017, de contrôle et d'administration des investissements des entreprises centrales, art.2.

Mesures, 1<sup>er</sup> août 2017, pour la gestion financière des investissements à l'étranger des entreprises publiques.

Mesures, 15 nov. 2017, de supervision et d'administration de la Banque de développement de Chine.

Mesures, 1<sup>er</sup> mars 2018, pour l'administration des entreprises chinoises investissant à l'étranger.

Mesures, 20 sept. 2019, pour l'administration de l'enregistrement des droits de propriété sur le capital financier public (pour une mise en œuvre à titre d'essai).

Mesures, 30 déc. 2019, de déclaration des informations sur les investissements étrangers.

Mesures, 27 nov. 2020, d'examen de la sécurité des investissements étrangers.

Mesures, 7 juill. 2022, d'évaluation de la sécurité des exportations de données.

Mesures administratives, 13 mai 2014, pour l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger.

Mesures administratives, 14 mai 2014, pour l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger.

Mesures administratives, 19 févr. 2015, pour la confirmation et l'enregistrement des projets financés par des capitaux étrangers.

Mesures administratives, 24 juin 2016, pour la supervision des transactions de capitaux d'entreprises publiques.

Mesures administratives, 22 déc. 2021, relatives à l'approbation et l'enregistrement des projets d'investissement étranger à Shanghai.

Mesures administratives provisoires, 8 oct. 2016, pour l'enregistrement de l'incorporation et le changement des entreprises à capitaux étrangers.

Mesures administratives spéciales pour l'accès aux investissements étrangers, 2021.

Mesures administratives sur la surveillance et la gestion des investissements des entreprises centrales (rév. 2017)

Mesures administratives sur la surveillance et la gestion des investissements à l'étranger des entreprises centrales (rév. 2017)

Mesures de la Commission de réglementation bancaire de Chine, 1<sup>er</sup> févr. 2006, pour la mise en œuvre d'éléments de licence administrative concernant les institutions financières à financement étranger.

Mesures de mise en œuvre de la Commission chinoise de réglementation des banques et des assurances, 26 déc. 2019, pour les licences administratives concernant les banques à capitaux étrangers.

Mesures de mise en œuvre de la Commission de réglementation bancaire, 13 fév. 2018, pour les licences administratives relatives aux banques à financement étranger.

Mesures de travail, 1<sup>er</sup> oct. 2020, pour les plaintes des entreprises à capitaux étrangers.

Mesures d'essai, 20 avr. 2015, pour l'examen de la sécurité nationale des investissements étrangers dans les zones pilotes de libre-échange.

Mesures d'examen de la sécurité des investissements étrangers, 18 janvier 2021.

Mesures pour l'administration de la divulgation d'informations par les sociétés cotées en bourse, 18 mars 2021.

Mesures pour le contrôle des investissements à l'étranger, 2009 (révisées 2014).

Mesures pour les investissements stratégiques des investisseurs étrangers dans les sociétés cotées.

Mesures provisoires de la Banque de Construction de Chine sur la gestion du financement en RMB par des banques étrangères, 1999.

Mesures provisoires pour l'approbation des projets d'investissement chinois à l'étranger, CNDF.

Mesures relatives à l'administration d'un investissement étranger dans une zone de libre-échange.

Mesures spéciales, 28 janv. 2017, de gestion pour l'accès aux investissements étrangers du catalogue d'orientation (liste négative) 2017.

Mesures spéciales, 28 janv. 2017, pour l'administration des investissements étrangers dans la zone pilote de libre-échange (liste négative) 2017.

Ministère chinois de la Justice, Adhérer à l'innovation et au développement et la nouvelle ère de l'expérience du pont de l'érable, 28 janv. 2021.

Ministère chinois du Commerce, *Statistical bulletin of FDI in China 2022*.

Ministère chinois du Commerce, *The Guidance of Countries (Regions) Outbound Investment Cooperation 2022*, p. 34.

Ministère des Finances, Avis, 23 avr. 2003, sur la définition de l'entreprise publique, n° 9.

NDRC, The List of sensitive sectors for outbound investment, NDRC, 2018.

Note, 5 sept. 2023, sur la révision des règles d'arbitrage de la CIETAC.

Opinions, 14 avr. 1998, sur l'expansion de l'ouverture et l'augmentation du niveau d'utilisation des capitaux étrangers.

Plan, 15 mars 2013, pour la restructuration institutionnelle du Conseil des affaires de l'État et la transformation de ses fonctions.

Plan stratégique de coopération Chine-UE 2020.

Plusieurs avis, 13 juill. 1979, visant à élargir l'autonomie de gestion des entreprises industrielles d'État.

Plusieurs avis, 12 août 2005, sur l'encouragement au soutien et au développement de la propriété non publique et d'autres économies privées.

Plusieurs avis, 20 sep. 2015, sur l'adhésion à la direction du Parti communiste et le renforcement structurel du Parti communiste dans l'approfondissement de la réforme des entreprises publiques.

Plusieurs avis, 17 déc. 2015, sur l'accélération de la construction de zones de libre-échange.

Plusieurs avis de la Cour populaire suprême, 17 juill. 2012, sur la mise en place d'un mécanisme solide de résolution des conflits et des litiges qui associe le contentieux et le non-contentieux.

Premier amendement de la décision de modification du septième Congrès national du peuple, 4 avril 1990.

Procédure, 20 juin 2005, d'octroi d'une autorisation administrative dans les cas de nécessité avérée.

Programme, 27 avr. 2017, de transformation des fonctions basées sur la gestion du capital par la SASAC.

Projet d'amendement, 14 janv. 2022, sur les dispositions *sur la norme de notification pour des concentrations*.

Projet de loi sur l'investissement étranger (préliminaire), 2015.

Rapport, 22 mars 2007, sur l'ouverture du secteur bancaire chinois.

Rapport, 28 oct. 2008, *du 30<sup>e</sup> anniversaire de la réforme et de l'ouverture : une grande transition historique de l'ouverture partielle à l'ouverture complète*, Bureau national des statistiques.

Réforme, 19 avr. 2019, du système d'exploitation autorisé des capitaux appartenant à l'État.

Règlement, 15 mars 2000, des inspecteurs du Conseil des affaires de l'État.

Règlement, 13 mai 2019, sur l'importation et l'exportation de technologies.

Règlement, 30 sept. 2019, *sur l'administration des banques à capitaux étrangers*. Dernière révision le 30 septembre 2019.

Règlement, 14 nov. 2019, sur l'importation et l'exportation de technologies.

Règlement, 31 déc. 2019, d'application de la loi sur les investissements étrangers.

Règlement, 5 janv. 2020, sur le travail des organisations primaires du Parti communiste chinois.

Règlement d'application de la Loi sur l'impôt sur le revenu des entreprises, 2008.

Règlement de Shanghai *sur les investissements étrangers*.

Règlement de travail du Comité des experts en commerce international de la Cour populaire suprême, 17 févr. 2018.

Règlement intérimaire du Conseil des affaires de l'État sur le Conseil de surveillance des entreprises publiques, 15 mars 2000.

Règlement provisoire révisé sur la taxe d'utilisation des terrains urbains, 2006.

Règlement provisoire sur les investissements étrangers dans la détention des sociétés d'investissement, 1995.

Règlement provisoire sur l'impôt d'occupation des terres agricoles, 2008.

Règlement provisoire sur l'impôt sur les voyages et les bâtiments, 2007.

Règlement relatif à l'enregistrement sur Hukou, 9 janv. 1958.

Règlement sur l'administration des changes de la République populaire de Chine, 1996, révisée 2008.

Règlement sur le guide d'orientation des investissements étrangers, 2002.

Réglementation de la République populaire de Chine sur l'administration des banques à financement étranger, 2006.

Réglementation des banques étrangères et des banques joint-ventures dans les zones économiques spéciales de la République populaire de Chine, 1985.

Réglementation pour l'administration des institutions financières à capitaux étrangers et des institutions financières à capitaux mixtes chinois et étrangers à Shanghai, 1990.

Réglementation provisoire de l'impôt immobilier, 2009.

Règlements intérimaires, 10 janv. 2000, sur le Conseil de surveillance des principales institutions financières publiques.

*Règles, 20 fév. 2023, pour l'examen des concentrations.*

Règles d'application de la loi sur les coentreprises sino-étrangères en coopération de 1995 (Rules for the Implementation of the Law of People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint-Ventures, 中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则), révisée en 2014.

Règles d'arbitrage, 4 avr. 2003, pour les litiges financiers de la Commission d'arbitrage économique et commercial international de la Chine.

Règles d'évaluation, 4 nov. 2014, *des litiges de construction* de la CIETAC.

Règles détaillées, adoptées le 3 nov. 1988 et dernière révision 23 oct. 2020, pour la mise en œuvre de la réglementation de la République populaire de Chine sur la gestion de l'enregistrement des entreprises personnes morales.

Règles détaillées, 11 déc. 2006, pour la réglementation sur la gestion des institutions financières à capitaux étrangers.

Règles détaillées, 1<sup>er</sup> juill. 2019, pour la mise en œuvre des rapports de l'enregistrement et l'approbation d'investissement à l'étranger.

Règles détaillées, 18 déc. 2019, pour la mise en œuvre du règlement sur l'administration des banques à capitaux étrangers.

Règles détaillées d'application de la loi sur les entreprises à capitaux entiers étrangers de 1990 (Detailed Rules for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-owned Enterprises, 中华人民共和国外资企业法实施细则), révisées en 2001 et 2014.

Règlement provisoire sur l'exploitation d'institutions financières à capitaux étrangers exerçant des activités en RMB à Shanghai Pu Dong, 1996.

Règles provisoires de la Banque populaire de Chine concernant la gestion des opérations commerciales des banques étrangères et des banques joint-ventures dans les zones économiques spéciales, 1987.

Réponse du Conseil d'État, 20 mars 2015, sur l'acceptation du plan de réforme approfondi de la Banque chinoise de développement.

Résolution, 14 oct. 2003, sur plusieurs questions relatives à la mise en place d'un système économique de marché socialiste.

SASAC, Le fonctionnement économique des entreprises centrales au premier semestre 2019, SASAC, 2020.

Schéma, juin 2000, de l'approfondissement du système de réforme du personnel d'encadrement.  
Troisième amendement de la « Décision sur la modification des quatre lois de la République populaire de Chine sur les entreprises à capitaux étrangers » du Comité permanent du douzième Congrès national du peuple, 3 septembre 2016.

Utilisation des investissements étrangers dans le 11<sup>e</sup> plan quinquennal (利用外资“十一五”规划), 7<sup>e</sup> congrès du Parti, 2006.

## **VI. Union européenne**

CEPEJ, Code de conduite européen relatif aux prescripteurs de médiation, 2018.

CJCE, 2 déc. 1999, affaire C-234/98, G. C. Allen e. a. contre Amalgamated Construction Co. Ltd.  
*Foreign Trade and Payments Act* (AWG) 2018, Allemagne.

CJUE, 7 sep. 2017, Austria Asphalt GmbH & Co OG contre Bundeskartellanwalt, req. C-248/16.

Commission européenne, 7 juill. 2023, Communiqué sur la proposition de retrait coordonné de l'UE.

Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, Commission européenne, 2020.

Communication de la Commission européenne, 5 mars 2005, relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, n° 2005/C/56/04.

Communication du Conseil européen, 16 avr. 2008, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, n° 2009-C-43-09.

Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 21 mai 2008, n° 2008/52/CE.

Règlement d'exécution de la Commission modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 5 déc. 2013, n° 1269/2013.

Règlement d'exécution du Parlement européen et du Conseil, 5 déc. 2013, n° 1269/2013.

Règlement du Parlement européen et du Conseil, établissant le programme Copernicus et abrogeant le règlement (UE) 911/2010, 3 avr. 2014, n° 377/2014.

Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de mesures pour renforcer l'écosystème européen des semi-conducteurs et modifiant le règlement (UE) 2021/694 (règlement sur les puces), 13 sept. 2023, n° 2023/1781.

Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, 19 mars 2019, n°2019/452.

Règlement du Parlement européen et du Conseil portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » (2014-2020), n° 1291/2013, 28 avr. 2021.

Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, dit « règlement sur les concentrations », n° 139/2004, 20 janv. 2004.

Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), n° 2022/1925, 14 sept. 2022.

Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, 14 déc. 2022, n° 2022/2560.

Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les orientations pour le développement d'un réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision (UE) 661/2010, n°1315/2013, 11 déc. 2013.

Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes, n° 347/2013, 17 avr. 2013.

Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les orientations pour les réseaux transeuropéens dans le secteur des infrastructures de télécommunications, n° 283/2014, 11 mars 2014.

Trib. UE, 27 juin 2017, *Google Shopping*, aff. T-612/17.

Trib. UE, 9 oct. 2018, *Google Android*, aff. T-604/18.

## **VII. France**

AMF, *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*.

Arrêté relatif aux investissements étrangers en France, 27 avril 2020.

Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France, ministère des Finances et de l'Économie.

Autorité de la concurrence, Décision 16-D-24 du 8 novembre 2016 dans l'affaire Altice/SFR/OTL.

Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 2020.

Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-13.721, *JCP G* 2013, 563, note S. Schiller.

Circulaire, 21 mai 1986, relative aux investissements directs à l'étranger, *JORF*, 23 mai 1986.

Décret, 27 janv. 1967, fixant les modalités d'application de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger.

Décret, 24 nov. 1968, réglementant les relations financières avec l'étranger.

Décret n°2022-1622 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle

Décret relatif aux investissements étrangers en France, n° 2019-1590, 31 décembre 2019.

Décret, 23 déc. 2022, n° 2022-1622, relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

Lettre de sanction et retrait du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 13 novembre 2006, au conseil de la société Vico, in DCCRF, Bulletin officiel 25 janv. 2007, n°1.

Loi PACTE (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises), n° 2019-486, 22 mai 2019.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

## VIII. États-Unis

Accord économique et commercial sino-américain, 15 janv. 2020.

Biden (J. R.), « Executive Order on Addressing United States Investments in Certain National Security Technologies and Products in Countries of Concern », *La Maison blanche*, 9 août 2023.

Biden (J. R.) et Von der Leyen (U.), « Joint Statement by President Biden and President von der Leyen », *La Maison blanche*, 10 mars 2023.

*Chips and Science Act*, 9 août 2022, n° H.R.4346.

*Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA)*, 2018.

ICSID, 4 juin 2004, PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretimve Tİicaret Limited Sirketi v. Turkey, aff. ARB/02/5.

Ministère américain de l'Économie, *Review of Foreign Investment and Export Controls*, 2018.

## IX. Autres

Accord économique et commercial global UE-Canada (AECG).

Assemblée générale des Nations unies, 2016, Règlement des litiges commerciaux- Exécution des accords issus de procédures de médiation ou de conciliation commerciale internationale, compilation des commentaires reçus des gouvernements, n° A/CN.9/846.

CIETAC, Rapport annuel sur l'arbitrage commercial international, 5 sept.2022.

Convention, Nations Unies, 2019, *sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation*, dite « Convention de Singapour ».

ICCA, *Règlement de médiation*, 2012.

ICSID, Background Paper on Investment Mediation, ICSID, 2021.

ICSID, Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental republic of Uruguay, aff. ARB/10.7.

ICSID, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID, 2004.

Loi type de la CNUDCI *sur l'arbitrage commercial international*, 1985,

Model Standards of Conduct for Mediators, 2005.

ONU, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, with commentaries, 2001.



ONU, Draft UNCITRAL guidelines on investment mediation, 21 avr. 2023.

Règles de la médiation du centre CCPIT/CCIC, 5 mars 2019.

SIAC, Investment arbitration rules of the Singapore international arbitration Centre, 1<sup>er</sup> janv. 2017.

UNCITRAL, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et État (RDIE). Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-quatrième session, UNCITRAL, 2023.

UNCITRAL, Règlement des litiges commerciaux : présentation d'une étude sur la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du règlement des litiges entre investisseurs et États, n° A/CN.9/890, 2016.

UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-ninth session (27 June-15 July 2016)*, ONU, 2016.

Uniform Mediation Act, 2003.

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018.

## **X. Encyclopédies et dictionnaires**

**Association Capitant et G. Cornu (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., PUF, 2022.

**Cabrillac (R.) (dir.)**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2024*, 12<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2023, v<sup>o</sup> Entreprise.

**Chagny (M.) et Combe (E.) (dir.)**, *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, 2023

Larousse de poche 2024.



---

# ANNEXE 1 CHINE

---

Les secteurs nécessitant une autorisation sont les suivants<sup>774</sup>:

- (1). Services juridiques à l'exclusion de la pratique du droit chinois, les cabinets d'avocats étrangers ne peuvent fournir des services juridiques que sous la forme de bureaux de représentation ;
- (2). Services médicaux et dentaires, la création d'hôpitaux ou de cliniques est soumise à des limitations quantitatives ;
- (3). Services de recherche et de développement en sciences naturelles, non engagement pour les services de recherche et de développement relatifs aux sciences sociales et humaines, aux cellules souches humaines, à la technologie de diagnostic ou de traitement génétique, et les services de recherche et de développement utilisant les ressources biologiques originaires et protégées par la Chine ;
- (4). Non engagement pour les enquêtes sociales et les services d'intelligence économique et sociale non liés à des produits commercialisés, tels que l'analyse industrielle, la modélisation économétrique, l'analyse démographique ;
- (5). Non engagement pour les levés géodésiques, les levés hydrographiques, les photographies aériennes à des fins de cartographie etc. ;
- (6). Services d'information sur le crédit, une forme de société à responsabilité limitée ou de société anonyme est requise ;
- (7). Services de courrier, l'enregistrement en tant que personne morale chinoise est obligatoire ;
- (8). Services d'accès à l'internet, non engagement sauf pour la fourniture d'un service d'accès à l'internet aux utilisateurs finals de l'internet ;
- (9). À l'exclusion des services d'éducation spéciale, par exemple l'éducation militaire, policière, politique et de l'école du parti communiste, la création d'école communes est autorisée ;

---

<sup>774</sup> Accord global sur l'investissement entre l'UE et la Chine, calendrier de Chine

- (10). Courtage d'assurance et agence d'assurance doivent prendre l'une des formes suivantes : société à responsabilité limitée ou société anonyme, l'expert en sinistres doit prendre la forme d'une société ou d'un partenariat ;
- (11). Les services de valeurs mobilières, aucune restriction à l'établissement de succursales de société de valeurs mobilières étrangère. Toutefois, les actionnaires et les bénéficiaires effectifs ne peuvent participer à l'exploitation de plus de deux sociétés et ne peuvent contrôler plus d'une société ;
- (12). Service d'intermédiation en assurance en cinq différentes formes :
- i) service de titres, non engagement sur l'établissement de succursales par des entreprises étrangères. L'actionnaire de la société de titres, ainsi que les actionnaires de contrôle et les contrôleurs effectifs, ne peuvent participer à plus de deux sociétés de titres et ne peuvent contrôler plus d'une société de titre ;
  - ii) société fiduciaire, un investisseur, ses parties affiliées et les personnes agissant de concert avec cet investisseur ne peuvent soit participer à plus de deux sociétés fiduciaires, soit détenir la majorité des actions de plus d'une société fiduciaire, sauf en cas de fusion, d'acquisition ou de restructuration d'une société fiduciaire à haut risque avec l'autorisation de l'autorité de régulation bancaire du Conseil des affaires d'État ;
  - iii) société de gestion de patrimoine, un investisseur, ses parties affiliées et les personnes agissant de concert avec cet investisseur ne peuvent soit participer à plus de deux filiales de gestion de patrimoine de banques commerciales, soit contrôler plus d'une filiale de gestion de patrimoine de banques commerciales ;
  - iv) société de gestion de fonds, non engagement sur l'établissement de succursales par des entreprises étrangères en Chine. Une institution financière ou plusieurs institutions financières contrôlées par un contrôleur effectif ne peuvent participer à plus de deux sociétés de gestion de fonds et ne peuvent contrôler plus d'une société de gestion de fonds ;
  - v) non engagement pour les services fournis par les sociétés de gestion d'actifs financiers, les sociétés d'investissement en actifs financiers ou les sociétés de gestion de fonds de pension ;
- (13). Services hospitaliers, la création d'hôpitaux et de cliniques est soumise à des limitations quantitatives correspondant aux besoins de la Chine ;

- (14). Hôtel et restaurant, les investisseurs étrangers sont autorisés à construire, rénover et exploiter des établissements hôteliers et de restauration en Chine ;
- (15). Agence de voyage et tour opérateur, le champ d'activité de l'agence de voyage est suivant :
- i) services de voyage et d'hébergement pour les voyageurs étrangers qui peuvent être fournis directement par les opérateurs de transport et d'hôtellerie en Chine ;
  - ii) services de voyage et d'hébergement pour les voyageurs nationaux qui peuvent être fournis directement par les opérateurs de transport et d'hôtellerie en Chine ;
  - iii) l'organisation de voyage en Chine pour les voyageurs nationaux et étrangers ;
  - iv) services d'encaissement de chèques de voyage en Chine ;
- (16). Service de réparation et d'entretien d'aéronefs, l'établissement d'une personne morale est nécessaire ;
- (17). Service d'assistance en escale, le nombre de prestataires de services dans chaque aéroport peut être limité en fonction de la taille de l'aéroport ;
- (18). Fabrication de produits alimentaires, seules les entreprises de production de sel commun désignées et agréées peuvent se lancer dans la production de sel commun ;
- (19). Impression et reproduction de supports enregistrés, l'augmentation de la capacité de production doit être conforme à la planification ;
- (20). Traitement du pétrole, du charbon et d'autres combustibles, l'augmentation de la capacité de production pour le raffinage du pétrole est conforme à la planification ;
- (21). Fabrication de matières premières chimiques et de produits chimiques, le demande de production d'explosifs à des fins civiles doit être conforme à la planification ;
- (22). Fabrication de produits pharmaceutiques, Seules les entreprises désignées peuvent produire les produits biologiques vétérinaires utilisés pour la vaccination obligatoire ;
- (23). Fabrication de produits minéraux de produits non métalliques, il est interdit d'augmenter la capacité de production de clinker de ciment et de verre en feuilles.



---

# ANNEXE 2 UE

---

Les secteurs listés sont les suivants<sup>775</sup> :

- (1). Immobilier, aucun engagement n'a été pris pour l'acquisition de terres agricoles et forestières, y compris l'acquisition de vignobles ;
- (2). Services publics, les activités considérées comme des services publics de monopoles publics ou de droits exclusifs accordés à des opérateurs privés ;
- (3). Types d'établissement, tout État membre qui vend ou cède ses participations ou les actifs d'une entreprise d'État existante ou d'une entité gouvernementale existante fournissant des services de santé, sociaux ou éducatifs peut interdire ou imposer des limitations au propriétaire de ces participations ou actifs, et à la capacité des propriétaires de ces participations et actifs à contrôler toute entreprise résultante, par les investisseurs chinois ou leurs investissements.  
  
-En ce qui concerne une telle vente ou autre cession, tout État membre de l'UE peut adopter ou maintenir toute mesure limitant le nombre de fournisseurs. Au niveau national français : le directeur général de nationalité française d'une entreprise ayant une activité industrielle, commerciale ou artisanale, s'il n'est pas titulaire d'un permis de séjour, doit obtenir une autorisation spécifique.  
  
-En ce qui concerne un investissement, aucun engagement pour des activités ou services faisant partie d'un régime public de retraite ou d'un système légal de sécurité sociale ; en niveau national français : en application des articles L.151-1 et L.153-1 du Code monétaire et financier, les investissements étrangers en France dans les secteurs énumérés à l'article R.151-3 du Code monétaire et financier sont soumis à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie. La France se réserve le droit de limiter la participation étrangère dans les entreprises nouvellement privatisées à un montant variable, déterminé par le gouvernement français au cas par cas, du capital offert au public ;
- (4). Agriculture et chasse, aucun engagement n'a été pris dans ce domaine ;
- (5). Sylviculture et exploitation forestière, aucun engagement ;

---

<sup>775</sup> Accord global sur l'investissement entre l'UE et la Chine, calendrier de l'Union européenne.

- (6). Pêche et l'aquaculture, aucun engagement ;
- (7). Mines et carrières, aucun engagement pour le charbon, le lignite et la tourbe, l'extraction de pétrole brut et de gaz naturel, les minerais métalliques et les matières premières essentielles pour l'UE ;
- (8). Fabrication de produits raffinés, aucun engagement ;
- (9). Fabrication de produits chimiques autre que les explosifs, aucun engagement pour la fabrication d'oxyde et d'hydroxyde de lithium, de carbonate de lithium et de lanthanides, de scandium et d'yttrium ;
- (10). Fabrication d'autres produits minéraux non-métalliques, aucun engagement pour les matières premières essentielles à l'UE ;
- (11). Fabrication de métaux de base, aucun engagement ;
- (12). Recyclage, aucun engagement pour le métal et le recyclage des matières premières essentielles à l'UE ;
- (13). Production d'électricité, transport et distribution d'électricité pour compte propre ;
- (14). Fabrication de gaz, distribution de combustibles gazeux par l'intermédiaire de réseaux pour compte propre, non engagement ;
- (15). Production de vapeur et d'eau chaude, distribution de vapeur et d'eau chaude pour compte propre, aucun engagement ;
- (16). Services juridiques, en niveau national français : la représentation devant la Cour de cassation et le Conseil d'État est soumise à des quotas. Dans un cabinet d'avocats fournissant des services en matière de droit français ou de droit communautaire, la détention d'actions et de droit de vote peut être soumise à des restrictions quantitatives liées à l'activité professionnelle des associés ;
- (17). Services de comptabilité, en niveau national français : la prestation sous toute forme de société sauf SNC (Société en nom collectif) et SCS (société en commandite simple). Des conditions spécifiques s'appliquent aux SEL (société d'exercice libéral), AGC (Association de gestion et comptabilité) et SPE (Société pluriprofessionnelle d'exercice) ;
- (18). Services d'audit, en niveau national français : pour les contrôles légaux des comptes sous n'importe quelle forme de société, à l'exception de celles dans lesquelles les associés sont considérés comme des commerçants, telles que la SNC et la SCS ;



- (19). Services de conseil fiscal, prestation sous toute forme de société à l'exception des SNC et des SCS. Des conditions spécifiques s'appliquent aux SEL, AGC et SPE ;
- (20). Service d'architecture, en niveau national français : un architecte ne peut s'établir en France que pour fournir des services d'architecture en utilisant l'une des formes juridiques suivantes : SA, SARL, EURL, SCP, SCOP, SELARL, SELAFA, SELAS, SAS, un associé d'une société d'architecture, ou à titre individuel ;
- (21). Services médicaux et dentaires, en niveau national français : les investisseurs de l'UE permettent sous tous les formes juridiques, alors que les investisseurs étrangers n'ont accès qu'aux formes juridiques de société d'exercice libéral (SEL) et société civile professionnelle (SCP). La nationalité est requise, toutefois, l'accès des étrangers est possible dans le cadre de quotas établis annuellement ;
- (22). Services vétérinaires, en niveau national français : les formes juridiques sont limitées à la SCP et SEL ;
- (23). Services de sage-femmes, en niveau national français : les investisseurs de l'UE permettent sous tous les formes juridiques, alors que les investisseurs étrangers n'ont accès qu'aux formes juridiques de SEL et SCP. La nationalité est requise. Toutefois, l'accès des étrangers est possible dans le cadre de quotas établis annuellement ;
- (24). Services fournis par les infirmières, les physiothérapeutes et le personnel paramédical, en niveau national français : les investisseurs de l'UE permettent sous tous les formes juridiques, alors que les investisseurs étrangers n'ont accès qu'aux formes juridiques de SEL et SCP. La nationalité est requise. Toutefois, l'accès des étrangers est possible dans le cadre de quotas établis annuellement ;
- (25). Commerce de détail de produits pharmaceutiques et d'articles médicaux et orthopédiques, en niveau national français : l'autorisation est soumise à un examen des besoins économiques ;
- (26). Autres services fournis par les pharmaciens, en niveau national français : les pharmaciens étrangers peuvent être autorisés à s'établir dans le cadre de quotas établis annuellement ;
- (27). Services de recherches et développement en sciences naturelles, en niveau européen : pour les services de recherches et développement financés par des fonds publics, les

droits exclusifs ou les autorisations ne peuvent être accordés qu'aux ressortissants des États membres de l'Union européenne et aux entreprises de l'Union européenne ;

(28). Les aéronefs, au niveau européen : pour la location ou le leasing d'aéronef sans équipage, les aéronefs utilisés par un transporteur aérien de l'UE sont soumis aux exigences applicables en matière d'immatriculation des aéronefs.

# ANNEXE 3 CAI RCEP ASEAN

Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
Définition de l'investissement	n/a	<p>(1) Actions, et autres formes de participation au capital d'une personne morale, y compris les droits qui en découlent ;</p> <p>(2) Obligations, débentures, prêts et autres titres de créance d'une personne morale et droits qui en découlent ;</p> <p>(3) Les droits en vertu de contrats</p> <p>(4) Les droits de propriété intellectuelle et la bonne volonté, qui sont reconnus conformément aux lois et règlements de la partie hôte ;</p> <p>(5) Les réclamations d'argent ou de toute exécution contractuelle liée à une entreprise et ayant une valeur financière ;</p>	<p>(8) Biens meubles et immeubles et tous autres droits de propriété</p> <p>(9) Actions et obligations de personnes morales ou intérêts dans la propriété de ces personnes morales ;</p> <p>(10) Droits de propriété intellectuelle ;</p> <p>(11) Les concessions commerciales accordées par la loi ou par contrat,</p> <p>(12) Les réclamations à l'argent ou à toute performance ayant une valeur financière</p>

Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
		<p>(6) Les droits conférés conformément aux lois et règlements de la Partie hôte ou aux contrats</p> <p>(7) Biens meubles et immeubles, et autres droits de propriété</p>	
Traitement national	En termes d'établissement et d'opération	En termes d'établissement, d'acquisition, d'extension, de gestion, d'exploitation, d'opération, de vente ou autre cession d'investissements	En termes de gestion, d'exploitation, d'opération, de maintenance, d'utilisation, de vente et de liquidation
Traitement de la nation la plus favorisée	En termes d'établissement et d'opération	En termes d'établissement, d'acquisition, d'expansion, de gestion, d'exploitation, d'opération, de vente ou toute autre cession d'investissement	En termes d'accès, d'établissement, d'acquisition, d'extension, de gestion, d'exploitation, d'opération, de maintenance, d'utilisation, de liquidation, de vente ou d'autres formes de cession d'investissement
Traitement juste et équitable	n/a	Une obligation dans toute procédure juridique ou administrative de ne pas refuser cet accord	Une obligation dans toute procédure juridique ou administrative de ne pas refuser cet accord

<p>Exigence de performance</p>	<p>(1) d'obliger des entreprises à acheter ou utiliser des produits nationaux ; (2) d'exiger des entreprises à acheter ou utiliser des produits importés ; (3) d'empêcher des entreprises d'importer des produits ; (4) de restreindre des produits d'importation par le contrôle des changes ; (5) de restreindre des produits d'exportation ; (6) l'exigence du transfert de technologie, de processus de production ou de droit de propriété intellectuelle ; (7) la fourniture ciblée de produit ou de services dans une zone spécifique ou le marché du monde ; (8) la restriction le choix de l'adresse du siège social ; (9) l'exigence le pourcentage de recherche et développement ; (10) l'exigence utiliser ou avoir tendance à utiliser la technologie sous licence d'une partie d'une personne physique ou d'une entreprise.</p>	<p>(1) Pour exporter un niveau ou un pourcentage donné de marchandises ;  (2) Pour atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;(3) acheter, utiliser ou accorder une préférence aux biens produits sur son territoire ;(4) restreindre la quantité ou la valeur des produits importés et exportés est liée aux devises ;(5) La quantité ou la valeur des produits vendus ou exportés est liée aux devises ; (6) l'exigence du transfert de technologie, de processus de production ou de droit de propriété intellectuelle ; (7) la fourniture ciblée de produit ou de services dans une zone spécifique ou le marché du monde ;</p>	<p>n/a</p>
--------------------------------	---	---	------------

Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
Direction générale et conseil d'administration	Aucune exigence de nationalité pour les cadres ou les membres du conseil	Pas d'exigence de nationalité pour les cadres, mais une exigence de nationalité pour les membres du conseil est permise	Non envisagé
Définition de l'entreprise publique	(1) détenir plus de 50% du capital ; (2) contrôler plus de 50% des droits de vote par le biais de participations ; (3) détenir le pouvoir de nommer la majorité des membres du conseil d'administration ou de tout autre organe de direction équivalent ; (4) détenir le pouvoir de contrôler les décisions de l'entreprise par le biais de tout autre participation	n/a	n/a
Transfert	n/a	(1) Capital investi (2) Bénéfices, plus-values, dividendes, intérêts, frais de droit de licence, etc. (3) Vente ou liquidation de tout ou partie du produit l'investissement (4) Paiement du contrat	(1) Capital investi (2) Bénéfices, plus-values, dividendes, intérêts, frais de droit de licence, etc. (3) Vente ou liquidation de tout ou partie du produit l'investissement (4) Prêt ou crédit remboursé

Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
		<p>(5) Compensation des pertes et de l'argent reçu de l'expropriation</p> <p>(6) Paiements résultant du règlement des différends</p> <p>(7) Revenus et autres rémunérations des employés étrangers</p>	<p>(5) Revenus et autres rémunérations des employés</p> <p>(6) Paiement du contrat</p> <p>(7) Compensation des pertes et de l'argent reçu de l'expropriation</p>
Divulgateion d'informations	<p>(1) Aucune disposition n'oblige une partie à fournir des informations confidentielles</p> <p>(2) Obligations de transparence de l'entité couverte : lorsqu'une partie estime que l'entité couverte de l'autre partie a eu une incidence défavorable sur ses intérêts d'investissement, elle peut demander à l'autre partie de fournir les informations correspondantes sur l'entité, notamment : la structure des capitaux de la société, la structure organisationnelle, le revenu annuel et autres informations.</p>	Une partie contractante peut demander à l'autre partie contractante de fournir des informations relatives à l'investissement uniquement à des fins de collecte d'informations ou de statistiques.	n/a

Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
Réglementations nationales	Pour les conditions d'octroi de licences, de qualification et de procédures de qualification	n/a	n/a
Subventions	<p>(1) Le champ d'application des subventions est étendu aux domaines des services et des investissements ;</p> <p>(2) Obligations de transparence : l'objet, la base juridique, la forme, le montant et l'objectif de la subvention doivent être annoncés avant la fin de chaque année.</p>	n/a	n/a
Nouveaux services financiers	<p>(1) Pour la mise en place de nouveaux services financiers, il n'est pas nécessaire d'adopter de nouvelles lois ou de modifier les lois existantes.</p> <p>(2) Une partie peut déterminer la forme institutionnelle et juridique sous laquelle le service peut être fourni et</p>	<p>(4) Pour la mise en place de nouveaux services financiers, il n'est pas nécessaire d'adopter de nouvelles lois ou de modifier les lois existantes.</p> <p>(5) Si la demande est approuvée, la fourniture de ces nouveaux services financiers doit être conforme aux licences, formes institutionnelles ou</p>	n/a



Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
	<p>exiger une autorisation pour la fourniture du service ;</p> <p>(3) Une partie peut imposer une obligation non discriminatoire en menant un projet pilote avant d'autoriser la fourniture d'un nouveau service financier</p>	juridiques et autres exigences liées au pays hôte.	
Indemnisation des pertes	n/a	Une compensation sera accordée pour la perte d'investissement sur son territoire en raison d'un conflit armé, d'une guerre civile ou d'une situation d'urgence nationale.	Si l'autre partie subit des pertes dues à la guerre ou à d'autres conflits armés, révolutions, urgences nationales, rébellions, soulèvements ou émeutes sur le territoire de l'autre partie, celle-ci assurera la restitution, l'indemnisation, et d'autres mesures de règlement.
Subrogation	n/a	Favorise le droit de la subrogation	Favorise le droit de la subrogation
Expropriation	n/a	Les parties contractantes ne doivent pas exproprier ou nationaliser les investissements couverts	Les parties contractantes ne doivent pas exproprier ou nationaliser les investissements

Traité	CAI	RCEP	ASEAN-CHINA
Développement durable	<p>Comprend principalement deux volets : l'investissement et l'environnement ; l'investissement et la main d'œuvre.</p> <p>Le niveau de la protection (1) promettre de fournir un niveau élevé de protection ; (2) indiquer clairement qu'il n'est pas autorisé à réduire le niveau de protection, à affaiblir les lois ou règlements ou d'autres mesures pour attirer les investissements ; (3) l'application des lois sur l'environnement et le droit du travail ne doit pas constituer des restrictions à l'investissement ou une discrimination déguisée.</p>	n/a	n/a
Règlement des différends	RDIE n/a	RDIE n/a	Conclut RDIE, couvrant les différends en cause : traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, traitement juste et équitable, l'expropriation, l'indemnisation des pertes, le transfert.

---

# TABLE DES MATIERES

---

<b>Introduction générale.....</b>	<b>11</b>
<b>Partie I L'investissement favorisé par le droit chinois.....</b>	<b>43</b>
<b>Titre I Le cadre politique du développement de l'investissement.....</b>	<b>47</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE DÉVELOPPEMENT DES INVESTISSEMENTS CHINOIS PERMIS PAR LA RÉFORME DES ENTREPRISES PUBLIQUES.....</b>	<b>49</b>
SECTION 1 : UNE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE INDIFFÉRENTE À SON MODE DE GESTION AVANT 2003 .....	51
§1. LE CRITÈRE DE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE.....	52
§2. LES MODES DE DIRECTION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE.....	55
A) LE DIRIGEANT D'ENTREPRISE PUBLIQUE .....	56
B) LE SYSTÈME DE GESTION DES ACTIFS APPARTENANT À L'ÉTAT .....	61
1). Les fonctions réglementaires.....	61
2). L'élaboration du système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État ( <i>State-Owned Capital Authorized Operation System</i> ).....	67
SECTION 2 : UNE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE REPOSANT SUR SON MODE DE SUPERVISION DEPUIS 2003 .....	69
§1. LA SUPERVISION PAR LA SASAC, CRITÈRE DE DÉFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE .....	69
§2. LES MODALITÉS DE SUPERVISION PAR LA SASAC .....	74
A) LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE CHINOISE À PARTIR DE 2003 .....	74
B) LA PRÉSENCE DU PARTI COMMUNISTE DANS L'ENTREPRISE PUBLIQUE.....	79
C) LE SYSTÈME DE GESTION DES ACTIFS APPARTENANT À L'ÉTAT À PARTIR DE 2003.....	80
1). Les fonctions réglementaires.....	80
2). L'application du système d'exploitation autorisé des actifs appartenant à l'État .....	82
<b>CHAPITRE 2 : LE DÉVELOPPEMENT DES INVESTISSEMENTS CHINOIS PERMIS PAR LA RÉFORME DU SYSTÈME BANCAIRE.....</b>	<b>85</b>
SECTION 1 : UNE LIBÉRALISATION DU SYSTÈME BANCAIRE POUR PROMOUVOIR L'INVESTISSEMENT À L'ÉTRANGER .....	86
§1. LE PROCESSUS D'OUVERTURE DU SYSTÈME BANCAIRE CHINOIS.....	87
A) 1978-1993 : LA RÉCOLTE DE FONDS EN DEVICES .....	87
B) 1994-2002 : LA GENÈSE DU SCHÉMA GÉNÉRAL D'OUVERTURE .....	90
C) 2003-2007 : LE DÉVELOPPEMENT RAPIDE DES ATOUTS.....	91
D) 2008-2017 : LA QUANTITÉ ET LA TAILLE AUGMENTENT, LA PROPORTION DIMINUE .....	93
E) 2018-AUJOURD'HUI : LA NOUVELLE POLITIQUE, LA NOUVELLE OUVERTURE.....	96
§2. LE CHANGEMENT DU SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION.....	97

SECTION 2 : UNE LOGIQUE BANCAIRE AU SERVICE DE LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS .....	99
§1. LA FONCTION POLITIQUE DU SYSTÈME BANCAIRE INTERNE .....	100
A) LA BANQUE DE DÉVELOPPEMENT DE CHINE (BDC) .....	100
B) LA BANQUE D'EXPORTATION ET D'IMPORTATION DE CHINE (BEIC).....	107
§2. LE SYSTÈME FINANCIER MULTILATÉRAL DE DÉVELOPPEMENT.....	108
A) LA BANQUE ASIATIQUE D'INVESTISSEMENT POUR LES INFRASTRUCTURES (BAII).....	110
B) LA BANQUE DE DÉVELOPPEMENT BRICS (NOUVELLE BANQUE DE DÉVELOPPEMENT (NBD)) .....	112
C) LE FONDS DE LA ROUTE DE LA SOIE (FRS) .....	115
D) LES INSTITUTIONS FINANCIÈRES DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION DE SHANGHAI (OCS).....	116
<b>Titre II Le cadre juridique du développement de l'investissement.....</b>	<b>121</b>
<b>CHAPITRE 1 : L'ÉVOLUTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN CHINE.....</b>	<b>123</b>
SECTION 1 : LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN CHINE : BILAN DES ÉVOLUTIONS PASSÉES.....	125
§1. DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS CONTRAINTS : 1984-1978.....	126
§2. DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ACCUEILLIS : 1979-2000 .....	127
§3. APRÈS L'ADHÉSION À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE : 2002-2012 .....	130
SECTION 2 : LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN CHINE : ÉTAT DES LIEUX CONTEMPORAIN.....	132
§1. L'ANNONCE D'UN MODÈLE DE LA LISTE NÉGATIVE : 2013-2018 .....	133
§2. LA NAISSANCE DE LA LOI SUR L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER : 2019-AUJOURD'HUI.....	137
<b>CHAPITRE 2 : L'ÉVOLUTION DES INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER .....</b>	<b>145</b>
SECTION 1 : LES INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER : BILAN DES ÉVOLUTIONS PASSÉES...	145
§1. AVANT L'ADHÉSION À L'OMC, LES TENTATIVES D'INVESTISSEMENTS À L'ÉTRANGER PAR LES CHINOIS : 1991-2001.....	145
§2. DEPUIS L'ADHÉSION À L'OMC, UNE STRATÉGIE DE MONDIALISATION DES INVESTISSEMENTS CHINOIS : 2002-2008.....	147
§3. DE NOUVELLES OPPORTUNITÉS D'INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER : 2009-2012	149
SECTION 2 : LES INVESTISSEMENTS CHINOIS À L'ÉTRANGER : ÉTAT DES LIEUX DU DROIT CONTEMPORAIN .....	153
§1. LES OPPORTUNITÉS ET LES DÉFIS DE L'INVESTISSEMENT CHINOIS : 2013-2016.....	153
§2. LA RÉGLEMENTATION DE L'INVESTISSEMENT CHINOIS PAR LE GOUVERNEMENT : 2017-AUJOURD'HUI.....	155
<b>Partie II.....</b>	<b>167</b>
<b><i>L'investissement étranger encadré par les droits chinois, français, européen et international .....</i></b>	<b>167</b>

<b>Titre I Les contrôles des droits internes et de l'Union européenne .....</b>	<b>169</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE CONTRÔLE EN APPLICATION DU DROIT CHINOIS.....</b>	<b>171</b>
SECTION 1 : LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS RELEVANT DE LA SÉCURITÉ NATIONALE.....	171
§1. L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME D'EXAMEN DE LA SÉCURITÉ NATIONALE .....	172
A) LE SYSTÈME D'APPROBATION (1979-2002).....	172
B) LE SYSTÈME DE NOTIFICATION (2003-2013) .....	173
C) LE SYSTÈME DES LISTES NÉGATIVES (2013-AUJOURD'HUI) .....	174
D) LE SYSTÈME D'EXAMEN DE LA SÉCURITÉ DES DONNÉES (2021-AUJOURD'HUI) .....	174
§2. LE CHAMP D'APPLICATION ET LA PROCÉDURE DE L'EXAMEN .....	176
A) LE CHAMP D'APPLICATION .....	176
B) LA PROCÉDURE DE L'EXAMEN DE SÉCURITÉ NATIONALE.....	177
C) LA PROCÉDURE DE L'EXAMEN DE SÉCURITÉ DES DONNÉES.....	179
SECTION 2 : LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS FONDÉ SUR DES LISTES NÉGATIVES .....	180
§1. L'EXAMEN FONDÉ SUR LE CONTRÔLE DES LISTES NÉGATIVES .....	180
§2. LE CHAMP D'APPLICATION .....	180
§3. LA PROCÉDURE .....	181
A) LA PROCÉDURE D'APPROBATION .....	181
B) LA PROCÉDURE D'ENREGISTREMENT .....	181
SECTION 3 : LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EN DROIT CHINOIS.....	183
§1. LE CHAMP D'APPLICATION .....	185
A) LES CRITÈRES DE NOTIFICATION.....	185
B) LE CRITÈRE DE CONTRÔLE .....	189
C) LES CRITÈRES DE FOND POUR L'EXAMEN DE LA CONCENTRATION.....	191
1). Les critères généraux .....	192
2). Les critères économiques .....	192
§2. LA PROCÉDURE D'EXAMEN.....	195
A) LA PRÉ-NOTIFICATION .....	195
B) LA NOTIFICATION.....	196
C) L'EXAMEN DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS.....	197
1). L'application d'une procédure simplifiée.....	198
2). L'application d'une procédure standard .....	199
D) LA DÉCISION AU TERME DE L'EXAMEN` .....	200
1). L'autorisation .....	200
2). L'autorisation sous conditions .....	200
3). L'interdiction.....	201

4). La sanction.....	202
<b>CHAPITRE 2 : LE CONTRÔLE EN APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT DE L'UNION</b>	
<b>EUROPÉENNE .....</b>	<b>207</b>
SECTION 1 : LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN FRANCE .....	207
§1. LE DOMAINE D'APPLICATION DU CONTRÔLE.....	209
A) LES COMPÉTENCES DU MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE.....	210
B) L'ÉVOLUTION D'UN RÉGIME RÉGLEMENTAIRE POUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS.....	213
§2. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'EXAMEN DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS .....	216
§3. LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE .....	220
A) EN DROIT INTERNE.....	223
B) AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE .....	223
SECTION 2 : LE MÉCANISME EUROPÉEN DE FILTRAGE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS	
.....	226
§1. L'ORIGINE DU CONTRÔLE.....	226
§2. LE RÉGIME DU CONTRÔLE.....	229
A) LE CHAMP D'APPLICATION DE LA SÉCURITÉ NATIONALE .....	229
1). La notion de sécurité nationale .....	229
2). Le domaine du contrôle.....	230
B) LA PROCÉDURE DE SÉCURITÉ NATIONALE .....	232
1). Les obligations d'échange d'informations et de notification .....	232
2). Les procédures de mise en œuvre de l'examen .....	232
3). Le mécanisme de coopération .....	233
a. Pour les États membres qui disposent d'un mécanisme d'examen des investissements étrangers.....	233
b. Pour les États membres qui ne disposent pas d'un mécanisme d'examen des investissements étrangers .....	234
4). L'obligation de rapport annuel.....	235
§3. UNE INFLUENCE LIMITÉE.....	236
A) LE RESPECT DE PRINCIPES EUROPÉENS GÉNÉRAUX.....	236
B) UNE EFFICACITÉ LIMITÉE DU CONTRÔLE AU NIVEAU EUROPÉEN.....	237
SECTION 3 : LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS EN FRANCE ET EN EUROPE.....	239
§1. LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS .....	240
A) LES OPÉRATIONS CONCERNÉES QUANT À LEUR NATURE.....	240
1). Les fusions et acquisitions .....	243
2). Le contrôle conjoint.....	244
a. La création d'une entreprise commune.....	244
b. Le transfert de contrôle .....	245

B) LES OPÉRATIONS CONCERNÉES QUANT À LEUR TAILLE .....	248
1). La définition de l'entreprise concernée .....	249
2). Le calcul du chiffre d'affaires .....	250
3). Le cas particulier des entreprises publiques .....	252
§2. LA PROCÉDURE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS.....	256
A) EN DROIT INTERNE .....	256
1). La phase I : le premier examen en 25 jours .....	256
2). La phase II : l'examen approfondi en 65 jours .....	259
B) EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE .....	261
1). La phase I : le premier examen en 25 jours .....	261
2). La phase II : l'examen approfondi en 90 ou 105 jours .....	264
C) LE MÉCANISME DE L'ARTICULATION ENTRE AUTORITÉS NATIONALE ET EUROPÉENNE ....	264
1). Le renvoi d'une opération de concentration nationale à la Commission .....	265
2). Le renvoi d'une opération de concentration européenne à un État membre.....	265
§3. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS SUR LES MARCHÉS NUMÉRIQUES AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE.....	266
A) LE RÈGLEMENT SUR LES MARCHÉS NUMÉRIQUES ET LES CONCENTRATIONS .....	266
B) LE CONTRÔLEUR D'ACCÈS .....	268
C) LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE .....	269

## **Titre II LES CONTRÔLES EN APPLICATION DES RÈGLES CONVENTIONNELLES INTERNATIONALES**

.....**273**

### **CHAPITRE 1 : LES RÈGLES CONVENTIONNELLES APPLICABLES .....** 277

SECTION 1 : LE DROIT DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ISSU DU TRAITÉ BILATÉRAL SIGNÉ PAR LA  
CHINE ET L'UNION EUROPÉENNE..... 279

§1. UN TRAITÉ FRUIT DE L'ÉVOLUTION DU DROIT CHINOIS DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS  
..... 279

A) LA PREMIÈRE GÉNÉRATION DE TBI : 1982-1998 (LE MODÈLE RESTREINT..... 280

    1). 1982-1993 : l'absence de clause de traitement national..... 280

    2). 1993-1998 : le traitement national restreint .....
 281 |

B) LA DEUXIÈME GÉNÉRATION DE TBI :1998-ACTUELLEMENT .....
 283 |

C) LA TROISIÈME GÉNÉRATION .....
 286 |

1). Sans liste négative : 2007- actuellement .....
 286 |

2). Avec liste négative : 2013-actuellement.....
 291 |

§2. LE CONTENU DE L'ACCORD GLOBAL SUR LES INVESTISSEMENTS ENTRE LA CHINE ET L'UNION  
EUROPÉENNE.....

 292 |

A) L'ACCÈS AU MARCHÉ.....

 294 |

B) LA LIBÉRALISATION DE L'INVESTISSEMENT .....

 296 |

439

C) LA COMPÉTITION ÉQUITABLE .....	299
D) LE CADRE RÉGLEMENTAIRE ET SERVICE FINANCIER .....	309
E) LE DÉVELOPPEMENT DURABLE .....	313
F) LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.....	315
SECTION 2 : LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT DANS LES TRAITÉS MULTILATÉRAUX	
.....	316
§1. L'ACCORD CHINE-ASEAN SUR L'INVESTISSEMENT .....	318
A) L'ASSOCIATION DES NATIONS DE L'ASIE DU SUD-EST (ASEAN) .....	318
B) LE CONTENU DE L'ACCORD CHINE-ASEAN .....	324
1). L'accès au marché .....	326
2). Le traitement des investissements.....	328
§2. L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE PARTENARIAT ÉCONOMIQUE RÉGIONAL GLOBAL (RCEP) ...	339
A) L'ACCÈS AU MARCHÉ .....	340
B) LA LIBERTÉ D'INVESTISSEMENT.....	340
C) LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS .....	341
<b>CHAPITRE 2 : LES MODES DE RÈGLEMENT DES LITIGES .....</b>	<b>345</b>
SECTION 1 : LA MÉDIATION .....	347
§1. LES DEUX SOLUTIONS ESSENTIELLES.....	348
A) LE RÈGLEMENT DE MÉDIATION CIRDI ENTRE LES INVESTISSEURS ÉTRANGERS ET L'ÉTAT	348
B) LA CONVENTION DE SINGAPOUR SUR LA MÉDIATION : POUR TOUS LES ACTEURS DU	
COMMERCE INTERNATIONAL.....	351
§2. LA PRATIQUE D'UN GUICHET UNIQUE POUR LA MÉDIATION, L'ARBITRAGE ET LE	
CONTENTIEUX EN CHINE.....	356
A) LES DIFFÉRENTES FORMES DE MÉDIATION.....	357
1). La médiation en tant que procédure autonome .....	358
2). Un modèle combiné de médiation et d'arbitrage .....	361
3). Un modèle combiné de médiation et de contentieux.....	363
B) LE RECOURS AU GUICHET UNIQUE .....	363
1). Le Tribunal de commerce international de Chine .....	363
a. La compétence.....	363
b. Le recours à un personnel qualifié.....	366
2). La procédure du guichet unique.....	367
3). La reconnaissance et l'exécution des jugements .....	368
SECTION 2 : L'ARBITRAGE .....	369
§1. LA RÉFORME DE L'ARBITRAGE À TRAVERS LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	
ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS.....	370
A) LA CRÉATION D'UN TRIBUNAL MULTILATÉRAL PERMANENT DES INVESTISSEMENTS .....	370



B) LA CRÉATION D'UN TRIBUNAL D'APPEL MULTILATÉRAL DES INVESTISSEMENTS .....	377
§2. LA PRATIQUE DE L'ARBITRAGE EN CHINE : LA COMMISSION CHINOISE D'ARBITRAGE ÉCONOMIQUE ET DU COMMERCE INTERNATIONAL (CIETAC) .....	378
A) LES RÈGLES D'ARBITRAGE DE LA CIETAC .....	379
1). Les avantages de la CIETAC .....	380
2). La révision récente des règles de l'arbitrage commercial international.....	381
B) LE RÈGLEMENT D'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL DE LA CIETAC.....	383
<b><i>Conclusion générale</i> .....</b>	<b>389</b>
<b><i>Index alphabétique</i> .....</b>	<b>395</b>
<b><i>Bibliographie</i>.....</b>	<b>397</b>
<b><i>annexe 1 CHINE</i>.....</b>	<b>419</b>
<b><i>annexe 2 UE</i> .....</b>	<b>423</b>
<b><i>annexe 3 cai rcep asean</i> .....</b>	<b>427</b>
<b><i>Table des matières</i> .....</b>	<b>435</b>

## **Résumé :**

En tant que destination privilégiée pour les capitaux étrangers, la Chine s'est appliquée à améliorer les conditions d'investissement sur son territoire. En parallèle et grâce à une politique de soutien, la Chine est passée d'un pays importateur net de capitaux étrangers à un pays exportateur de capitaux. Dans le contexte de géopolitique où le protectionnisme et le nationalisme menacent la mondialisation, le contrôle des investissements étrangers relatif à la sécurité nationale est un enjeu majeur tant pour la Chine que pour l'Union européenne et la France. Le juste équilibre entre ouverture aux investissements étrangers et contrôle plus strict de ces derniers semble difficile à atteindre. Néanmoins, le principe des contrôles est acquis malgré l'évolution constante de leurs régimes. Finalement, il existe deux modèles de droit de l'investissement.

En Chine, il existe un véritable droit de l'investissement étranger. Un droit européen de l'investissement étranger émerge depuis quelques années dans l'Union européenne en réaction aux investissements étrangers, en particulier chinois. En France, ce droit est éparpillé entre plusieurs codes et plusieurs textes. Ainsi, les systèmes chinois et européens ont une méthode différente en matière de droit des investissements étrangers.

**Mots-clés :** Entreprise publique chinoise – Investissement étranger – Liste négative – Contrôle – Sécurité nationale – Concentrations – Médiation – Arbitrage – Libre-échange multilatéral – ACI Chine-UE – Chine-ASEAN – RCEP

---

## **Abstract:**

As a prime destination for foreign capital, China has endeavoured to improve investment conditions on its national soil. Concurrently, supportive policies have enabled China to transition from a net importer of foreign capital to a net exporter. In a geopolitical landscape where protectionism and nationalism jeopardise globalisation, foreign investment screening in relation to national security is a major policy issue for China, the European Union and France equally. Achieving the right balance between foreign investment volume and robust screening seems elusive. Nonetheless, the principle of screening is well established despite the constant evolution in practices. Ultimately, there are two modes of investment law.

China has a comprehensive body of law for foreign investment. A comparable European legal framework has emerged in recent years in the European Union in response to increasing foreign investment, from China especially. In France, such laws are scattered across several legal codes and texts. Thus, the Chinese and French systems each approach the law of foreign investment in a different way.

**Key words:** Chinese state-owned enterprise – Foreign investment – Negative list – Control – National security – Concentration – Mediation – Arbitration – Multilateral free trade – CAI China-EU– China-ASEAN – RCEP