

## **Intervention de Maître Jacques SAGOT**

*AVOCAT HONORAIRE AU BARREAU DE PARIS, ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE  
PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION FRANCO-CHINOISE POUR LE DROIT ECONOMIQUE (AFCDE)  
VICE-PRÉSIDENT DE L'INSTITUT FRANÇAIS DES EXPERTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX (IFEJI)  
ARBITRE AUPRÈS DE LA CIETAC*

### **"L'arbitrage en Chine face aux nouveaux défis de l'Arbitrage International"**

Lors du Colloque

### **"Les nouveaux défis de l'Arbitrage International"**

*Le mardi 30 avril 2013 à l'Université Aix-Marseille,  
Organisé par le Master 2 de Droit Comparé Appliqué et l'Association des Comparatistes d'Aix-  
Marseille Université, C.A.M.U*

Aujourd'hui, dans de nombreux pays du monde, fleurissent les formules de médiation et dans le monde anglo-saxon celles des ADR.

La Chine, où les contentieux se règlent depuis des millénaires par la conciliation, est-elle encore, en ce domaine, à l'avant garde du 21<sup>ème</sup> siècle ?

Ou, paradoxalement, la Chine a-t-elle évolué vers la conception occidentale traditionnelle de l'arbitrage international, justice privée aboutissant à des sentences exécutoires ?

#### **I.- La Chine, un autre univers de pensée -**

Si on peut constater de nombreuses similitudes entre la France et la Chine, toutes deux à l'extrémité d'un même continent Eurasie, butoir des invasions, et où règne le goût du bien vivre, un individualisme forcené et une bureaucratie endémique, les différences sont pourtant telles qu'il faut avoir à tout moment à l'esprit que deux univers de pensée radicalement différents, voire opposés, gouvernent nos deux peuples.

La pensée occidentale d'origine judéo-chrétienne est inscrite dans l'histoire et le temps, projetée vers le futur et le regard tourné vers le passé.

La pensée chinoise est inscrite dans le présent et l'espace. Elle est marquée par l'empreinte, plusieurs fois millénaires, du confucianisme, dont l'objectif est la paix sociale par la reconnaissance des liens hiérarchiques : famille, supérieurs, Empereur.

Respect de l'ordre et de la relation avec son voisin : éviter à tout prix le conflit. Le principe fondamental est celui de bonne manière. La famille est le pivot de la société.

En Chine, il n'y a pas de vérité absolue qui transcende la vie quotidienne, mais la réalité mouvante du moment.

La vie c'est le mouvement perpétuel où s'accouplent le Ying et le Yang, opposés et de qualité différente, mais d'égale valeur.

Le droit, dans le monde occidental, est la référence absolue (« l'état de droit »), quasi transcendante, et dont la loi est l'expression.

En Chine, la notion de droit au sens occidental du terme n'est pas concevable.

La loi n'est pas le droit. Elle est changeante, elle est l'expression du gouvernement en place, hier l'Empereur, aujourd'hui le Parti Communiste.

Dans l'histoire, la justice en Chine a toujours été confondue avec la loi pénale.

Tant, l'esprit même du confucianisme, qui privilégie les bonnes relations avec le voisin, que la crainte de cette justice pénale, ne peut qu'incliner le chinois à vouloir à tout prix éviter d'aller au procès et à privilégier avant tout la conciliation.

Aller au procès c'est engendrer un conflit.

Pire, faire exécuter une décision de justice, c'est pérenniser le conflit et le rendre encore plus insupportable par le rappel de la sanction prononcée aux yeux de tous.

Par ailleurs, en Chine, la parole suffit pour un engagement, l'écrit n'étant que l'expression d'un accord pour un objectif commun et équilibré, à un moment donné. Il ne doit pas primer la réalité changeante et l'équilibre entre les contractants. Il faut toujours respecter ce préambule qui figure dans tous les contrats : « *dans l'intérêt réciproque des parties, celles-ci sont convenues...* ».

Une telle conception est, à l'évidence, fort éloignée de la pratique française, tout particulièrement quant à la primauté de la lettre sur l'esprit, de l'écrit sur la réalité concrète, qui fait qu'est exigé, sauf les cas extrêmes de force majeure, le respect rigoureux de l'écrit quelle que soit l'évolution des situations.

Enfin, contrairement à l'occidental et tout particulièrement au français, qui situe le monde par rapport à lui, le chinois se situe par rapport au monde qui l'entoure « *ce n'est pas le paysan qui est le maître de son champ, mais le champ qui est le maître du paysan* ».

De l'ensemble de ces observations, il ressort que l'on ne peut approcher la solution du contentieux en Chine sans avoir à l'esprit cette approche radicalement différente, tout particulièrement en ce qui concerne notre notion du droit et de la loi.

Dans son ouvrage "*Science and Civilisation in China, Cambridge University Press, Vol. 2, page 582*" **J. NEEDHAM** a parfaitement résumé cette tradition chinoise : « *La notion chinoise de l'Ordre exclut positivement la notion occidentale de Loi. La vision du monde par les chinois dépend d'une pensée totalement différente. L'harmonie entre tous les êtres n'est pas imposée par une autorité supérieure extérieure à eux-mêmes, mais résulte au contraire*

*du fait qu'ils se considèrent comme une partie d'un tout et qu'en quelque sorte, ils obéissent à la loi que leur impose leur propre nature ».*

C'est dans cet univers de pensée, radicalement différent de notre vision du règlement des contentieux, que s'inscrit le système judiciaire chinois actuel, et, plus particulièrement, le système judiciaire privé que constitue l'arbitrage international en Chine.

## **II.- Le système judiciaire chinois -**

Je tiens ici à rendre hommage à Madame **XIN Chunying**, Professeur de droit à l'Institut de Droit de l'Académie des Sciences Sociales de Chine et Conseiller du Comité Permanent des lois du Congrès National du Peuple, pour son ouvrage publié en 2005, en anglais, qui s'intitule « *Chinese Courts History and Transition* », dont les développements qui vont suivre, concernant le système judiciaire chinois, sont fortement inspirés.

### **II.1. Bref rappel historique :**

Dans l'ancienne Chine, depuis l'Empereur QING, 200 ans avant notre ère, il y a une combinaison des pouvoirs administratif, législatif et judiciaire, tous réunis en une seule main, celle de l'Empereur.

C'est lui la parole et la loi suprême. La justice c'est celle de l'Empereur.

Les lois ne distinguent pas entre le domaine criminel et le domaine civil qui sont réunis dans un même Code.

Jusqu'à la dernière Dynastie des QING, le concept d'un juge, dans une profession légale séparée, rendant un jugement, n'existe pas. C'était toujours le gouverneur local et non un juge professionnel qui instruisait les dossiers et rendait la justice, c'est à dire la justice pénale.

Ce n'est qu'au début du 20<sup>ème</sup> siècle, à la fin de la Dynastie QING et plus concrètement sous la présidence de SUN Yatsen, en 1912, que pour la première fois a été consacré le principe politique de séparation des pouvoirs, avec un Sénat comme organe législatif, le Président et le Conseil d'Etat, comme organes exécutifs, et la Cour Suprême, comme organe judiciaire.

C'est alors qu'a été codifié et mis en place, pendant quelques courtes années, un système judiciaire s'approchant de nos normes occidentales.

Mais dès l'établissement, en 1931, des Tribunaux du Peuple par la République Soviétique de Chine, la situation s'est transformée.

Plus encore, après la fondation de la République Populaire de Chine, en septembre 1949, et les multiples évolutions successives qu'a connu la République Populaire de Chine à partir de 1956, le système judiciaire, progressivement mis en place, après avoir connu de grandes difficultés pour survivre, a complètement disparu pendant la révolution culturelle de 1967 à 1974.

Ce n'est qu'avec la Constitution de 1982 de l'Etat Chinois qu'un système juridique organisé a été mis en place.

## **II.2. Le système judiciaire chinois en 2012 :**

Afin d'éviter tout malentendu, il est important de rappeler les trois principes de base suivants :

1. la primauté du Parti Communiste à tous les niveaux de l'Etat, y compris dans le domaine judiciaire,
2. les juges et les procureurs sont des institutions totalement distinctes, qui dépendent respectivement du Président de la Cour Populaire Suprême de Chine et du Procureur Général de Chine, tous deux élus par l'Assemblée Nationale Populaire.
3. le Ministère de la Justice n'a en charge que l'administration pénale, l'aide légale et la gestion des professions d'avocat et de notaire.

## **III.- L'arbitrage -**

### **III.1. La création, en 1954, de la CIETAC**

La création en 1954, de la CIETAC (alors dénommée FETAF), au sein du CCPIT (China Commission for the Promotion of the International Trade) s'intégrait tout naturellement dans le cadre de cet organisme dévolu à la promotion du commerce international chinois.

A cette époque, si le système juridique chinois était en voie de disparition, il était pourtant nécessaire de résoudre les différends qui surgissaient dans les échanges commerciaux de la Chine avec l'étranger, aussi faibles qu'ils étaient alors, orientés essentiellement vers le commerce de produits artisanaux et de matières premières.

Dans sa conception initiale, l'institution arbitrale ainsi créée avait pour finalité de régler les différends survenus entre parties chinoises et étrangères par la voie de conciliations.

Ce n'est donc qu'à partir du moment où la République Populaire de Chine a décidé, en 1979, de s'ouvrir largement aux échanges avec l'étranger, que la CIETAC a pris une dimension de plus en plus importante. D'une part, car la Chine exigeait de ses partenaires étrangers la mise en place dans les contrats de clauses d'arbitrage en référence à la seule CIETAC, et, d'autre part, en raison du développement exponentiel des exportations chinoises vers l'étranger et des investissements étrangers en Chine.

Pour pouvoir continuer à exiger l'arbitrage CIETAC dans les contrats conclus avec des parties étrangères, le CCPIT s'est rendu compte de la nécessité de faire évoluer son règlement vers des règles se rapprochant des pratiques de l'arbitrage international, tout en conservant, ce qu'elle privilégie toujours, la perspective de concilier les parties au début ou au cours de la procédure.

C'est ainsi qu'après la signature par la Chine de la Convention de New York, en juillet 1987,

le CCPIT a mis en place le règlement CIETAC de 1988, largement inspirée d'autres régimes d'arbitrage dans le monde, en incorporant dans ses règlements d'arbitrage successifs, à partir de celui de 1988, les principes et règles essentiels de l'arbitrage commercial international, tels que :

- le respect de la volonté des parties ;
- la confidentialité et la discrétion de la procédure ;
- l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral ;
- le principe de sentence arbitrale sans appel.

En outre, depuis 1991, la CIETAC a ouvert, puis élargi, sa liste d'arbitres, qui jusqu'alors ne comprenait que des arbitres chinois, à des arbitres de nationalité étrangère ou résidents de Hong Kong.

Les arbitres étrangers, en provenance d'une trentaine de pays constituent près d'un tiers de cette liste et représentent chacun les principaux systèmes juridiques du monde.

Les arbitres chinois ou étrangers de la liste CIETAC sont sélectionnés au regard de leur spécialité et de leur expérience de l'arbitrage international.

Par ailleurs, l'arbitrage CIETAC évolue vers un régime de plus en plus souple, donnant davantage de liberté aux parties dans le choix des arbitres, de la langue de l'arbitrage, du lieu de l'arbitrage et du règlement d'arbitrage applicable.

C'est ainsi que les parties ont le droit :

- de choisir une langue autre que le chinois, depuis le règlement d'arbitrage de 1994 ;
- de choisir d'un commun accord le troisième arbitre, soit le président du tribunal arbitral, depuis le règlement d'arbitrage de 1995 ;
- de choisir le lieu de l'arbitrage, depuis le règlement d'arbitrage de 1994 ;
- de convenir de l'utilisation d'un règlement d'arbitrage autre que celui de la CIETAC, depuis le règlement d'arbitrage, entré en vigueur le 10 mai 1998.

Les règles actuelles de l'arbitrage CIETAC permettent, soit au regard des précisions figurant dans la clause d'arbitrage, soit par accord des parties au moment de son engagement, d'obtenir qu'un tribunal arbitral soit composé majoritairement d'arbitres étrangers, ou qu'un tribunal arbitral soit soumis à un système juridique de son choix. Dans la pratique, nous avons effectivement l'expérience, dès 1995, d'un tribunal arbitral constitué d'un arbitre chinois, d'un arbitre italien et d'un président suédois.

Toutefois, il est à noter que ces droits sont difficiles à mettre en pratique une fois le litige survenu, car il est alors presque impossible pour les parties de se mettre d'accord sur ces questions. **Il est donc vivement conseillé, si l'on veut bénéficier des possibilités de choix offertes par la CIETAC, de les prévoir complètement et explicitement dans la clause d'arbitrage au moment de la conclusion du contrat.**

Avant d'aborder plus en détail le fonctionnement actuel de la CIETAC et les dispositions de son dernier règlement, il est indispensable d'analyser la loi chinoise sur l'arbitrage et ses

incidences sur les sentences rendues sous l'empire de cette loi et sur leur exécution en Chine.

### **III.2. La loi chinoise sur l'arbitrage du 31 août 1994, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1995**

Cette loi concerne l'ensemble du droit de l'arbitrage, qu'il s'agisse de l'arbitrage interne ou international. A cet égard, la loi a mis fin au monopole qu'avait jusqu'alors la CIETAC en matière d'arbitrage international.

La loi stipule qu'en Chine, « il est possible de traiter les différends contractuels et les différends financiers parmi les citoyens, les personnes juridiques et les autres organisations qui ont le même droit d'égalité. Pour les différends concernant le mariage, l'adoption des enfants, la tutelle, l'éducation et l'héritage et autres différends administratifs soumis aux autres organismes institués par la loi, on ne peut en référer à l'arbitrage ».

Sauf dispositions contraires, l'arbitrage entre des parties d'importance inégale, comme les différends sur les investissements entre l'Etat et les citoyens des autres pays ne peuvent être résolus par la voie de l'arbitrage.

Pour être valide la convention d'arbitrage doit posséder les trois éléments suivants:

- l'expression formelle des parties de recourir à l'arbitrage,
- les questions soumises à l'arbitrage,
- la saisine d'une Commission d'Arbitrage.

#### **L'arbitrage ad hoc est exclu, car la loi reconnaît les seuls arbitrages menés au sein de Commissions d'Arbitrage.**

Cela a amené la CCI, il y a quelques années, à modifier la clause compromissoire qu'elle suggérait dans son règlement, en sorte qu'y figure la mention « Commission d'arbitrage ».

Les commissions d'arbitrage peuvent s'installer dans des villes subordonnées directement à l'autorité Centrale, mais sans suivre la hiérarchie des circonscriptions administratives. Elles ne sont pas contrôlées par la hiérarchie et les régions.

L'arbitrage doit être effectué de manière indépendante conformément aux lois, sans intervention des organes administratifs ou des collectivités sociales.

### **III.3. L'application de la Convention de New York**

Bien que la Chine ait adhéré en juillet 1987 à cette convention, son application, pour l'exécution en Chine des sentences étrangères, même pour les sentences CIETAC, était et reste encore en Chine très problématique. Alors que dans le même temps les pays étrangers, la France notamment, font respecter l'exequatur des sentences CIETAC.

Les sentences arbitrales, rendues par l'un des 142 pays signataires de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, doivent pouvoir recevoir l'exequatur des juges des pays signataires, dès lors qu'elles remplissent les conditions de la convention.

Mais, ceci n'est valable que pour les sentences étrangères dont l'exécution est demandée en Chine.

Comme il a déjà, été relevé, que ce soit pour les sentences nationales ou internationales, le droit chinois ne reconnaît que les sentences rendues par des institutions arbitrales.

Le droit chinois ne reconnaît pas les sentences ad hoc.

De plus, en Chine, la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont étroitement liées à sa nationalité.

**Comme**, selon la loi chinoise, la sentence peut être écartée ou son exécution refusée, notamment au motif d'insuffisance de preuves ou d'erreur dans l'application de la loi, **et comme, en droit chinois, la nationalité de la sentence est liée à celle de l'institution d'arbitrage, il est impératif d'effectuer la distinction entre les sentences arbitrales étrangères et nationales :**

#### **a) L'arbitrage rendu à l'étranger**

En vertu de la loi chinoise sur les contrats, les parties dont le contrat contient un élément d'extranéité peuvent porter le litige, non seulement devant une institution d'arbitrage chinoise, mais également devant une institution d'arbitrage étrangère.

En ce dernier cas la Convention de New York s'applique.

#### **b) L'arbitrage rendu en Chine**

Lorsque le lieu d'arbitrage est la Chine, sa validité s'apprécie exclusivement selon le droit interne chinois.

Pour les sentences rendues en Chine, le juge se fondera donc exclusivement sur la loi chinoise de l'arbitrage, excluant toute application de la Convention de New York, ce qui ouvre la voie à la non validité de la sentence au motif d'erreur dans l'application de la loi ou d'insuffisance de preuve.

#### **c) Le différend comportant un élément d'extranéité**

Selon la loi chinoise un différend comporte un élément étranger, lorsqu'au moins une des parties est étrangère.

Ainsi, les sociétés constituées dans les Régions Administratives Spéciales (Hong Kong, Macao, Taïwan) sont considérées comme parties étrangères.

De même pour les personnes n'ayant pas la nationalité chinoise.

Par contre quelque soit sa forme juridique, une société à capitaux étrangers sera considérée comme une partie chinoise.

Ainsi, un litige entre une joint-venture et une société à capitaux intégralement étrangers ne constitue pas un différend comportant un élément d'extranéité.

Si les deux sociétés ont été constituées en Chine, l'arbitrage sera donc soumis à la loi chinoise.

#### **III.4. La CIETAC : une instance mondialement reconnue**

La CIETAC a un rôle extrêmement actif dans l'organisation et le suivi des arbitrages et **a un rôle déterminant pour décider d'écarter ou de retenir les demandes d'arbitrages qui lui sont présentées, ayant le pouvoir de décision avant même la constitution du Tribunal Arbitral.**

L'une des caractéristiques de l'arbitrage **CIETAC** réside dans le rôle important assuré par son secrétariat tout au long de la procédure :

- la requête en arbitrage,
- la communication des documents procéduraux,
- la correspondance entre le tribunal arbitral et les parties,
- la fixation des délais,
- enfin toute la gestion de la procédure est assurée par cet organe ou par son intermédiaire.

En principe, il ne doit pas y avoir de contact direct entre les parties ou leurs représentants, sauf au moment de l'audience. **En particulier, tous les écrits et pièces produits par les parties doivent être adressés uniquement au secrétariat de la CIETAC, qui les transmet ensuite à l'autre partie et aux arbitres.**

Au fil des années et avec le développement du commerce avec l'étranger, la CIETAC a mis en place un ensemble de 26 bureaux à travers les différentes régions, pour les secteurs susceptibles d'avoir besoin d'arbitrage. En effet la CIETAC intervient dans différents domaines, comme le commerce agricole, le secteur de la construction ou les litiges dans le commerce électronique.

La CIETAC traite rapidement les arbitrages, son secrétariat étant très actif dans son organisation pratique et son déroulement. En pratique les arbitrages durent un an à 18 mois et nécessitent une seule audience de 24 à 48h.

Toutefois si la nécessité s'en fait sentir, une nouvelle audience peut être sollicitée.

Les délibérés sont très ouverts et peuvent se poursuivre, au delà de la présence physique des arbitres, par voie de messages électroniques.

Les projets de sentence sont communiqués à la fois aux arbitres et au secrétariat, qui est associé aux échanges entre arbitres.

La CIETAC traite de 700 à 800 dossiers par an.

Un des caractéristiques de la CIETAC est son faible coût.

Il est à souligner, par ailleurs, qu'en raison de la position négative du Ministère chinois de la Justice, les avocats étrangers installés en Chine ne peuvent assister seuls une partie dans un arbitrage en Chine. Ils doivent nécessairement être accompagnés d'un confrère chinois, ceci en complète contradiction avec la Convention de New York, et même contrairement au souhait de la CIETAC.

Une telle position est d'autant plus paradoxale qu'elle ne s'applique pas aux avocats étrangers qui peuvent assister seuls les parties à l'arbitrage.

### **III.5. La sécession des sous-commissions de Shanghai et Shenzhen à l'occasion de la mise en place du nouveau règlement CIETAC de 2012**

La CIETAC a procédé à une huitième modification de son règlement Intérieur, le 3 février 2012, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2012.

La préparation de ces nouvelles dispositions, menée avec les sous-commissions de Shanghai, Shenzhen, Tianjin et Chongqing, a entraîné des discussions qui ont finalement abouti à une sécession de plusieurs des sous-commissions, à la suite des nouvelles règles prises contre leur avis.

#### **Ainsi, le changement récent le plus fondamental concerne l'organisation même de la CIETAC sur le territoire chinois.**

Jusqu'alors, les sous-commissions de Shanghai, Shenzhen, Chongqing et Tianjin étaient des branches à part entière de la CIETAC et avaient une grande faculté d'autonomie.

Mais, lors de ces discussions sur le nouveau règlement, devant se substituer à celui de 2005, trois points majeurs ont fait problème :

- Le fait que le nouveau règlement prévoit que les sous-commissions ne sont que de simples branches, alors qu'auparavant elles étaient considérées comme étant des « ingrédients à part entière » de la CIETAC,

- l'impossibilité pour les sous-commissions d'accepter les dossiers lorsque les clauses d'arbitrage sont ambiguës, ceux-ci ne pouvant être acceptés que par la CIETAC à Pékin ;

- le fait que les décisions arbitrales rendues par les sous-commissions devaient recevoir l'apposition du sceau de la CIETAC à Pékin pour être valides.

Face à l'opposition des sous-commissions, la CIETAC de Pékin annonça, le 1<sup>er</sup> août 2012, que les deux sous-commissions de Shanghai et Shenzhen n'étaient plus autorisées à représenter la CIETAC et décida d'ouvrir ses propres bureaux dans ces deux villes.

La sous-commission de Shanghai, décida alors de prendre ses distances avec la CIETAC de Pékin et mis en place, au courant du premier trimestre 2013, son propre règlement et sa

propre liste d'arbitres, (qui fit l'objet, d'appel d'offres auprès, notamment, des avocats français implantés en Chine comme auprès d'autres avocats étrangers) et s'appelle désormais «Shanghai International Arbitration Center » (SHIAC).

De sorte qu'aujourd'hui plusieurs avocats français et étrangers installés en Chine, ou hors de Chine, figurent sur la liste des arbitres de la sous-commission de Shanghai.

De même la sous-commission de Shenzhen a pris son indépendance et mis en place son propre règlement d'arbitrage et son propre panel d'arbitres.

Cette situation pose un grave problème pour les arbitrages en cours devant ces sous-commissions., de même que, mais à un moindre degré, pour les entreprises ayant inclus dans leur clause compromissoire ces sous-commissions.

C'est la validité même de ces clauses qui se trouve ainsi mise en Jeu.

Si, pour les clauses qui n'ont pas encore trouvées à s'appliquer, on peut imaginer de renégocier entre contractants les termes de la clause compromissoire, le problème apparaît beaucoup plus difficile à résoudre pour les arbitrages en cours.

Certes on pourrait arguer, pour contrer toute velléité de demande de nullité des sentences qui seront rendues par les sous-commissions, que les sentences qu'elles ont rendues sous l'empire du règlement précédent de 2005 doivent obéir à ces règles, et non à celles mises en place postérieurement par le règlement de 2012.

Mais, la question qui se pose alors est celle de la rétroactivité des dispositions du règlement de 2012.

S'agit-il d'une question de fond ou d'une simple question de procédure ? Car l'on sait que de manière générale les règles de procédure sont d'application immédiate.

De plus, ces nouvelles commissions ayant procédé à la rédaction de leur propre règlement, cela ne peut que jeter un trouble supplémentaire au sujet des procédures en cours devant elles.

Cette situation engendre de multiples autres questions, qui demanderaient des analyses approfondies pour tenter d'y apporter des solutions, et ne manquera pas dans l'avenir de susciter de nombreuses suggestions pour y répondre.

### **III.6. Les dispositions essentielles du nouveau règlement de 2012**

Hors cette question essentielle pour les entreprises qui se sont soumises aux arbitrages des sous-commissions de Shanghai et Shenzhen, les autres modifications du règlement CIETAC sont mineures et pour la plupart étaient déjà en vigueur dans les précédents règlements, notamment celui de 2005.

Si celui-ci a repris les dispositions essentielles du précédent règlement de 2005, il n'est pas inutile d'en rappeler les plus importantes comme :

- le suivi matériel par le secrétariat de la CIETAC, qui se charge notamment de la communication entre les parties de tous leurs écrits et documents et du secrétariat des audiences (art.13, 18 & 19),
- la confidentialité expresse de l'arbitrage et des personnes qui y sont associées (art. 36).
- les mesures relatives au caractère contradictoire de la procédure et à la liberté allouée au Tribunal Arbitral dans la conduite de celle-ci et des audiences (art.33 à 35).

De plus, le nouveau règlement prévoit :

- les mesures conservatoires que le tribunal arbitral est habilité à prendre, soit par ordonnance, soit par sentence intermédiaire (art.21),
- l'arbitrage multiparties (art.17 & 27),

**Mais surtout, il convient de souligner, l'importance qu'attache la CIETAC à l'indépendance des arbitres, l'un des domaines majeurs d'actualité dans l'arbitrage international, notamment en France.**

A cet égard l'article 22 rappelle que l'arbitre ne représente aucune des parties, qu'il doit en rester indépendant et doit les traiter sur un pied d'égalité.

L'article 29.1 dispose que l'arbitre, désigné par les parties ou nommé par le Président de la CIETAC, doit signer une déclaration et faire connaître tous faits ou circonstances de nature à faire naître un doute justifiable quant à son impartialité ou à son indépendance.

L'article 29.2 précise que si de telles circonstances se révèlent au cours de la procédure arbitrale, l'arbitre doit promptement s'expliquer par écrit sur celles-ci.

Selon l'article 29.3, cette déclaration écrite doit être soumise au Secrétariat de la CIETAC et communiqué aux parties par celui-ci.

L'article 30 expose, de manière détaillée, les conditions dans lesquelles les parties sont amenées à développer devant le Tribunal Arbitral leurs arguments quant aux motifs qui justifieraient le retrait de l'arbitre dont l'impartialité serait ainsi mise en cause.

Soit l'arbitre ainsi mis en cause se retire volontairement, soit, à défaut, c'est le Président de la CIETAC qui prend la décision finale d'écarter ou de retenir la mise en cause, en en précisant ou non les raisons.

L'arbitre ainsi mis en cause poursuit son action au sein du Tribunal Arbitral, jusqu'à la décision finale prise par le président de la CIETAC.

L'article 31 prévoit de manière également très détaillée les modalités du remplacement d'un arbitre ensuite de son décès, de sa démission, ou de la décision du Président de la CIETAC de son retrait de l'arbitrage en cas de mise en cause de son impartialité, comme précisé à l'article précédent.

En ce cas, les parties peuvent convenir entre elles de la désignation d'un nouvel Arbitre, et,

si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord, c'est le Président de la CIETAC qui y pourvoira.

Le tribunal Arbitral, ainsi nouvellement composé, peut décider, soit de reprendre la procédure au stade où elle en était au moment du remplacement de l'arbitre, soit de la reprendre depuis le début.

### **III.7. Le règlement 2012 CIETAC et le principe de compétence-compétence**

En ce domaine la CIETAC diffère considérablement des autres institutions arbitrales, comme il ressort de l'article 6.1 du règlement :

*<Art. 6.1 du Règlement*

*CIETAC shall have the power to determine the existence and validity of an arbitration agreement and its jurisdiction over an arbitration case. CIETAC may, where necessary delegate such power to the arbitral tribunal."*

**Ainsi, contrairement aux principes de l'arbitrage international selon lequel le Tribunal Arbitral est juge de sa compétence, dans le dernier règlement de 2012, comme dans les règlements précédents, c'est la CIETAC, organe administratif, qui a le pouvoir de vérifier l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage, ainsi que sa propre compétence et ce, avant même que le Tribunal Arbitral ait été constitué.**

Certes, en cours d'arbitrage, la CIETAC peut rendre une nouvelle décision concernant sa compétence sur la base de faits et/ou d'éléments de preuve contraires à la preuve prima facie qui seraient relevés par le Tribunal Arbitral durant la procédure d'arbitrage, mais cela relève toujours de son seul pouvoir de décision.

Jusqu'à ce jour la CIETAC a maintenu sa position, bien que son attention ait été depuis longtemps attirée sur cette différence essentielle de l'arbitrage CIETAC par rapport aux autres institutions d'arbitrage au sujet du principe de compétence-compétence, (expression même de l'indépendance du tribunal arbitral).

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 28 mars 2012, s'agissant d'un arbitrage régi par le règlement CIETAC 2005, a précisément pointé cette incompatibilité avec le principe de compétence-compétence en relevant :

*« Qu'en statuant ainsi **sans répondre aux conclusions de M.X es qualité**, qui soutenait que la reconnaissance de **la sentence était contraire à l'ordre public international, en faisant valoir que la sentence avait été en réalité, prononcée par une institution qui n'avait pas la qualité d'arbitre**, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé. (Article 455 du Code de Procédure Civile).*

De plus, alors que le précédent règlement CIETAC de 2005 prévoyait en son article 4 que si la CIETAC avait le pouvoir de décider de l'existence et de la validité de la clause d'arbitrage, ainsi que de sa compétence, les parties avaient la possibilité de saisir le Tribunal Populaire d'un recours à l'encontre de cette décision, cela n'est plus possible dans le cadre du

nouveau règlement, qui prévoit simplement la possibilité pour une partie de contester la décision par écrit avant la première audience orale.

Mais, aucun recours n'est prévu à l'encontre de la décision prise par la CIETAC de retenir sa compétence.

Les parties doivent donc être d'autant plus attentives à la rédaction de la clause compromissoire, en sorte d'éviter, comme cela a été le cas dans l'arbitrage objet de l'arrêt précité, qu'au regard d'une clause prêtant à interprétation, la CIETAC retienne sa compétence avant même que le Tribunal Arbitral ait été désigné.

### **III.8. La rédaction de la clause compromissoire**

Au vu de tout ce qui précède il est évident que la rédaction de la clause compromissoire joue un rôle déterminant dans le cadre de la solution de différends appelés à être soumis à un arbitrage en Chine, ainsi que pour la solution de différends internationaux soumis à arbitrage et dont les sentences auraient à être exécutées en Chine.

Il faut attirer l'attention sur les éléments souhaitable d'y voir mentionnés :

- désignation des arbitres.

La désignation des arbitres de nationalité étrangère aux parties et surtout l'impérative nécessité que le Président du tribunal arbitral soit d'une nationalité étrangère aux parties. (en matière d'arbitrage les Régions Administratives Spéciales étant considérées parties étrangères à l'égard des citoyens de Chine Continentale).

- loi applicable.

Le recours à la loi française n'est pas toujours le plus adapté, car en cas de contentieux, si la sentence doit être exécutée en Chine, même s'agissant d'une sentence rendue par une institution chinoise, les décisions rendues en application d'un droit étranger peuvent soulever des difficultés d'interprétation, voire d'incompatibilité.

- langue de l'arbitrage.

Ce n'est pas tant la langue de l'arbitrage qui est la plus importante, mais bien celle qui doit faire foi pour l'interprétation de la clause compromissoire (l'exemple du dossier d'arbitrage ayant fait l'objet de la décision de cassation précitée l'illustre bien).

Cela étant, pour la bonne compréhension du déroulement de l'arbitrage il est préférable d'en préciser la langue.

- la procédure applicable

La procédure de la CIETAC est étroitement menée par le secrétariat de la CIETAC, ce qui apporte un certain confort, mais peut poser certaines difficultés.

- le suivi du contrat

Il peut-être opportun de prévoir à l'avance les modalités de la poursuite du contrat en cas de procédure d'arbitrage.

## **Conclusion -**

En conclusion de cette présentation succincte du système d'arbitrage chinois et de son évolution, il faut rappeler que parallèlement, en moins d'une trentaine d'années, la Chine a mis en place un corpus juridique extrêmement complet et de grande qualité, s'inspirant tout à la fois des systèmes de droit continental et de ceux de Common Law.

Mais dans la pratique quotidienne, il est clair qu'il y a un grand écart entre ce remarquable corpus juridique et son application, au regard d'une culture millénaire qui répugne profondément à tout règlement des contentieux en dehors de la conciliation, l'arbitrage ayant d'ailleurs été, pendant de longues années, considéré en Chine comme ayant pour finalité la conciliation.

Pour autant, dans le domaine de l'arbitrage international, la Chine poursuivant la mise en place de dispositions très proches des autres institutions arbitrales dans le monde, a, aujourd'hui, avec la CIETAC, une organisation arbitrale mondialement reconnue et appréciée.

De plus, à une époque où se multiplient les institutions arbitrales, laissant un champ de plus en plus restreint aux arbitrages ad hoc, il n'y a guère lieu de s'étonner que la Chine ait limité sur son territoire l'arbitrage et ses effets aux seuls arbitrages institutionnels.

Toutefois, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle évolution à un moment où la plupart des institutions arbitrales dans le monde se tourne de plus en plus vers la médiation.

Au point que toutes ont mis en place des règlements spécifiques relatifs à la médiation, au côté de leur règlement traditionnel d'arbitrage, et que les entreprises se tournent de plus en plus vers ce type de solution des litiges.

Sans doute il serait bienvenu que, dans l'avenir, la CIETAC, riche de son passé en matière de conciliation des parties, prenne l'initiative de mettre en place un règlement de médiation auquel les parties s'engageraient à recourir avant l'engagement de la procédure d'arbitrage proprement dite.

## SOURCES

J. NEEDHAM "Science and Civilisation in China, Cambridge University Press, Vol. 2, page 582"

Madame XIN Chunying, Professeur de droit à l'Institut de Droit de l'Académie des Sciences Sociales de Chine et Conseiller du Comité Permanent des lois du Congrès National du Peuple, « *Chinese Courts History and Transition* », 2005.

Règlements d'arbitrage CIETAC 1988, 1994, 1995, 1997, 1998, 2.000, 2.005, 2.012

J. SAGOT & H. XIE, « Le régime Chinois pour le Commerce International » (Rev. Arbitrage 1993-N°1 page 63)

J.SAGOT et H. Xie « Principales nouveautés dans le régime chinois de l'arbitrage 1994 de la CIETAC » (Revue arbitrage 1995 N° 3 page 427)

J. SAGOT « Le règlement des conflits en droit chinois » (*Colloque du 14 novembre 2003 au Centre Français de Droit Comparé*)

J. SAGOT « Une approche concrète du marché chinois et la prévention et le règlement des différends dans les relations commerciales avec la Chine ou l'art du compromis » (*Dossier sur la Stratégie juridique en Chine, publication Cahiers de Droit de l'Entreprise de la Semaine Juridique, Entreprise et affaires, 2005*)

Séminaire de la Société de Législation comparée en décembre 2011, sur l'arbitrage commercial et international en Chine, Interventions de

- Mme GAO FEI, Secrétaire Générale de la succursale à Shanghai de la Commission d'Arbitrage Internationale de commerce et d'économie de Chine « Généralités de l'arbitrage commercial et international »

- Maître Marie Aude BALLAND (DS Avocats), « L'arbitrage et la sentence arbitrale en Chine ».

Edouard BERTRAND, 18/01/2008 « COMMISSIONS D'ARBITRAGE EN CHINE/ARBITRATION COMMISSIONS IN CHINA ».

Arrêt Cour Paris Pôle 2, Chambre 1- 19/10/2010 (N°344)

Arrêt Cass.Civ.1, 28/03/2012, 11-10.347, inédit

Alban RENAUD, (ADAMAS) 17/04/2012 « Du rifici à la CIETAC » Chronique CHINEPLUS  
*LA REVUE DE PRESSE*

ANGÉLIQUE RUIZ, ANDRÉA ANDREI ET TIFFANY MICHOU, DOSSIER « L'ARBITRAGE EN CHINE », recherches effectuées pour le colloque de droit comparé du 30 avril 2013, à l'Université d'Aix-Marseille