

## La pratique de l'arbitrage commercial international en Chine

Sans entrer dans un exposé approfondi de l'arbitrage commercial en Chine, la présente note attire l'attention sur les aspects pratiques auxquels on doit prêter attention, en évoquant en premier l'environnement juridique et réglementaire actuel, puis les obstacles rencontrés dans la pratique de l'arbitrage en Chine, pour suggérer en conclusion quelques solutions pratiques pour tenter d'y faire face

### I L'environnement juridique et réglementaire.

#### 1) La loi 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.

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 ».

Jusqu'à récemment, l'arbitrage entre des parties d'importance inégale, comme les différends sur les investissements entre l'Etat et les citoyens des autres pays ne pouvaient être résolus par la voie de l'arbitrage. Mais depuis le 12 septembre 2017 est intervenu le règlement CIETAC sur l'arbitrage des investissements internationaux, entré en vigueur dès le 1<sup>er</sup> Octobre 2017.

**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 ainsi 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 ».

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

#### 2) Les institutions chinoises d'arbitrage commercial international

Aujourd'hui, existent essentiellement la CIETAC ([www.cietac.org/index.cms](http://www.cietac.org/index.cms)) dont le siège est à Pékin (et ses sous commissions étroitement dépendantes), le Centre d'Arbitrage International de Shanghai SHIAC ([www.shiac.org](http://www.shiac.org)) et la Cour d'Arbitrage International de Shenzhen SCIA ([www.scia.com](http://www.scia.com)).

Ces trois institutions ont des règlements d'arbitrage fort proches inspirés par le règlement d'arbitrage CIETAC de 2012, mis à jour respectivement en 2015 par la CIETAC et en 2015 par le SHIAC pour son propre règlement de 2013.

L'une des caractéristiques de ces règlements d'arbitrage réside dans le rôle important assuré par le secrétariat du Centre d'Arbitrage dans l'organisation et la gestion de la procédure tout au long de celle-ci :

- la requête en arbitrage,
- la communication des documents procéduraux,
- la correspondance entre le tribunal arbitral et les parties,
- la fixation des délais.

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 du centre d'arbitrage, qui les transmet ensuite à l'autre partie et aux arbitres.**

Le SHIAC, qui est en fait l'ancienne sous-commission de la CIETAC à Shanghai, comme la SIAC, ancienne sous-commission de la CIETAC à Shenzhen connaissent un grand développement, d'autant plus qu'une des raisons de la scission avec la CIETAC a été l'importance de plus en plus grandes des affaires traitées par elles au regard de celles traitées par la CIETAC à Pékin.

Au regard des conflits de compétence surgis ensuite de cette scission, la CIETAC ayant maintenu des sous-commissions à Shanghai et Shenzhen, la Cour Suprême a rendu un avis en septembre 2015, à effet du 17 juillet 2015, précisant que « la date de la convention d'arbitrage avant ou après le changement de nom est le point de départ pour déterminer l'institution en charge ».

Cela étant précisé, il y a tout lieu de penser que la procédure d'arbitrage se déroule de la même manière qu'à Pékin, tant les règlements respectifs sont proches.

C'est ainsi qu'y sont notamment précisées :

- la possibilité de nommer un arbitre ne figurant pas sur le panel de l'institution ;
- les dispositions en matière de contrats multiples ;
- l'intervention d'un tiers dans les contrats complexes ;
- la possibilité de jonction d'arbitrages ;
- des dispositions relatives aux mesures provisoires ;
- l'élargissement des pouvoirs du Président du Tribunal Arbitral ;
- une procédure de référé arbitral ;
- la possibilité de combiner conciliation et arbitrage ;
- des règles très complètes sur les conflits d'intérêt aux quels peuvent être exposés les arbitres, les modes de leur récusation et de leur remplacement.

### 3) Le règlement CIETAC pour l'arbitrage des investissements internationaux du 12 septembre 2017, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2017

Ce règlement, très important au regard de son implication dans les investissements internationaux et qui sera notamment applicable aux multiples investissements internationaux que va engendrer la Belt and Road Initiative, constitue une avancée considérable dans le monde de l'arbitrage international des investissements, notamment en regard de l'arbitrage CIRDI. Cela d'autant plus que ses dispositions sont très voisines des règlements des autres institutions arbitrales dans le monde.

Ainsi l'on observe de grandes similitudes dans les domaines suivants :

- mode de saisine du tribunal arbitral,
- désignation des arbitres avec panel et en dehors du panel,
- formulation des demandes et demandes reconventionnelles,
- calendrier de procédure,
- jonction de procédures,
- arbitrage multi parties,
- tiers financiers,
- procédure d'urgence,
- recueil des preuves, audition de témoin, désignation d'expert,
- mesures provisoires
- audience de plaidoiries,
- rédaction de la sentence,

Les différences concernent essentiellement, par rapport à d'autres institutions d'arbitrage, une plus grande liberté des parties, notamment en l'absence de l'obligation d'un acte de mission, et au rôle moins important joué par la Cour d'Arbitrage au cours de la procédure et surtout au moment de la rédaction de la sentence.

Recourir à l'arbitrage des commissions d'arbitrage international chinoises, et tout particulièrement aujourd'hui où même le principe compétence-compétence connaît des accommodements, ne fait pas difficulté et présente même un certain nombre d'avantages.

Mais c'est au niveau de l'exequatur de la sentence et de son exécution que de nombreuses difficultés apparaissent.

## **II Les obstacles rencontrés pour l'arbitrage commercial international en Chine.**

### 1) L'application de la Convention de New York

Les sentences arbitrales, rendues par l'un des pays signataires (dont la Chine depuis 1987) 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, en Chine l'application de ces dispositions est sujette à de nombreuses particularités qui y font souvent obstacle.

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 reconnaissant 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 qu'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 soumis à arbitrage 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 quel que 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 soumis à la loi chinoise.

2) La difficulté de faire exécuter en Chine une décision de justice passée en force de chose jugée ou une sentence assortie de l'exequatur.

Qu'il s'agisse des décisions de justice, y compris celles de tribunaux chinois, ou des sentences assorties de l'exequatur, inclus celles des institutions arbitrales chinoises, l'expérience montre qu'il est extrêmement difficile de les faire exécuter en Chine.

Ce problème tient à la fois :

- à une approche culturelle chinoise étrangère à la notion occidentale du droit que ses relations pour le commerce international lui a imposé. En Chine, traditionnellement le droit est la volonté de l'empereur et aujourd'hui du PC, soit le droit administratif et le droit pénal,
- à l'importance des liens familiaux et des relations d'amitié ;
- à la formation récente de juges de l'exécution des peines,
- à l'importance du PC, présent statutairement à l'intérieur même de tous les tribunaux.

### III En conclusion quelques suggestions pour surmonter ces obstacles.

#### 1) Le lieu de l'arbitrage.

Il pourrait sembler préférable de privilégier un lieu hors de Chine, voire de faire adopter le règlement CCI dans un arbitrage en Chine, mais comme relevé précédemment :

- les arbitrages ad hoc ne sont pas reconnus en Chine ;
- la loi sur l'arbitrage chinois permet d'interpréter la clause compromissoire et, contrairement aux dispositions des règles internationales notamment de celles de l'UNCITRAL qui autorisent une interprétation large et dans le sens de l'arbitrage des clauses pathologiques, le juge chinois pratique une interprétation restrictive. Plus de 90% d'annulation des sentences étrangères en Chine portent sur l'annulation des clauses compromissoires ;
- les sociétés implantées en Chine, y compris celles à 100% à capitaux étrangers, sont considérées comme étant de nationalité chinoise et donc soumises à la loi chinoise pour l'examen par le juge chinois de la validité de la sentence étrangère qui lui est soumise.
- enfin, la partie chinoise lors de la négociation du contrat sera toujours très réticente, sinon totalement opposée, à soumettre le contrat à une institution arbitrale étrangère et plus encore en dehors de Chine.

#### 2) La clause compromissoire.

La rédaction de la clause compromissoire, déjà fondamentale dans tout contrat commercial international, doit être négociée avec le plus grand soin lors de la mise en place d'un contrat avec une partie chinoise.

Pour éviter toute ambiguïté, il convient d'être aussi précis et simple que possible, en précisant :

- l'institution arbitrale choisie.
- le lieu de l'arbitrage,
- la loi applicable,
- la langue de l'arbitrage, en mentionnant qu'elle s'appliquera à l'ensemble de la procédure d'arbitrage ;
- que le 3<sup>ème</sup> arbitre devra être obligatoirement d'une nationalité différente de celles des parties au contrat, de même en cas de désignation d'un arbitre unique.

Il convient également d'éviter d'intégrer dans la clause une possibilité de conciliation préalable, source de conflit ultérieur, de pollution de la clause et, de toute manière, de prolongation des délais pour la solution de l'arbitrage ;

Il n'est pas inutile, pour parer à la situation conflictuelle des parties lors de la saisine de l'arbitrage, de prévoir les modalités de la poursuite du contrat à partir de cette saisine.

- Règlement CIETAC sur l'arbitrage des investissements internationaux 12 septembre 2017, applicable au 1<sup>er</sup> octobre 2017
- Nouveau règlement CIETAC, applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2015,
- « Guidelines on Evidence » CIETAC, applicable au 1<sup>er</sup> mars 2015,
- Nouveau règlement SHIAC applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2015.
- Règlement SIAC effectif au 1<sup>er</sup> décembre 2012.
- Conférence du 30 avril 2013, Faculté Aix-Marseille, de Me Jacques Sagot, arbitre CIETAC.