

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La nouvelle Loi sur les avocats et l'établissement du cabinet juridique étranger en Chine

Jie JIAO*

Résumé

Le présent article traite de la Loi sur les avocats de Chine, qui a pour but de former des juristes qualifiés, professionnels et indépendants. Cet article mentionne les conditions nécessaires à l'exercice de la profession d'avocat en Chine, en insistant sur l'importance de l'examen du Barreau National. Il traite aussi des droits et des responsabilités des avocats et pose les paramètres de base du système chinois d'aide juridique. Enfin, cet article insiste sur l'importance de la Loi sur les avocats comme outil qui permettra l'établissement de cabinets d'avocats étrangers en Chine et de cabinets d'avocats chinois à l'étranger.

Abstract

This article presents China's Lawyers Law which aims to produce a more highly qualified professional and independent legal force. It addresses requirements needed to become a lawyer in PRC, emphasizing the National Bar exam as the prime prerequisite to operate a law firm. It also analyses the rights and responsibilities of lawyers and lays down the basic parameters of the chinese legal aid system. Finally, it stresses the importance of the Lawyers Law as tool for establishing foreign law firms in China and Chinese law firms abroad.

* Professeur à l'Université de Sciences politiques et juridiques de Chine à Beijing et professeur invité à l'Université de Montréal.

Plan de l'article

Introduction	409
I. Le statut de l'avocat	409
II. Les préalables à la pratique d'avocat	410
III. Le cabinet juridique	411
IV. Droits et obligations de l'avocat	412
V. Les barreaux	413
VI. Aide juridique	413
VII. Responsabilité légale	414
VIII. L'établissement du cabinet juridique étranger en Chine et le cabinet chinois à l'étranger	415
Conclusion	417

Depuis 1978, la réforme d'ouverture de la Chine a connu un succès remarquable dans le domaine économique. Le travail concernant la législation a aussi connu un nouveau développement. Comme on le sait, la Chine restera ferme quant à la réforme d'ouverture et continuera la transformation du pays afin de le faire passer d'une économie planifiée à une économie de marché. Pour y parvenir, il est essentiel qu'une économie de marché possède des services légaux indépendants, professionnels et en nombre suffisant pour offrir un choix à la clientèle.

Par conséquent, la réforme économique a entraîné avec elle des changements radicaux de la profession juridique. Parmi eux, nous retrouvons la *Loi sur les avocats*, promulguée le 15 mars 1996 par l'ordre n° 67 du président de la République Populaire de Chine. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, cette loi dénote un progrès marquant : elle indique les volontés du gouvernement chinois de perfectionner son système législatif et de créer une structure juridique plus complète et efficace afin d'être conforme aux normes internationales en la matière.

La profession juridique s'est développée rapidement en Chine : il y a actuellement plus de 110 000 avocats travaillant dans plus de 8 300 cabinets, c'est-à-dire deux fois plus qu'il y a quatre ans. Parmi ceux-ci, plus de 4 000 détiennent une maîtrise ou un doctorat ou sont revenus de l'étranger. Ces dernières années, la sphère des services juridiques basés sur le procès a connu une expansion continue. Les avocats suivent attentivement le développement de l'économie de marché et, mis à part les procès, leurs affaires juridiques concernent le commerce, les investissements, le financement, les contrats à terme, les titres, la propriété intellectuelle et l'immobilier. Nous ferons ci-après une analyse de cette loi qui pourrait offrir aux avocats chinois la possibilité d'améliorer l'exercice de leur fonction sur une base légale. Nous présenterons la *Loi sur les avocats*, constituée de 53 articles, eux-mêmes regroupés en 8 chapitres, du point de vue de l'avocat chinois.

I. Le statut de l'avocat

Autrefois, tous les avocats chinois étaient des fonctionnaires du gouvernement, lequel régissait la pratique du droit. Les avo-

cats ne touchaient que leur salaire mensuel. Selon la *Réglementation provisoire sur les avocats*, appliquée depuis 1980, les avocats chinois avaient le statut de travailleurs légaux correspondant à celui de fonctionnaires d'État, contrairement aux avocats occidentaux. En réalité, ce statut restreignait la fonction et le rôle remplis par les avocats dans les affaires juridiques et commerciales. L'article 2 de la *Loi sur les avocats* définit maintenant les avocats comme des praticiens qui ont obtenu le certificat d'avocat pour pratiquer et offrir des services juridiques à la société. Ils peuvent être engagés par des particuliers, des sociétés ou d'autres organisations comme conseillers juridiques ou pour les défendre dans des procès civils, administratifs et criminels. Par conséquent, la plupart des avocats chinois qui ne possèdent plus le statut de fonctionnaire d'État sont comme des travailleurs libres. Pour cette raison, la profession place les avocats au rang des Chinois les plus riches.

II. Les préalables à la pratique d'avocat

Puisqu'ils étaient auparavant des fonctionnaires d'État, on peut imaginer que les conditions devant être remplies pour devenir avocat étaient plus ou moins rigoureuses, et ce, même si quelques critères professionnels existaient à cette époque-là. C'est pour cette raison que les avocats chinois ne sont pas assez qualifiés ni assez nombreux pour combler les besoins juridiques nés de la réforme économique de la Chine. Le chapitre 2 de la *Loi sur les avocats* stipule les conditions à remplir pour être avocat.

Les avocats praticiens doivent obtenir le certificat de qualification professionnelle et le permis d'exercer. (Art. 5)

Le système des examens officiels d'admission au barreau est appliqué par l'État. L'autorité administrative de la justice, sous l'autorité du Conseil des affaires d'État, confère le certificat de qualification professionnelle d'avocat à ceux qui ont réussi le cours d'enseignement universitaire ou supérieur en droit, ou l'équivalent dans une autre faculté, et qui ont réussi l'examen d'admission au barreau. (Art. 6)

Avant 1986, le certificat de qualification professionnelle d'avocat était octroyé par l'autorité administrative de la justice après la réussite d'un examen de qualification professionnelle. En 1986, le ministère de la Justice, dans le souci de se conformer

aux besoins de développement du secteur juridique, a transformé le système des examens officiels. La *Loi sur les avocats* confirme ce système à l'article 8 qui énonce que ceux qui soutiennent la constitution de la République Populaire de Chine et ceux qui remplissent les conditions suivantes peuvent obtenir le permis d'exercer :

- i) possession du certificat de qualification professionnelle d'avocat;
- ii) stage à temps complet d'un an dans un cabinet juridique;
- iii) preuve de bonne conduite.

Ces dispositions signifient que les avocats chinois peuvent agir, conformément à ces conditions, comme agents dans tous les procès et assister aux séances de médiation ou d'arbitrage au nom de leurs clients. D'ailleurs, les avocats étrangers qui ne se soumettent pas à la loi chinoise comme à la constitution ont des difficultés s'ils veulent devenir avocat chinois. Actuellement, il y a des avocats de Hong Kong et de Taïwan qui ont réussi l'examen du barreau et obtenu leur permis d'exercer.

III. Le cabinet juridique

L'article 15 définit le cabinet d'avocat comme une organisation commerciale où les avocats exécutent leur fonction sous ces conditions :

- i) possession de leur propre nom de cabinet, place d'affaires et charte;
- ii) possession d'un capital de plus de 100,000 Yuan Renminbi (environ 16 000 dollars canadiens);
- iii) présence de trois avocats et plus travaillant à temps plein et possédant plus de trois ans d'expérience de pratique.

Le cabinet juridique a longtemps été une unité classée et financée par l'État qui a beaucoup gêné le développement de ce secteur. En 1988, en accord avec le Conseil des affaires d'État, le ministère de la Justice a fait un essai d'un cabinet juridique coopératif. Depuis lors, une série de réglementations sur la forme du cabinet d'avocat ont suivi. La *Loi sur les avocats* prescrit trois formes de cabinet juridique :

- i) le cabinet dont les avocats sont des employés fonctionnaires de l'État assume ses dettes avec les actifs du cabinet d'avocat (art. 16);
- ii) le cabinet des avocats qui établissent un cabinet coopératif et qui sont tenus des dettes de leur étude jusqu'à concurrence de tous ses actifs (art. 17);
- iii) le cabinet sous forme de société dont les associés assument une responsabilité illimitée et solidaire quant aux dettes de leur cabinet (art. 18).

Ces dispositions marquent une transformation des cabinets d'État en unité indépendante par rapport à ceux d'autrefois. Cependant, la forme du cabinet d'avocat financé par l'État crée peut-être un peu de confusion chez les clients : il semble difficile de distinguer entre cette forme et l'unité d'État. Même si cette forme de cabinet est gérée par l'État, elle fournit aux avocats chinois une occasion d'établir leur propre cabinet et de bénéficier des intérêts.

IV. Droits et obligations de l'avocat

En Chine, le système législatif est dans une période de perfectionnement pour ce qui est du droit de l'avocat et il n'a pas atteint un niveau conforme aux règles internationales. Dans des régions moins avancées par exemple, l'autorité locale est souvent intervenue dans certaines causes avec un grand degré d'ingérence. Le droit de l'avocat a été brimé par des fonctionnaires qui ont même usé de violence envers les premiers lors de procès. L'article 32 de la *Loi sur les avocats* souligne que les droits de la personne de l'avocat ne seront pas transgressés pendant l'exécution de ses fonctions. Les avocats ont le droit d'exercer leurs affaires selon la stipulation de l'article 25 de cette loi. Par contre, les avocats doivent respecter les obligations suivantes : tout d'abord, ne pas divulguer le secret de l'État, le secret du commerce et le secret privé de l'intéressé pendant l'exécution des activités (art. 33); ensuite, l'avocat ne doit pas être agent des deux parties à une même cause (art. 34); et enfin, il ne doit pas agir illégalement envers le tribunal (art. 35).

L'article 36 précise que les avocats qui ont déjà agi comme juge et procureur de la Couronne ne se présenteront pas au tribunal populaire comme agent du plaignant et du défendeur dans

un délai d'au moins deux ans après avoir quitté leur poste. En Chine, le rapport social joue un rôle vital : dans certains cas, la relation sociale peut déterminer l'issue du procès. Cette stipulation pourrait donc diminuer l'influence des anciens juges et procureurs sur les jugements à être rendus dans les causes qu'ils défendront.

V. Les barreaux

Les barreaux sont des organisations importantes à l'égard des avocats des pays occidentaux. Le chapitre 5 de la *Loi sur les avocats* régit ce secteur. L'article 37 stipule que les barreaux sont des entités légales d'organisation sociale et des organisations autodisciplinaires d'avocats. Cela signifie que les barreaux tiennent une place indépendante du point de vue du droit; seul le Barreau National de Chine devra présenter, sous réserve des dépôts, des statuts à l'administration juridique auprès du Conseil d'État.

En vertu de l'article 39, l'avocat doit être membre du barreau de son siège et faire partie en même temps du Barreau National de Chine. En tant que membre du barreau, il devra assumer les obligations et jouir des droits protégés par le statut.

Les barreaux sont entre autres responsables des obligations suivantes :

- garantir la pratique légale des avocats;
- protéger le droit légitime des avocats;
- organiser la formation des avocats;
- agir comme médiateur dans des différends entre avocats.

Les barreaux ont le droit de récompenser et de sanctionner des avocats aux termes de la loi. Le rôle dont ils sont investis dans le cadre juridique représente un grand pas en avant vers la mise en place d'un système juridique de plus en plus complet.

VI. Aide juridique

Le système d'aide juridique qui existe dans certains pays occidentaux a débuté en Chine en 1994 où la création d'un tel système a été proposée pour la première fois. Des lois comme le *Code de procédure civile*, le *Code de procédure criminelle*, le *Règlement*

sur le paiement des frais d'avocats et les critères font maintenant partie de ce système.

L'article 41 de la *Loi sur les avocats* stipule que les citoyens qui ont besoin d'une aide juridique et qui sont dans l'incapacité d'assumer les frais d'avocats pourront recevoir l'aide juridique. Les litiges bénéficiant de l'aide juridique concernent les pensions alimentaires, les blessures industrielles, les litiges criminels en matière de demande de compensation de l'État et de demande de paiement de pension. De leur côté, les avocats devront assumer les obligations d'aide juridique régies par la loi. Ils auront le droit de demander une subvention à la fondation après avoir traité une affaire à titre gratuit (art. 42).

On peut dire que ces dispositions comprennent la plupart des exigences qu'impose le système d'aide juridique des pays occidentaux. Le principe de ce système est d'aider et de protéger des gens qui éprouvent des difficultés financières ou des difficultés particulières en réduisant les frais du procès ou en les exonérant de ceux-ci afin de favoriser une égalité sur le plan judiciaire pour les plus démunis au plan économique.

En Chine, bien que le gouvernement ait alloué des sommes d'argent depuis quelques dizaines d'années, peu de gens défavorisés connaissent le concept d'aide juridique auquel ils pourraient avoir recours. Pour la plupart des Chinois, l'aide juridique est un concept nouveau. Cette loi a formulé ce système. Jusqu'à présent, des centres d'aide juridique ont été ouverts dans plus de 20 grandes villes. Le 26 mai 1997, la Chine a créé la Fondation chinoise pour l'aide juridique et le Centre d'aide juridique de Chine. La mise en place d'un système d'aide juridique représente une amélioration importante de la structure de sauvegarde des droits légitimes du public. Il s'agit également d'un moyen nécessaire et essentiel d'assurer une réelle égalité de tous devant la loi.

VII. Responsabilité légale

Pour que les avocats exécutent bien leur fonction, la *Loi sur les avocats* énonce les responsabilités légales que les avocats doivent assumer. Ceux qui commettront des actes cités dans l'article 44 (être avocat de deux cabinets; agent de deux parties à une même cause; refuser sans juste raison d'être agent ou défenseur après avoir accepté un mandat; divulguer le secret commercial et

privé des intéressés; rencontrer des juges, procureurs et arbitres sans respecter les règlements, etc.) feront l'objet de sanctions. Dans les cas graves, la sanction est une suspension de trois mois et peut atteindre un an de pratique. Ceux qui poseront l'un des actes prévus dans l'article 45 de la loi (divulguer le secret d'État; corrompre juge, procureur ou arbitre, fournir de faux témoignages; cacher des faits importants., etc.) assumeront une responsabilité pénale et leur permis d'exercer pourra être révoqué. Ces dispositions mettront peut-être fin aux conduites parfois illégales des avocats.

VIII. L'établissement du cabinet juridique étranger en Chine et le cabinet chinois à l'étranger

L'établissement du cabinet juridique étranger n'est traité qu'à l'article 15 de la loi, lequel indique que le Conseil des affaires d'État devra établir les méthodes d'administration régissant l'établissement du cabinet juridique étranger en Chine. Cependant, le *Règlement provisoire relatif à l'établissement du bureau par le cabinet juridique étranger*, approuvé par le Conseil des affaires d'État et promulgué le 1^{er} juillet 1992 par le ministère de la Justice et la Régie de l'Administration de l'Industrie et du Commerce, nous donne un aperçu de cette question. En vertu de ce règlement provisoire, les bureaux d'avocats étrangers ne peuvent pas exercer leurs affaires ni au nom du cabinet juridique étranger ni au nom de la compagnie consultante commerciale sans l'autorisation du Conseil d'État et sans enregistrement. Le règlement ne permet pas au cabinet juridique étranger d'établir leur bureau avec des associés chinois. Les bureaux d'avocats étrangers pourraient donner des conseils et préparer des documents légaux selon l'exigence des clients. Cependant, ils ne sont pas autorisés à plaider devant les tribunaux chinois ni à donner des opinions juridiques au sujet de la loi chinoise. Néanmoins, la *Loi d'arbitrage*, en vigueur depuis le 1^{er} juin 1994, permet aux avocats étrangers de plaider devant des cours d'arbitrage chinoises sous réserve de certaines restrictions concernant les clauses contractuelles. Le bureau du cabinet juridique étranger installé en Chine ne peut pas embaucher des avocats chinois. En vertu de l'adoption de *L'interprétation du Règlement provisoire relatif à l'établissement du bureau par le cabinet juridique étranger*, entrée en vigueur à la fin du mois de décembre 1996 :

- i) le bureau du cabinet juridique étranger ne peut embaucher des chinois comme avocat ou assistant juridique;
- ii) le bureau du cabinet juridique étranger sera tenu d'embaucher des avocats de la nationalité de son siège social;
- iii) les avocats étrangers embauchés par le cabinet juridique étranger doivent posséder trois ans d'expérience en la matière dans leur pays d'origine avant leur arrivée en Chine.

Ces dispositions sur le bureau du cabinet juridique étranger installé en Chine obligent l'embauche d'avocats venant du pays d'origine. Par conséquent, la compétence du cabinet juridique étranger quant à la loi chinoise sera réduite. Il y a, dans les bureaux d'avocats étrangers, des Chinois qui travaillent comme « employés d'entreprises étrangères », mais ceux-ci voient leur titre de juriste et leur licence de droit suspendus durant la période d'emploi. Le gouvernement chinois ne permet qu'au cabinet juridique étranger d'accomplir des mandats ayant pour but d'interpréter la loi étrangère pour le bénéfice de clients étrangers et chinois.

Jusqu'à la fin de l'année 1997, le ministère de la Justice a approuvé 67 bureaux de cabinet juridique étranger et 26 bureaux de la zone administrative spéciale de Hong Kong. Ces 93 bureaux d'avocats sont installés dans les grandes villes comme Beijing, Shanghai, Guang Zhou, Sheng Zheng, Hai Kou, Tian Jing Sou Zhou et Qing Tao.

Pour absorber plus d'investissement venant de l'étranger, le gouvernement applique des mesures afin de satisfaire les investisseurs étrangers en se conformant aux normes internationales. La permission d'établissement des bureaux d'avocats est l'une de ces mesures. Il faut signaler que la plupart des bureaux d'avocats étrangers fonctionnent très bien et augmentent de façon importante leurs bénéfices. La présence du bureau d'avocats étranger satisfait les investisseurs étrangers qui désirent obtenir des services juridiques et financiers en Chine. Cette dernière a aussi besoin de bureaux juridiques étrangers pour des clients chinois désirant lancer leurs affaires à l'étranger. À vrai dire, la Chine a fait des gains en profitant de l'expertise étrangère dans ces domaines. La plupart des services juridiques et financiers étrangers sont venus s'implanter en Chine après l'arrivée de leur clientèle

dans le marché chinois, et ce, dans le but de les éclairer sur le cadre juridique et financier, de leur faire connaître la loi et la politique d'ouverture chinoise et aussi dans le but de dissiper les incertitudes engendrées par un pays communiste comme la Chine. La raison pour laquelle la Chine limite le nombre de cabinets juridiques étrangers pouvant s'y installer est la suivante : tout comme dans les pays occidentaux où l'obtention du barreau est une condition essentielle au droit de pratiquer, la souveraineté judiciaire rend impossible l'ouverture complète de ce domaine auquel s'intéressent les avocats étrangers. La Chine va accélérer sa démarche dans ce secteur en considérant la capacité interne et l'envergure du développement économique.

En raison de la mondialisation des économies et du commerce, la Chine accepte non seulement l'établissement des cabinets juridiques étrangers sur son territoire, mais établit aussi ses bureaux d'avocats à l'étranger. Selon l'allocution que le ministre de la Justice Xiao Yang a faite le 20 février 1998, la Chine aurait autorisé, depuis 1995, l'installation de 13 cabinets juridiques aux États-Unis, au Canada, en Russie et dans d'autres pays.

Il est devenu inévitable, vu la croissance des besoins mutuels de services juridiques et l'augmentation du nombre et de la qualité des avocats chinois, que ceux-ci sortent de la Chine pour pratiquer dans d'autres pays et que leurs homologues étrangers puissent s'installer en Chine. L'application des lois chinoises reliant actuellement plus de 180 pays et zones, les bureaux juridiques chinois ne peuvent s'acquitter seuls des besoins reliés au développement de l'économie de la Chine envers le monde. En outre, cette ouverture de la Chine offre de bonnes occasions aux avocats chinois d'exercer leur profession sur le marché international avec leurs confrères étrangers. La sortie des avocats chinois à l'étranger pourra avoir comme effet de construire un pont entre les différents systèmes juridiques afin de garantir la continuation normale des affaires commerciales de la Chine avec l'étranger.

*

* *

À l'heure actuelle, les avocats chinois jouent un rôle de plus en plus important au sein des sphères politiques et économiques

ainsi que dans l'élaboration du système juridique du pays. La *Loi sur les avocats* n'indique pas un fonctionnement parfait du système législatif chinois concernant les avocats. Mais il est primordial que les avocats chinois puissent travailler en s'inspirant de cette loi et ainsi assurer la poursuite de ce métier. Pour ce qui est des avocats étrangers, un immense marché potentiel les attend. Ce marché s'ouvre continuellement, en fonction des efforts que fournit le gouvernement chinois pour réduire les différences qui existent entre les règles du droit chinois et celles du droit international. En ce sens, on peut imaginer que les avocats étrangers auront beaucoup à faire avec le nouveau système juridique en Chine, surtout pour ceux qui auront la chance de réussir l'examen du barreau : seulement 20% des candidats le réussissent.