

## La lettre d'AED n°4 - Juillet 2007

« Réformes du droit économique et développement en Asie : enseignements de la Chine, de l'Indonésie et de la Thaïlande »  
Juillet 2007 : Publication du deuxième ouvrage d'AED

### Sommaire de l'ouvrage

#### PREMIÈRE PARTIE

##### **Faire des affaires en Chine et en Indonésie**

Judith GIBSON (Dir.)

- *Doing Business - L'environnement économique en Chine, Indonésie et Thaïlande*, par Timothy Fisher et Mark Melatos
- *Faire des affaires en Indonésie : Contraintes juridiques et bureaucratiques*, par Ross McLeod
- *Faire des affaires en Indonésie : exécution des contrats par les tribunaux ordinaires et création d'un tribunal de commerce spécialisé dans la propriété intellectuelle et les faillites*, par Christoph Antons
- *Les rapports Doing Business de la Banque Mondiale - Réglementations et réforme en Chine et en Australie : les cas de la création d'entreprise et de l'exécution des contrats*, par Vivienne Bath
- *Application des recommandations des rapports Doing Business de la Banque Mondiale au droit de la faillite en Chine*, par Mary Ip
- *Annexe : Étude du développement juridique et économique en Thaïlande*, par Jakkrit Kuanpoth

#### DEUXIÈME PARTIE

##### **Réforme juridique et développement des transactions : le cas du droit de la propriété immobilière en Chine**

Bertrand du MARAIS, Conseiller d'Etat (Dir.)

- *Présentation générale du droit chinois : tradition et diversité*
- *La transaction immobilière*
- *Les enjeux théoriques et opérationnels de l'analyse économique de l'enregistrement de la propriété immobilière*
- *Chapitre additionnel : la nouvelle loi sur les droits réels en Chine du 16 mars 2007*

### **Comment élaborer des réformes juridiques « soutenables » ?**

La réforme du cadre juridique s'est imposée depuis une quinzaine d'années comme un élément central des politiques d'aide au développement. Cette évolution a été le fruit de deux facteurs concomitants : le relatif constat d'échec des stratégies antérieures de politique d'aide au développement et un renouveau de la pensée économique sur le lien entre droit et croissance économique.

Sur ce dernier point, il faut insister sur l'influence majeure exercée par l'économiste péruvien Hernando de Soto<sup>1</sup>. Il établit un lien de corrélation entre d'une part, la lourdeur du droit et des procédures applicables aux entreprises et d'autre part le développement de l'économie informelle. En identifiant ensuite le coût économique de celle-ci H. de Soto désignait un sentier vertueux pour les politiques de développement. La création d'instruments juridiques favorables aux transactions devait limiter le recours des agents économiques au secteur informel. Il reste (ce qui n'est pas une mince affaire) cependant à définir la nature de ces instruments juridiques aptes à inciter les agents économiques à développer leurs transactions dans le secteur formel.

La réforme des institutions et du droit, tout particulièrement du droit des affaires, est ainsi devenue au tournant des années 2000, un ingrédient requis de la « bonne gouvernance », et donc de toute politique d'aide au développement moderne.

A l'expérience, les politiques de « formalisation » des droits de propriété et les projets de réformes juridiques parfois ambitieux menées par les agences de développement, y compris à l'instigation de H. de Soto se sont heurtées aux défis considérables posés par l'identification et la rédaction d'instruments juridiques de nature à dépasser les avantages de l'économie informelle.

Disposer d'une doctrine simple d'utilisation et permettant d'identifier les « bonnes pratiques » à mettre en oeuvre de façon universelle, présente donc un intérêt majeur. C'est dans ce contexte que sont intervenus les travaux menés sous l'égide de l'économiste A. Shleifer. Initialement consacrés à la sphère des marchés financiers (avec les travaux dits « Law and Finance »), ils ont été repris par les agences de développement, et notamment la Banque mondiale à partir de 2003, à travers ses rapports successifs *Doing Business*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> de Soto, Hernando, « *The Other Path* », New York, Harper & Row, 1989; en français : « L'autre sentier : la révolution informelle dans le tiers monde », Paris, La Découverte, 1994.

<sup>2</sup> IFC (World Bank Group), *Doing Business 2004*, Washington DC, 2003.

En premier lieu, ces travaux établissent un classement des différents systèmes juridiques. Ils fournissent une information à la fois facile à diffuser auprès des médias et à utiliser pour favoriser les réformes juridiques, en vertu d'un principe simple et apparemment réaliste : « what gets measured gets done »<sup>3</sup>.

En second lieu, et notamment avec leur utilisation pour classer les systèmes juridiques suivant leur efficacité à favoriser la croissance économique<sup>4</sup>, ces travaux théoriques induisent l'existence, sinon d'un modèle géographiquement identifiable, au moins de bonnes pratiques à suivre universellement<sup>5</sup>. De l'identification à la duplication, il y a une distance que beaucoup seraient tentés de franchir.

Or, ces travaux ont fait l'objet de nombreuses critiques théoriques malgré les changements d'approche et de méthodologie opérés au cours de ces quatre dernières années, semble-t-il en réaction aux critiques dont elle a fait l'objet. L'observation des résultats des réformes juridiques, montre également les limites de cette approche.

Après le premier ouvrage du programme « Attractivité économique du Droit » consacré « Aux limites méthodologiques des rapports Doing Business »<sup>6</sup>, le présent ouvrage confirme les interrogations que l'on peut avoir sur cette démarche de « benchmarking » et de réforme juridique inspirée par des modèles extérieurs. Il aborde principalement cette fois-ci le cas de pays en développement, situés en Asie : Chine, Indonésie, Thaïlande, mais aussi Australie.

En effet, l'une des originalités de la première partie de l'ouvrage est d'avoir été réalisée sous la direction de Mme Judith Gibson, juge à la Cour de district de Nouvelle Galles du Sud (Australie), par des chercheurs – économistes et juristes - établis dans un pays de Common Law. Il faut souligner que la critique de la démarche induite par les rapports *Doing Business transcende, en réalité, l'opposition entre systèmes juridiques, entre les traditions de droit codifié et de Common law*<sup>7</sup>.

En particulier, le contraste entre les performances économiques de certains pays qui suivent pour leurs réformes juridiques une démarche inspirée des travaux de la Banque mondiale et celles d'un pays – la Chine - qui poursuit une stratégie de réforme résolument spécifique, montre que le lien entre cadre juridique et développement économique n'est pas univoque.

C'est l'enseignement que l'on peut tirer de la seconde partie de l'ouvrage qui aborde plus spécifiquement le droit de la propriété immobilière en Chine.

Au moins en Chine comme peut-être en leur temps le Japon ou la Corée, l'évolution du droit accompagne, voire suit, le développement économique. Ces pays se sont développés sans véritablement adopter - comme préalable - les instruments juridiques qui président à la croissance économique du monde occidental.

Il semble plutôt que c'est à partir d'un certain niveau de croissance économique, atteint dans un cadre juridique que l'on pourrait qualifier de « vernaculaire », que les droits convergent peu à peu, et encore dans la mesure seulement où de fortes spécificités nationales ne sont pas gommées et qui peuvent être sources d'efficacité économique. Au sujet de la loi chinoise, qui maintient la propriété étatique du sol, les deux pères de l'économie du droit semblent d'ailleurs le reconnaître implicitement et non sans réticence<sup>8</sup>.

Tout l'enjeu du droit pour le développement n'est pas tant d'identifier la « taille unique » vers laquelle tendre pour atteindre rapidement un niveau élevé de développement économique. Plutôt, il nous semble qu'il s'agit d'identifier comment les cultures juridiques peuvent dialoguer pour que les réformes juridiques menées dans les pays en développement soient « soutenables », c'est-à-dire soient compréhensibles par les opérateurs et investisseurs des pays développés et permettent un développement économique sans tensions majeures dans les pays en développement. Du point de vue opératoire, c'est tout l'enjeu de l'acceptation d'un certain niveau de diversité juridique, thème que le programme AED entend continuer à explorer par ses travaux.

Tout l'enjeu du droit pour le développement n'est pas tant d'identifier la « taille unique » vers laquelle tendre pour atteindre rapidement un niveau élevé de développement économique. Il s'agit plutôt d'identifier comment les cultures juridiques peuvent dialoguer pour que les réformes juridiques menées dans les pays en développement soient « soutenables », c'est-à-dire soient compréhensibles par les opérateurs et investisseurs des pays développés mais permettent également un développement économique sans tensions majeures dans les pays en développement. Du point de vue opératoire, c'est tout l'enjeu de l'acceptation par la communauté des investisseurs, d'un certain niveau de diversité juridique, thème que le programme AED a entendu explorer sous ma direction.

Bertrand du MARAIS

<sup>3</sup> IFC (World Bank Group), *Doing Business 2007: how to reform*, Washington DC., 2006, p. 3 (« Ce qui se mesure est fait »).

<sup>4</sup> Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, « Legal Origins », *Quarterly Journal of Economics*, 117, 2002, p. 1193s.;

S. Djankov, E. Glaeser., R. La Porta., F. Lopez-de-Silanes et A. Shleifer, « The new comparative economics », *Journal of Comparative Economics*, n° 31, 2003, p. 595 – 610.

<sup>5</sup> « One size can fit all » : ce jugement émis par le premier rapport Doing Business 2004 (*op cité*, p. XVI) n'a jamais été démenti depuis. Bien au contraire : la « qualité » des réformes est évaluée à partir de la même méthodologie et donc de la même référence implicite. En revanche, les rapports ont abandonné toute allusion à l'appartenance aux traditions juridiques depuis le deuxième rapport pour 2005.

<sup>6</sup> B. du Marais (dir.), D. Blanchet, A. Dorbec *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Etudes du programme de recherches sur l' Attractivité économique du Droit, Paris, La Documentation Française, (Coll. Perspectives sur la justice), 2006, 153 p.

<sup>7</sup> Voir par exemple : M. Roe, « Legal Origins and Modern Stock Markets », *Harvard Law School Law & Economics Research Paper 563*, 2006.

<sup>8</sup> G. Becker, « Private Property and Socialism: A Contradiction? »; R. Posner, « Private Property in China--Posner's Comment », *The Becker-Posner Blog*, March 26, 2007.

<http://www.becker-posner-blog.com/archives/2007/03/> – visité le 18/05/07.

## Présentation de l'ouvrage

### I - FAIRE DES AFFAIRES EN CHINE ET EN INDONÉSIE

**La première partie** regroupe les contributions de juristes et d'économistes australiens. Ils identifient plusieurs limites de la méthodologie *Doing Business* et montrent combien il est difficile de caractériser, *ex ante* et de l'extérieur, la « qualité » des instruments juridiques de ces trois pays – voire également de l'Australie – sans prendre en compte leurs cultures juridique et institutionnelle.

Dans « *Doing Business - L'environnement économique en Chine, Indonésie et Thaïlande* », **Timothy C.G. Fisher** et **Mark Melatos** remettent en cause les bases théoriques de la méthode employée dans les rapports de la Banque Mondiale. Par exemple, l'indicateur général de « facilité à faire des affaires » confère aux réglementations administratives et comportementales une importance égale et n'appréhende pas les différents coûts et avantages économiques inhérents à chaque type de réglementation. Le rapport réel entre degré de réglementation et performance économique semble donc discutable. La pertinence du concept « *one size can fit all* » est également mise en question, l'hypothèse de Shleifer sur la réglementation pour l'intérêt public normal ne se vérifiant pas de façon systématique, notamment en Chine.

Dans son étude « *Faire des affaires en Indonésie : contraintes juridiques et bureaucratiques* », **Ross H. McLeod** montre d'autres limites de la méthodologie *Doing Business* et présente une critique du courant *Legal origins*. S'il reconnaît un certain mérite au travail de *Doing Business*, il propose de façon concrète, à partir du cas indonésien, la suppression de certains sous-indices (*protection des investisseurs, obtention du crédit*) et composants, et l'intégration de nouvelles données prenant notamment en compte le niveau des infrastructures, la fiabilité des services de base, les phénomènes de corruption, etc. Ross H. McLeod explique les difficultés qu'a l'Indonésie à retrouver les taux de croissance économique qui la caractérisaient sous le régime de Soeharto, par l'effondrement du système de clientélisme instauré par l'ancien président (comparable à une « Franchise ») qui garantissait malgré tout une croissance élevée.

**Christoph Antons** – « *Faire des affaires en Indonésie : interprétation des contrats par les tribunaux ordinaires et création d'un tribunal de commerce spécialisé dans la propriété intellectuelle et les faillites* »

L'auteur s'attache à l'analyse du droit des affaires indonésien depuis la fin du régime Soeharto jusqu'à la fin des années 90. Il étudie les raisons pour lesquelles l'Indonésie n'accorde qu'une faible importance aux droits privé et commercial et aux règles de procédures qui les accompagnent, tout en rappelant les raisons pour lesquelles le droit des contrats continue d'exister en dépit d'un environnement peu favorable à la pérennité des entreprises. Après une analyse des effets de la crise asiatique, l'auteur se penche sur les efforts récents de réforme concrétisés notamment par la création d'un Tribunal de Commerce, dont il tente de faire une première évaluation. Il conclut en commentant la théorie des *legal origins* développée dans le Rapport *Doing Business* 2004, ainsi que les rapports entre la réglementation du droit des affaires, l'efficacité

économique, les politiques de développement et les investissements étrangers.

Dans « *Rapports Doing Business de la Banque Mondiale – Réglementations et réforme en Chine et en Australie* », **Vivienne Bath** analyse les données et la méthodologie utilisés pour calculer le sous-indicateur *création d'entreprises* et à un moindre degré, le sous-indicateur *exécution des contrats*, en Australie et en République Populaire de Chine. Elle détermine en quoi la compilation de données quantitatives concernant des activités économiques définies ne peut donner d'indication précise sur les modalités juridiques de la vie des affaires. Ces rapports ne permettent pas d'identifier clairement les problèmes relatifs aux opérations commerciales, ils tendent à négliger des problèmes fondamentaux (corruption, mauvaise gouvernance, inefficacité des systèmes d'appel judiciaires et administratifs...). Les informations fournies par les indicateurs ne permettent pas de faire une évaluation comparée générale de la « facilité à faire des affaires » dans un environnement juridique particulier et donc d'établir de comparaison valide entre pays de droit civil et pays de Common Law.

**Mary Ip** – *Application des recommandations des rapports Doing Business de la Banque Mondiale au droit de la faillite en Chine*

Bien que les rapports *Doing Business* apportent des informations utiles aux pays qui envisagent de restructurer leur régime de faillite, M. Ip remet en cause la pertinence de l'approche unique envisagée dans les rapports et particulièrement l'utilisation d'un cas type universel. De plus, les rapports ont produit, sur la base des données récoltées, un certain nombre de recommandations générales destinées à tous les pays. Même si elles peuvent s'avérer intéressantes dans certains cas, elles n'en demeurent pas moins inapplicables dans d'autres du fait de contextes différents. Pour exemple, en Chine, la réforme juridique est basée sur l'approche « *yang wei zhong yon* » qui consiste à s'inspirer des législations occidentales tout en les adaptant aux réalités complexes du pays.

Dans une annexe, **Jakkrit Kuanpoth** analyse les différentes traditions juridiques qui sont à l'origine du droit des affaires en Thaïlande et décrit le cadre juridique thaïlandais relatif aux investissements étrangers et à la Propriété Intellectuelle.

### II - RÉFORME JURIDIQUE ET DÉVELOPPEMENT DES TRANSACTIONS : LE CAS DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE EN CHINE

**La seconde partie de l'ouvrage** se concentre sur le droit de la propriété immobilière en Chine, en pleine mutation, avec notamment l'instauration d'un droit notarial et la récente loi du 16 mars 2007 sur les droits réels en Chine. Cette partie reprend l'analyse d'un groupe de travail pluridisciplinaire composé d'universitaires, de praticiens et de responsables administratifs, réunis par le programme « Attractivité économique du Droit ».

Cette partie souligne tout d'abord l'importance de prendre en compte la dimension culturelle et le fonctionnement des institutions pour analyser les évolutions récentes du droit chinois.

L'ouvrage souligne également l'importance des transactions sur les biens immobiliers, compte tenu de leur effet sur la croissance économique. Ces biens influent notamment sur le comportement d'épargne mais aussi constituent un moyen de garantir les opérations de financement. Disposer d'un système efficace et sûr d'enregistrement de ces transactions est donc un facteur déterminant pour le développement.

### **Le programme de recherches sur « l'Attractivité économique du Droit »**

Le programme international de recherches sur « l'Attractivité économique du Droit » a été lancé afin de :

- démontrer l'efficacité de certains instruments juridiques inspirés du droit écrit, et notamment de la tradition juridique française, en évaluant de façon comparative leurs effets au regard du développement économique et sans en masquer les éventuelles faiblesses ;
- démontrer que la diversité des instruments juridiques utilisables par les milieux économiques est, en elle-même porteuse d'efficacité car facteur de sécurité juridique, voire qu'elle est plus favorable aux transactions économiques qu'une standardisation hâtive. Celle-ci produit certains effets collatéraux défavorables aux investisseurs internationaux que le programme mettra en évidence.

Ce programme mène des recherches en analyse comparée des relations entre Droit et Économie.

A l'instar des Think Tank américains, il est soutenu financièrement par un consortium de partenaires publics et privés : les ministères français de la Justice, de l'Économie et de Finances, des Affaires étrangères ; l'Organisation internationale de la francophonie ; la grande majorité des professions juridiques françaises (notaires, avocats, huissiers de Justice, administrateurs judiciaires), la Caisse des Dépôts et Consignations ; la Banque de France, la Fondation pour le droit continental et le GIP « Mission de recherche Droit et Justice » qui assure la gestion financière et comptable du programme.

Ce programme est supervisé par un Conseil scientifique réunissant 30 personnalités (scientifiques et praticiens de renommée internationale, juristes ou économistes), présidé par Jean du Bois de Gaudusson, Professeur de Droit Public à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, Directeur du GDR-CNRS « droit comparé ».

Le programme opère depuis l'Université de Paris X Nanterre.

Au 1er juillet 2007, il représentait:

- 10 équipes internationales, pluridisciplinaires, composées de juristes et d'économistes, universitaires associés à des praticiens, travaillant en parallèle ;
- Un réseau d'environ une centaine d'universitaires et de praticiens, économistes et juristes, en France et à l'étranger.

Or, justement, et contrairement aux préceptes des institutions internationales, le droit chinois est en train d'adopter un régime proche du droit notarial que l'on connaît dans les pays de droit civil ou de droit romain germanique.

Cette partie décrit ce cadre juridique. Compte tenu de la date des travaux, un chapitre additionnelle fait une des toutes premières présentations en langue française de la nouvelle loi du 16 mars 2007 sur les droits réels en Chine.

Enfin, en conclusion, l'ouvrage évalue, dans un jugement raisonnablement optimiste, cette évolution du droit, qui tend, de façon pragmatique, à résoudre les problèmes graduellement, sans adopter de modèle préconçu.



#### **Se procurer l'ouvrage**

**Librairie de la Documentation française**  
**29 Quai Voltaire**  
**75007 Paris**  
**Tél. : 01 40 15 71 10**

16 x 24 cm, 257 pages  
 29 € - réf : 5PJ05510  
 ISBN 978-11-006692-3

[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)

Attractivité Economique du Droit  
Coordinateur scientifique : Bertrand du MARAIS  
 Bureau 101 B & C - Bâtiment F  
 UFR SJAP - 200 Avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex  
Secrétariat de la coordination : Téléphone : 01 40 97 98 28 - Courriel : aed@u-paris10.fr  
 Des informations sont diffusées régulièrement sur le site: [www.gip-recherche-justice.fr/aed](http://www.gip-recherche-justice.fr/aed)