

Bulletin

Cour internationale d'arbitrage

de la CCI

L'arbitrage en Chine : pratique, obstacles juridiques et réformes

Par Fan Kun



Chambre de commerce internationale
L'organisation mondiale des entreprises

Cour internationale d'arbitrage

38, Cours Albert 1er, 75008 Paris, France
Tél. +33 1 49 53 29 05 Fax +33 1 49 53 29 33
Site internet www.iccarbitration.org
Email arb@iccwbo.org

Tiré-à-part

Volume 19 N° 2 - 2008

© Chambre de commerce internationale

L'arbitrage en Chine : pratique, obstacles juridiques et réformes

Par Fan Kun *

En Chine, le développement des échanges commerciaux internationaux et des investissements étrangers a rendu de plus en plus fréquent le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Face à l'augmentation de la demande, d'importantes mesures ont été prises afin d'améliorer le système d'arbitrage chinois, mais la pratique, dans ce domaine, continue de s'écarter sur de nombreux points des normes internationales, ce qui est un sujet de préoccupation pour les investisseurs étrangers.

Le présent article a pour objet d'explorer la pratique, les problèmes et les perspectives de l'arbitrage en Chine, en proposant (i) un aperçu du système d'arbitrage chinois, (ii) une description des particularités de la pratique chinoise de l'arbitrage, (iii) une analyse des obstacles juridiques qui sous-tendent ces particularités et (iv) un tour d'horizon des réformes passées et à venir.

I. Aperçu de la situation en Chine : arbitrage interne contre arbitrage international

Avant qu'elle ne promulgue sa loi sur l'arbitrage (la « loi sur l'arbitrage »), la Chine établissait une distinction entre arbitrage interne et arbitrage international¹. Les différences entre les deux portaient non seulement sur la nature des différends arbitrables, mais aussi sur les institutions chargées d'administrer les affaires d'arbitrage². Le premier était à la charge d'organes d'arbitrage interne affiliés aux autorités administratives publiques, et les sentences rendues n'étaient ni définitives ni dotées de force obligatoire. Une partie qui n'était pas satisfaite de la sentence arbitrale pouvait donc engager une procédure judiciaire. Le second, en revanche, était administré par l'une des deux seules institutions chinoises d'arbitrage international³ : la Commission chinoise d'arbitrage international économique et commercial (« CIETAC ») et la Commission chinoise d'arbitrage maritime.

* Avocate inscrite au barreau de New York ; doctorante à l'université de Genève ; conseillère adjointe au Secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.

Les opinions exprimées ici par l'auteur le sont à titre personnel et ne sauraient engager ni la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ni son Secrétariat.

Le présent article, qui se fonde sur une communication faite à la conférence inaugurale de l'Asian Society of International Law, les 7-9 avril 2007 à l'université nationale de Singapour, fait partie d'un projet de recherche sur l'arbitrage en Chine mené à la faculté de droit de l'université de Genève sous la direction de Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler et financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique. L'auteur remercie Mme Kaufmann-Kohler ainsi que Dr Thomas Schultz pour leurs précieux commentaires, et Mme Eleanor Loukass pour son aide rédactionnelle.

1

L'arbitrage international est souvent qualifié en Chine de *she wai*, ce qui signifie arbitrage touchant à l'étranger. Dans un souci d'harmonisation, seul le terme d'« arbitrage international » sera utilisé dans le présent article.

2

Wang Wenyong, « Distinct Features of Arbitration in China: An Historical Perspective » (2006) 23 *Journal of International Arbitration* 49 à la p. 61.

3

Souvent désignées en Chine sous le nom de « commissions d'arbitrage ». Afin de respecter la terminologie internationale en vigueur, nous utiliserons dans le présent article le terme d'« institution d'arbitrage ».

La loi chinoise sur l'arbitrage a été promulguée en 1994 dans le but de réduire l'ingérence administrative et d'unifier l'arbitrage interne et international⁴. En imposant la réorganisation des anciens organes d'arbitrage interne soumis aux autorités administratives et la création de plusieurs institutions d'arbitrage nouvelles, réparties sur tout le territoire, elle a été l'instrument d'un net progrès. Les nouvelles institutions d'arbitrage sont « indépendantes des organes administratifs et il n'y a pas de subordination des institutions d'arbitrage aux organes administratifs »⁵. En vertu d'un avis du Bureau général du Conseil des affaires de l'Etat, les institutions d'arbitrage interne ont été autorisées à administrer non seulement les arbitrages internes, mais aussi tous les arbitrages internationaux que les parties sont convenues de leur soumettre. Face à la concurrence née de ce changement, la CIETAC a adopté un Règlement d'arbitrage révisé, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2000, qui a étendu sa compétence aux différends purement internes que les parties peuvent convenir de lui soumettre⁶. L'arbitrage interne s'est taillé depuis une place importante dans les activités de la CIETAC. Toutes les institutions chinoises d'arbitrage pouvant désormais accepter tant les affaires internes qu'internationales, sous réserve de l'accord des parties, la distinction entre institutions internes et internationales a perdu sa pertinence.

La loi sur l'arbitrage continue néanmoins d'opérer une distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. Mais le seul critère qui fonde cette distinction est la nature du différend, et non la compétence de l'institution d'arbitrage. L'arbitrage international est en général défini comme comportant un élément d'extranéité, tandis que l'arbitrage interne en est dépourvu. Un différend comporte un élément d'extranéité si (i) l'une des parties, ou les deux, sont des nationaux étrangers ou des apatrides, (ii) les faits juridiques établissant, modifiant ou terminant le rapport de droit civil entre les parties se sont produits à l'étranger, ou (iii) l'objet du différend est situé dans un pays étranger⁷.

Le chapitre 7 de la loi sur l'arbitrage est plus particulièrement consacré à l'arbitrage international. Il traite de la forme des organisations administrant l'arbitrage, des qualifications des arbitres, des règlements d'arbitrage, des tribunaux chargés de soutenir ou de superviser l'arbitrage et des motifs pour lesquels les sentences arbitrales peuvent être annulées ou leur exécution refusée (motifs qui sont distincts de ceux applicables à l'arbitrage interne).

II. Particularités de l'arbitrage en Chine

La loi sur l'arbitrage intègre de nombreux principes de l'arbitrage moderne. Elle consacre (i) l'autonomie des parties – ‘当事人意思自治’ –, ce qui signifie que les deux parties se soumettent à l'arbitrage « selon leur libre volonté et conformément à leur convention d'arbitrage »⁸, (ii) l'incompétence des tribunaux lorsqu'il existe une

⁴ Adoptée le 31 août 1994 à la neuvième session du Comité permanent de la Huitième Assemblée nationale populaire de la République populaire de Chine, la loi sur l'arbitrage est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1995. Elle peut être consultée sur <http://www.cietac.org.cn/english/laws/laws_5.htm>.

⁵ Article 14 de la loi sur l'arbitrage.

⁶ Une nouvelle révision du Règlement d'arbitrage de la CIETAC est intervenue en 2005. C'est cette version qui est actuellement applicable.

⁷ Voir l'article 304, Cour populaire suprême, Opinions sur l'application de la loi sur la procédure civile (1992), <http://www.law-lib.com/law/law_view1.asp?id=54915> (en chinois uniquement).

⁸ Article 4 de la loi sur l'arbitrage.

convention d'arbitrage valable – ‘或裁或审’ –, (iii) l'indépendance de l'arbitrage – ‘独立仲裁’, y compris l'indépendance des institutions d'arbitrage⁹ et l'autonomie de la convention d'arbitrage¹⁰ et (iv) le caractère définitif des sentences arbitrales – ‘一裁终局’. Ces principes constituent un socle permettant à l'arbitrage de se développer en Chine continentale conformément aux normes internationales.

Par rapport à ces dernières, le système d'arbitrage chinois continue cependant de comporter quelques particularités. Comme l'a souligné Peter Chow, « l'arbitrage chinois ressemble au jeu d'échecs chinois – il partage un héritage commun avec les normes internationales de l'arbitrage, mais présente des différences qui le rendent unique ». Ces caractéristiques propres de l'arbitrage chinois se font sentir dans (a) la conduite de la procédure et (b) les effets de l'arbitrage.

A. Conduite de la procédure

1. Détermination de la compétence arbitrale

i) Normes internationales

Il est généralement admis que l'arbitre est en droit de se prononcer sur sa propre compétence, conformément à la doctrine de la *Kompetenz-Kompetenz*¹². L'article 16 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dispose par exemple que « [l]e tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ».

ii) Pratique chinoise

a) Tribunaux étatiques contre institutions d'arbitrage

En Chine, la doctrine de la *Kompetenz-Kompetenz* est absente de la législation comme de la pratique de l'arbitrage. Le pouvoir de statuer en matière de compétence n'appartient pas aux arbitres mais aux juges et aux institutions d'arbitrage. L'article 20 de la loi sur l'arbitrage suggère que la compétence du tribunal populaire prend le pas sur celle de l'institution d'arbitrage quand une décision sur la validité de la convention d'arbitrage a été demandée par l'une des parties au premier et par l'autre à la seconde.

Conformément à un avis de 1998 de la Cour populaire suprême, en cas d'exception d'incompétence soulevée devant le juge ou l'institution d'arbitrage, les tribunaux populaires doivent refuser de connaître de l'affaire si l'institution a déjà tranché la question. Mais si l'institution d'arbitrage ne s'est pas encore prononcée, le tribunal populaire se saisira du dossier et ordonnera à l'institution de suspendre l'arbitrage¹³.

⁹ L'article 14 de la loi sur l'arbitrage dispose que les institutions d'arbitrage sont « indépendantes des organes administratifs » et qu'il n'y a « pas de subordination des institutions d'arbitrage aux organes administratifs » ni « de subordination entre les institutions d'arbitrage ».

¹⁰ L'article 19 de la loi sur l'arbitrage dispose que « la convention d'arbitrage existe de manière indépendante et sa validité n'est pas affectée par la révision, la résolution, la résiliation ou la nullité du contrat principal ».

¹¹ Julius Melnitzer, « Reforms Make Arbitration in China a Safer

Bet, Regs Still Not Up to U.S. Standards », *InsideCounsel* (août 2005), <<http://www.insidecounsel.com/Issues/2005/August%202005/Pages/Reforms-Make-Arbitration-In-China-A-Safer-Bet.aspx>> (dernière visite le 8 mars 2009).

¹² Voir Martin Hunter et Alan Redfern, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet et Maxwell, 2004 à la p. 252.

¹³ Réponse de la Cour populaire suprême à plusieurs questions relatives à la détermination de la validité des conventions d'arbitrage, Fa Shi [1998] n° 27, publiée le 26 octobre 1998.

Dans un document ultérieur, publié en 2006 sous le titre « Interprétation de certaines questions relatives à l'application de la loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine » (ci-après « interprétation de 2006 de la CPS »), la Cour populaire suprême a fait un pas supplémentaire en décrétant que, lorsque l'institution d'arbitrage s'est prononcée sur la validité de la convention d'arbitrage, aucune demande de jugement concernant la validité de cette convention ou l'annulation de la décision de l'institution ne peut plus être adressée au tribunal populaire ¹⁴.

La pratique chinoise, sur ce point, s'écarte de la norme internationale, qui veut en général que l'éventualité d'une annulation ultérieure de sa décision par le juge compétent n'empêche pas le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence ¹⁵. La particularité du système chinois est d'autoriser les tribunaux populaires à déterminer *directement* si la convention d'arbitrage est valable ou non. Le juge n'agit pas dans le cadre de l'exercice d'un contrôle judiciaire postérieur à la décision du tribunal arbitral, mais dans celui d'une intervention directe au moment où l'exception est soulevée, à condition qu'aucune décision n'ait encore été prise par l'institution d'arbitrage. Cette approche a suscité de nombreuses inquiétudes dans la mesure où elle peut conduire à dessaisir l'institution d'arbitrage de son pouvoir de statuer sur sa propre compétence.

b) Institutions d'arbitrage contre tribunaux arbitraux

Un second point important, lié au précédent, concerne le pouvoir des institutions d'arbitrage de statuer sur la compétence arbitrale.

Les institutions d'arbitrage permanentes et les tribunaux arbitraux nommés dans chaque affaire sont généralement considérés comme ayant à cet égard des fonctions différentes. La Cour internationale d'arbitrage de la CCI, par exemple, peut déterminer si, *prima facie*, elle estime *possible* l'existence d'une convention d'arbitrage, mais laisse au tribunal arbitral le soin de décider définitivement si la convention d'arbitrage est valable ou s'il y a lieu d'accueillir l'exception d'incompétence ¹⁶.

En Chine, en revanche, seule l'institution d'arbitrage est autorisée à trancher les questions de compétence. Le fait que les arbitres soient empêchés de statuer de manière définitive sur leur propre compétence va de toute évidence à l'encontre de la doctrine de la *Kompetenz-Kompetenz* évoquée ci-dessus. En pratique, cependant, les choses se déroulent selon le schéma qui suit ¹⁷. Avant que le tribunal arbitral soit constitué, la CIETAC rend une décision préliminaire fondée sur un examen *prima facie* (comme le veut par exemple la pratique de la Cour de la CCI). Si une exception d'incompétence est soulevée après la constitution du tribunal arbitral, ce dernier fera en général connaître son opinion sur cette contestation à la CIETAC, qui la respectera le plus souvent. Si le tribunal arbitral et l'institution d'arbitrage sont d'avis divergents sur l'exception soulevée, les arbitres peuvent ne pas avoir d'autre choix que de se démettre, ce qui est loin d'être une solution satisfaisante.

¹⁴ Article 13 de l'interprétation de la CPS. Fa Shi [2006] n° 7.

¹⁵ Martin Hunter et Alan Redfern, *supra* note 12 à la p. 252.

¹⁶ Voir l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage de la CCI.

¹⁷ Information obtenue à l'occasion d'un voyage d'étude en Chine (Hong Kong, Pékin, Wuhan) entrepris par l'auteur avec

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler en mars-avril 2007, au cours duquel des entretiens ont été conduits avec un certain nombre de spécialistes du droit, dont des universitaires, des conseils juridiques, des arbitres, des juges et des hauts fonctionnaires.

Cette situation peut aussi ouvrir la voie à des manœuvres dilatoires. Rien n'empêche un défendeur récalcitrant d'attendre délibérément la toute dernière minute, juste avant la première audience, pour soulever une exception d'incompétence. Le tribunal arbitral n'ayant pas le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence, il devra attendre la décision de l'institution d'arbitrage sur la question avant de pouvoir statuer au fond. L'efficacité de l'arbitrage s'en trouverait compromise et son coût sans doute accru.

La CIETAC a tenté de surmonter ces obstacles en introduisant dans la dernière révision de son Règlement d'arbitrage la possibilité de déléguer aux tribunaux arbitraux le pouvoir de statuer sur leur propre compétence¹⁸. Les effets pratiques de cette réforme restent encore à évaluer.

2. Combiner arbitrage et conciliation¹⁹

Depuis des millénaires, la Chine préfère les approches consensuelles telles que la conciliation et la médiation²⁰ à la confrontation en justice. Cette prédilection est un aspect important de la philosophie confucéenne, qui valorise l'harmonie et la prévention des conflits²¹. Dans ce contexte, intenter un procès était considéré comme honteux et la médiation, de ce fait, n'était pas une solution parmi d'autres, mais bien la pierre angulaire de la culture juridique chinoise.

La modernisation du système juridique chinois et l'implication croissante de ressortissants chinois dans des différends commerciaux ont eu pour effet de réduire les préjugés à l'encontre des procès, bien que ceux-ci continuent d'être vus d'un mauvais œil par beaucoup. La conciliation, qui vise à préserver l'harmonie sociale en évitant la destruction définitive des relations existantes, continue cependant d'occuper une place prépondérante tant dans le système juridique que dans la pratique de l'arbitrage en Chine.

Dès avant la promulgation de la loi sur l'arbitrage, la CIETAC avait pour pratique d'allier l'arbitrage à la conciliation, combinaison qui a prouvé son efficacité dans le règlement de nombreuses affaires²². Selon le professeur Tang Houzhi, vice-président honoraire de la CIETAC, une conciliation est menée dans près de 50 % des affaires d'arbitrage, avec un taux de succès de 40 % à 50 %²³.

Aujourd'hui, la loi sur l'arbitrage autorise et encourage activement la pratique de la conciliation pendant la procédure d'arbitrage. Son article 49 permet aux parties de tenter de leur propre chef de parvenir à un accord, en dépit de l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. En cas de succès, elles peuvent demander au tribunal arbitral de rendre une sentence reprenant les termes de leur transaction.

¹⁸ Voir l'article 6(1) du Règlement de 2005 de la CIETAC.

¹⁹ Pour plus de commentaires sur la combinaison de l'arbitrage et de la conciliation, voir Gabrielle Kaufmann-Kohler et Fan Kun, « Integrating Mediation into Arbitration—Why it Works in China » (2008) 25 *Journal of International Arbitration* 479.

²⁰ Les termes « médiation » et « conciliation » sont considérés en Chine comme interchangeables. Dans un souci d'homogénéité, nous utiliserons dans le présent article le terme de « conciliation ».

²¹ Les principales valeurs confucéennes sont l'éloge de l'harmonie, la modération en toutes choses, l'art de céder ou de faire des concessions et la prévention des conflits. Le

confucianisme était le courant de pensée dominant de la culture politique traditionnelle chinoise. Ses principes ont survécu à la chute des dynasties et influencent indéniablement la modernisation du système juridique chinois.

²² Wang Wenyong, « Distinct Features of Arbitration in China—An Historical Perspective » (2006) 23 *Journal of International Arbitration* 49 à la p. 74.

²³ Tang Houzhi, « Is There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures? » (1996) *ICC Congress Series No. 8* (Séoul).

La conciliation peut aussi être conduite par le tribunal arbitral. L'article 51 de la loi sur l'arbitrage dispose que celui-ci *peut* procéder à une conciliation avant de prononcer sa sentence et *doit* le faire si les deux parties le demandent.

i) Procès-verbal de conciliation ou sentence d'accord parties ?

Si la conciliation aboutit à un accord, les parties ont deux moyens d'en officialiser les termes : par un procès-verbal de conciliation ou par une sentence d'accord parties. Ceux-ci incluent tous deux les conditions expresses de l'accord. Ils sont signés par les arbitres, scellés par l'institution d'arbitrage et notifiés aux deux parties ²⁴. L'article 51 de la loi sur l'arbitrage dispose que le procès-verbal de conciliation a les mêmes effets juridiques qu'une sentence arbitrale.

La principale différence entre le procès-verbal de conciliation et la sentence d'accord parties est que cette dernière prend effet dès l'instant où elle est rendue, tandis que le procès-verbal de conciliation, qui n'est pas une sentence, ne lie les parties qu'une fois qu'elles en ont signé l'accusé de réception. Si une partie change d'avis avant de signer, le tribunal arbitral poursuivra l'arbitrage et rendra une sentence. Les conditions d'exécution ne sont pas non plus les mêmes. Dans le cas d'une sentence d'accord parties, la partie requérant l'exécution peut intenter une action devant un tribunal chinois ou, le cas échéant, faire exécuter la sentence à l'étranger conformément à la Convention de New York. Le procès-verbal de conciliation, en revanche, n'est pas une « sentence » exécutoire (à moins que le pays dans lequel l'exequatur est demandé ne définisse ce terme de manière très large). Les parties soucieuses de la bonne exécution de l'accord mettant fin à leur différend peuvent de ce fait préférer opter pour une sentence d'accord parties ²⁵.

ii) Echec de la tentative de conciliation

Si la tentative de conciliation échoue, le conciliateur reprend ses fonctions d'arbitre et poursuit l'arbitrage. Les règlements de la CIETAC et de la Commission d'arbitrage de Pékin disposent qu'aucune opinion, déclaration ou proposition exprimée par les parties au cours de la procédure de conciliation ne peut être invoquée à l'appui de prétentions, défenses ou demandes reconventionnelles dans le cadre de la procédure d'arbitrage qui suit ²⁶.

La pratique chinoise d'autoriser l'arbitre à jouer un rôle de conciliateur a soulevé les doutes de certains praticiens occidentaux, surtout de tradition anglo-saxonne, qui craignent que l'impartialité du conciliateur-arbitre ne soit compromise en ce qui concerne la procédure d'arbitrage ultérieure. Un nombre croissant de spécialistes du droit considèrent cependant que si les précautions nécessaires sont prises, les deux types de procédures peuvent être combinés avec succès et contribuer à insuffler un esprit plus consensuel à la procédure d'arbitrage, tout en provoquant un enrichissement mutuel des modèles de règlement des différends occidentaux et chinois.

²⁴ Article 52 de la loi sur l'arbitrage.

²⁵ Voir Cao Lijun, « Combining Conciliation and Arbitration in China: Overview and Latest Developments » (2006) 9 *International Arbitration Law Review* 84 à la p. 91.

²⁶ Article 40(8) du Règlement de 2005 de la CIETAC.
Article 38(4) du Règlement de la Commission d'arbitrage de Pékin.

B. Effets de l'arbitrage

Comme l'a noté Tao Jingzhou, « pour être utile, la sentence arbitrale a besoin d'un mécanisme d'exécution fiable et efficace. En Chine comme ailleurs, cette mission échappe à la compétence du tribunal arbitral »²⁷. Si une partie refuse de se plier à la sentence, la partie gagnante n'a pas d'autre choix que de requérir l'exequatur du tribunal compétent.

1. Types de sentences

La procédure d'exécution, en Chine, dépend du type de sentence : « interne », « internationale » ou « étrangère ».

Les sentences sont qualifiées d'étrangères lorsqu'elles ont été rendues hors de Chine continentale (autrement dit dans des affaires où le lieu de l'arbitrage est situé ailleurs qu'en Chine continentale, y compris à Hong Kong, Macao et Taïwan). Les sentences rendues en Chine continentale sont considérées comme internes ou internationales selon qu'il existe ou non dans l'affaire un élément d'extranéité. Les investisseurs étrangers doivent savoir que les entreprises à capitaux étrangers (« ECE », qui comprennent les coentreprises sino-étrangères à capital mixte, les coentreprises sino-étrangères de nature coopérative et les entreprises à capital entièrement étranger) sont traitées en droit chinois comme des personnes morales chinoises. Les différends impliquant des ECE sont donc considérés comme internes, à moins qu'ils ne présentent un autre élément d'extranéité.

L'exécution des sentences arbitrales internationales et étrangères est généralement soumise à la condition purement procédurale de l'absence d'irrégularités dans la procédure d'arbitrage. Pour les sentences internes, en revanche, les tribunaux chinois sont autorisés à se pencher tant sur les questions de forme que de fond.

i) Sentences internes

L'article 58 de la loi sur l'arbitrage donne la liste des motifs pour lesquels les tribunaux populaires peuvent annuler une sentence interne, à savoir : (i) qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage, (ii) que les questions tranchées dépassent les termes de la convention d'arbitrage ou la compétence de l'institution d'arbitrage, (iii) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'était pas conforme à la loi, (iv) que des éléments de preuve fondant la sentence ont été falsifiés, (v) que l'autre partie a dissimulé des éléments de preuve suffisants pour nuire à l'impartialité de l'arbitrage, (vi) que les arbitres se sont rendus coupables d'abus de confiance, ont accepté des pots-de-vin, ont commis des malversations à leur propre profit ou ont détourné la loi, ou (vii) que la sentence est contraire à l'intérêt social et public. La liste des motifs pour lesquels l'exécution d'une sentence interne peut être refusée est sensiblement la même, mais comprend deux motifs supplémentaires, à savoir (i) qu'il y a eu une erreur manifeste dans l'application de la loi, ou (ii) que les éléments de preuve n'étaient pas suffisants pour établir les faits²⁸.

²⁷

Tao Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2004 à la p. 131.

²⁸

Voir l'article 63 de la loi sur l'arbitrage, combiné avec l'article 217(2) de la loi sur la procédure civile.

ii) Sentences internationales

En ce qui concerne les sentences internationales, le champ du contrôle juridictionnel est limité à un certain nombre de questions de procédure. Les motifs d'annulation et de refus d'exécution, qui sont identiques, figurent aux articles 70 et 71 de la loi sur l'arbitrage (lesquels renvoient tous deux à l'article 260(1) de la loi sur la procédure civile). Ce sont : (i) qu'il n'existe aucune clause compromissoire dans le contrat des parties ni aucune convention d'arbitrage ultérieure conclue entre elles sous forme écrite, (ii) que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été informée de la désignation d'un arbitre ou de l'ouverture de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour des motifs indépendants de sa volonté, de faire valoir ses droits, (iii) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'était pas conforme au règlement d'arbitrage, ou (iv) que les questions couvertes par la sentence n'entrent pas dans le champ de la convention d'arbitrage ou que le tribunal arbitral n'était pas autorisé à les examiner. Du fait de l'ambiguïté des dispositions législatives applicables, il est difficile de savoir si les sentences internationales peuvent être annulées ou leur exécution refusée au motif qu'elles sont contraires à « l'intérêt social et public », comme le prévoit l'article 260(2) de la loi sur la procédure civile.

iii) Sentences étrangères

Les sentences étrangères peuvent être reconnues et exécutées en Chine conformément aux traités et accords internationaux dont elle est signataire, ou en vertu du principe de réciprocité²⁹. La Convention de New York est le principal instrument international applicable dans ce domaine³⁰. L'article V de la Convention de New York donne une liste exhaustive des motifs pour lesquels la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence peuvent être refusées. Ils se limitent à des questions de procédure. De nombreux commentateurs ont exprimé la crainte que le motif de « l'ordre public » puisse être abusivement interprété pour rejeter une demande de reconnaissance ou d'exécution³¹, mais les informations publiquement disponibles laissent penser que les tribunaux chinois se sont à ce jour abstenus de l'utiliser pour refuser l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère³².

2. Normes différentes en matière de contrôle juridictionnel

Il y a eu débat sur la nécessité d'établir une distinction entre arbitrage international et arbitrage interne en vue de soumettre le premier à un contrôle moins strict que le second. En Chine, les normes de contrôle juridictionnel sont différentes selon que la sentence est interne, internationale ou étrangère. Le pouvoir des tribunaux chinois d'examiner au fond les sentences arbitrales internes revêt une signification toute particulière dans le cas des différends impliquant des ECE. Comme indiqué ci-dessus, les ECE sont considérées comme des entreprises chinoises, même lorsqu'elles sont

29

Tao Jingzhou, *supra* note 27 à la p. 160.

30

La Chine a adhéré le 2 décembre 1986 à la Convention de New York, qui est entrée en vigueur sur son territoire le 22 avril 1987. Un « Avis de la Cour populaire suprême sur l'application de la Convention de New York », faisant effet de texte d'application de la convention en Chine, a été publié le 10 avril 1987.

31

Tao Jingzhou, *supra* note 27 à la p. 161, citant Song Huang, « The Enforcement of Chinese Foreign-Related Arbitral Awards » *Arbitration and Law Report* (août 1999) 11.

entièrement aux mains d'investisseurs étrangers. Cela signifie qu'un arbitrage entre une filiale établie en Chine d'une société allemande et une filiale établie en Chine d'une société américaine, par exemple, sera considéré comme interne, sous réserve qu'il n'existe aucun autre élément d'extranéité. Les sentences arbitrales rendues dans de tels arbitrages sont par conséquent susceptibles d'être réexaminées au fond par le tribunal chinois saisi d'une demande d'exequatur.

L'application de normes d'exécution différentes selon les types de sentences a engendré une certaine confusion, certains tribunaux annulant à tort des sentences internationales, ou refusant leur exécution, après un réexamen au fond. Dans l'affaire *Hong Kong Huaxing Development Company c. Xiamen Dongfeng Rubber Manufacturing Company*³³, par exemple, le tribunal populaire intermédiaire de Xiamen a refusé l'exécution d'une sentence CIETAC au motif que le principal élément de preuve présenté à l'appui des faits était insuffisant au regard de l'article 217 de la loi sur la procédure civile. L'affaire présentait un élément d'extranéité, puisque l'une des parties était une société domiciliée à l'étranger (Hong Kong, Macao et Taïwan étant considérés dans ce contexte comme des territoires étrangers), et elle aurait donc dû être traitée comme un arbitrage international. Les motifs de refus de l'exécution d'une sentence internationale sont clairement indiqués à l'article 260(1) de la loi sur la procédure civile et se limitent à des questions de procédure. Le tribunal n'aurait donc pas dû s'intéresser au fond ni se référer à l'article 217 de la loi sur la procédure civile. Ce genre de risque devrait diminuer avec l'amélioration de la législation et les progrès de l'information des juges.

3. Système de notification

L'exécution des sentences arbitrales se heurte également au protectionnisme local des juridictions inférieures³⁴.

Afin de réduire le risque de voir des décisions annulées en raison du protectionnisme local ou de la corruption des juridictions inférieures, la Cour populaire suprême a publié en août 1995 un avis concernant le traitement par les tribunaux populaires de certaines questions relatives à l'arbitrage international et à l'arbitrage étranger, qui établit un système centralisé de notification et de contrôle (le « système de notification »)³⁵. Dans ce cadre, quand un tribunal populaire intermédiaire juge qu'une sentence internationale ou une sentence étrangère ne devrait pas être exécutée, il doit d'abord notifier ses conclusions au tribunal populaire supérieur. Si ce dernier partage ces conclusions, il doit à son tour requérir l'approbation de la Cour populaire suprême. Le tribunal populaire intermédiaire ne peut pas refuser l'exequatur avant que la Cour populaire suprême ait rendu sa décision. Le même système de déclaration s'applique lorsqu'un tribunal

32

Li Hu, « Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Court Intervention in the People's Republic of China » (2004) 20 *Arbitration International* 177.

33

Voir *Hong Kong Huaxing Development Company c. Xiamen Dongfeng Rubber Manufacturing Company*, Exemples d'affaires portées devant les tribunaux populaires (tribunal populaire intermédiaire de Xiamen, 1994).

34

Il y a en Chine quatre degrés de juridiction : les tribunaux populaires de district (que l'on trouve dans les arrondissements des grandes villes – quatre à Pékin, par exemple) ; les tribunaux populaires intermédiaires, dans les grandes municipalités urbaines (deux à Pékin et deux à Shanghai) ; les tribunaux populaires supérieurs, dans les

capitales des provinces ou régions autonomes et dans les municipalités dépendant directement du gouvernement populaire central ; et, au degré le plus élevé, la Cour populaire suprême, à Pékin. Voir Denis Brock et Kathryn Sanger, « Legal Framework of Arbitration » dans Daniel R. Fung et Wang Sheng Chang, dir., *Arbitration in China: A Practical Guide*, vol. 1, Hong Kong, 2004 aux p. 25–45.

35

Avis de la Cour suprême sur plusieurs questions concernant le traitement par les tribunaux populaires de certaines questions relatives à l'arbitrage international et à l'arbitrage étranger, publié par la Cour populaire suprême le 28 août 1995, avec effet immédiat.

populaire intermédiaire considère que la convention d'arbitrage est nulle ou non susceptible d'être exécutée. En d'autres termes, dans les affaires internationales, une juridiction inférieure ne peut pas invalider une convention d'arbitrage sans un examen et une confirmation préalables de la Cour populaire suprême.

La Cour populaire suprême a par la suite publié un autre avis, en avril 1998, qui établit un système de notification spécifique visant toute décision des juridictions inférieures d'annuler une sentence internationale³⁶. Ce mécanisme a pour effet d'éviter toute annulation d'une sentence internationale par une juridiction inférieure sans un examen et une confirmation préalables de la Cour populaire suprême.

Ce système de notification a eu en pratique des effets très positifs. On a pu dire qu'il avait « significativement renforcé la confiance des investisseurs étrangers qui craignaient le protectionnisme local »³⁷. Certains redoutent cependant qu'il n'entraîne un net allongement de la durée des procédures car aucun délai n'est fixé pour l'achèvement de la navette entre les différentes juridictions. Il n'y a pas non plus de dispositions en matière de responsabilité ou d'indemnisation des parties au cas où la juridiction inférieure manquerait à ses obligations de notification³⁸. Comme l'a fait remarquer un commentateur, « le système centralisé de notification et de contrôle n'est qu'une mesure provisoire destinée à préserver les droits et les intérêts légitimes des bénéficiaires de sentences arbitrales dans un environnement marqué par le protectionnisme local. Au fil du temps, quand ces problèmes diminueront et que les principes du droit prévaudront, le besoin même d'un mécanisme de ce type finira par disparaître »³⁹.

III. Obstacles juridiques

Afin de mieux comprendre les particularités de la pratique chinoise de l'arbitrage, telle qu'exposée ci-dessus, il peut être utile de s'intéresser au contexte social, économique et politique dans lequel elle s'inscrit. Nous examinerons, pour ce faire, les principaux obstacles rencontrés par l'arbitrage dans l'actuel système juridique chinois.

A. Lacunes et dispositions ambiguës de la législation actuelle

Bien que la promulgation de la loi sur l'arbitrage ait constitué un net progrès pour le système d'arbitrage chinois, la législation actuelle présente encore des dispositions ambiguës et des lacunes à corriger.

En premier lieu, de nombreuses dispositions de la loi sur l'arbitrage sont trop vagues et sommaires, et manquent d'indications claires sur la manière dont elles doivent être appliquées. L'article 61, par exemple, crée un système de réarbitrage en disposant, en termes généraux, que « si, après avoir fait droit à une demande d'annulation d'une sentence arbitrale, le tribunal populaire considère que l'affaire peut être réarbitrée par le tribunal arbitral, il signifiera à celui-ci qu'il doit la réarbitrer dans un délai déterminé et ordonnera la suspension de la procédure en annulation. Si le tribunal arbitral refuse de

³⁶ Avis de la Cour populaire suprême sur des questions relatives à l'annulation des sentences internationales par les tribunaux populaires, publié par la Cour populaire suprême le 23 avril 1998, avec effet immédiat.

³⁷ Tao Jingzhou, *supra* note 27 à la p. 149.

³⁸ Voir Liang Kun, *The Revision of the English 1996 Arbitration Act and the Chinese Arbitration Law: Issues Related to Arbitration Agreement*, Pékin, Law Press China, 2006 à la p. 64.

³⁹ Tao Jingzhou, *supra* note 27 à la p. 149.

réarbitrer l'affaire, le tribunal populaire ordonnera la réouverture de la procédure en annulation », sans préciser comment le système de réarbitrage doit fonctionner en pratique. L'interprétation de 2006 de la CPS a clarifié depuis les circonstances dans lesquelles le juge peut exercer son pouvoir en la matière ⁴⁰ et a autorisé l'engagement d'actions en annulation visant les nouvelles sentences rendues dans le cadre des procédures de réarbitrage ⁴¹. Le silence continue cependant de régner sur plusieurs points essentiels tels que le champ du réarbitrage, le délai imparti à la procédure de réarbitrage et la nécessité ou non de constituer un nouveau tribunal arbitral pour conduire cette procédure. Il est à craindre que l'absence de dispositions législatives claires conduise à des pratiques disparates selon les tribunaux.

La loi sur l'arbitrage et la loi sur la procédure civile présentent en outre des contradictions qui demandent à être clarifiées. La loi sur la procédure civile a été promulguée en 1991, avant l'établissement en Chine d'un système d'arbitrage officiel. Quand la loi sur l'arbitrage est entrée en vigueur, en 1995, la Chine avait déjà beaucoup amélioré son système d'arbitrage, mais il restait encore plusieurs renvois à la loi sur la procédure civile. Ces derniers donnent lieu à des incohérences que la loi sur l'arbitrage ne règle pas.

En ce qui concerne l'exécution des sentences internationales, par exemple, l'article 71 de la loi sur l'arbitrage ne fait référence qu'à l'alinéa 1 de l'article 260 de la loi sur la procédure civile, ce qui soulève la question de savoir si « l'intérêt social et public » mentionné à l'alinéa 2 de ce même article peut être invoqué pour refuser l'exécution d'une sentence internationale. La même incertitude règne quant à l'exécution des sentences internes, car l'article 63 de la loi sur l'arbitrage renvoie au seul alinéa 2 de l'article 217 de la loi sur la procédure civile, alors que le motif de l'« intérêt social et public » figure à l'alinéa 3 de cet article.

La nouvelle loi sur la procédure civile, promulguée le 28 octobre 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008, ne lève pas ces incertitudes.

B. Ingérence administrative dans la pratique de l'arbitrage

Au niveau institutionnel, l'arbitrage souffre d'une ingérence administrative persistante. Bien que la loi sur l'arbitrage vise à établir un système indépendant d'institutions d'arbitrage destiné à protéger l'autonomie de la volonté des parties de l'intervention des autorités administratives ⁴², l'arbitrage demeure moins largement soumis à cette autonomie qu'au contrôle des institutions, du fait de la prépondérance de ces dernières dans le système juridique chinois.

En conséquence, le système d'arbitrage présente un certain nombre de points faibles : (i) la création des institutions d'arbitrage dépend largement du soutien de l'Etat et certaines institutions d'arbitrage locales sont mises en place par les pouvoirs publics locaux « plus pour des raisons administratives qu'en réponse à la demande du marché de services de règlement des différends » ⁴³, (ii) l'Etat conserve un strict contrôle financier sur les institutions d'arbitrage même après leur création : tous les revenus qu'elles

⁴⁰ Voir l'article 21 de l'interprétation de 2006 de la CPS.

⁴¹ Article 23 de l'interprétation de 2006 de la CPS.

⁴² Voir les articles 10 et 14 de la loi sur l'arbitrage.

⁴³ Gu Weixia Gu et Zhang Xianchu, « The China-Style Commission-Oriented Competence on Arbitral Jurisdiction: Analysis of Chinese Adaptation into Globalization » (2006) 9 *International Arbitration Law Review* 185 à la p. 194.

perçoivent sont considérés comme des actifs publics et sont soumis au gouvernement, qui décide de leur distribution en fonction des dépenses déclarées⁴⁴, et (iii) la plupart des sièges directoriaux des institutions d'arbitrage sont occupés par des hauts fonctionnaires.

C. Absence d'autonomie des parties

L'absence d'économie de marché et de tradition juridique de droit privé explique que l'autonomie de la volonté ait longtemps été étrangère à la pensée chinoise. Bien que la loi sur l'arbitrage place cette autonomie parmi les principes fondamentaux du développement de l'arbitrage en Chine, des restrictions découlant des règles de procédure des tribunaux pèsent encore sur la liberté de choix des parties.

1. Manque de souplesse de la procédure d'arbitrage

De nombreux traités internationaux et lois nationales laissent les parties libres de déterminer dans une large mesure leurs propres règles de procédure. L'article 19(1) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international énonce par exemple : « Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral. » Les parties peuvent notamment déterminer des aspects de la procédure tels que le lieu de l'arbitrage, la langue utilisée, la date de début de la procédure d'arbitrage et la manière dont les éléments de preuve seront présentés.

La loi chinoise sur l'arbitrage impose à l'inverse un certain nombre de contraintes rigides concernant la procédure. L'article 45, par exemple, énonce que « les éléments de preuve sont présentés au cours de l'audience ». Cette disposition néglige le fait que l'arbitrage peut être conduit sur pièces et prive les parties du droit de stipuler à quel stade de la procédure certains éléments de preuve seront présentés, comme le veut la pratique internationale.

2. Nécessité impérative d'une convention d'arbitrage valable

Au plan international, la validité de la convention d'arbitrage est généralement appréciée avec libéralisme. L'essentiel est que l'intention des parties de se soumettre à l'arbitrage soit claire. L'article 7(1) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, par exemple, dispose qu'une convention d'arbitrage est « une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ».

A contrario, trois conditions particulières doivent être remplies pour qu'une convention d'arbitrage soit valable en Chine. L'article 16 de la loi sur l'arbitrage dispose que la convention d'arbitrage doit stipuler : (1) la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, (2) les questions à arbitrer et (3) l'institution d'arbitrage choisie par les parties.

⁴⁴

Voir l'avis conjoint publié le 9 mai 2004 par les bureaux concernés du Conseil des affaires de l'Etat, dans lequel les « frais d'arbitrage » sont définis comme des « frais administratifs » et considérés par conséquent comme des actifs publics.

L'article 18 de la loi sur l'arbitrage précise en outre que si les parties s'abstiennent de désigner une institution d'arbitrage dans leur convention d'arbitrage, ou si cette désignation n'est pas claire, la convention sera réputée nulle, à moins que les parties ne concluent un avenant.

Conjointement, les articles 16 et 18 de la loi sur l'arbitrage peuvent sembler impliquer que la désignation d'une institution d'arbitrage constitue une condition impérative de la validité de la convention d'arbitrage. Cette exigence va bien au-delà du simple consentement des parties à l'arbitrage et augmente le risque, pour les conventions d'arbitrage, d'être invalidées par les tribunaux⁴⁵. Elle a aussi un certain nombre de conséquences pratiques, décrites ci-dessous.

i) Exclusion de l'arbitrage ad hoc

L'article 16(3) de la loi sur l'arbitrage est généralement interprété comme excluant la possibilité d'arbitrages *ad hoc* en Chine⁴⁶.

Cette disposition traduit la conviction du gouvernement chinois que l'arbitrage institutionnel devrait être le seul type d'arbitrage admis en Chine, car il permet au gouvernement de contrôler facilement les institutions et les affaires d'arbitrage⁴⁷. Si le législateur chinois refuse de reconnaître l'arbitrage *ad hoc*, c'est qu'il craint, dans l'hypothèse où l'on autoriserait la conduite d'arbitrages sans la supervision d'un organe administratif établi, qu'il devienne difficile de contrôler le comportement des arbitres et de veiller à la qualité de l'arbitrage, d'autant plus que le gouvernement n'aurait connaissance des arbitrages *ad hoc* qu'au cas où une partie engagerait une action en justice. L'idée est qu'il est encore trop tôt pour introduire l'arbitrage *ad hoc* car celui-ci présuppose un système de confiance, lequel est encore insuffisamment développé en Chine⁴⁸.

Le régime sociopolitique chinois a cependant connu des changements notables depuis le jour où le système d'arbitrage a été pour la première fois introduit. L'arbitrage *ad hoc*, qui est pratiqué depuis des siècles un peu partout dans le monde⁴⁹, offre une solution plus rapide, plus économique et par-dessus tout plus flexible que l'arbitrage institutionnel. S'il était pratiqué en Chine, il pourrait encourager les institutions d'arbitrage à améliorer leurs services et accroître l'attrait du pays en tant que lieu d'arbitrage, en assurant aux parties plus de liberté et plus de souplesse.

ii) Statut mal défini des institutions d'arbitrage étrangères

Les articles 16 et 18 de la loi sur l'arbitrage ne précisent pas non plus le statut des institutions d'arbitrage étrangères. Comme une récente étude l'a montré, ces dispositions barrent en réalité d'une « Grande Muraille » le chemin des institutions

45

Chi Manjiao, « Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly: Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law » (2008) 4 *Asian International Arbitration Journal* 104 à la p. 111.

46

Tao Jingzhou, *supra* note 27 aux p. 55–56.

47

Zhou Jian, « Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and *Ad Hoc* Arbitration » (2006) 23 *Journal of International Arbitration* 145 à la p. 169.

48

D'après les spécialistes de l'arbitrage interrogés par l'auteur au cours du voyage d'étude susdit en Chine, en mars-avril 2007.

49

Voir Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis et Stefan M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003 aux p. 31–35.

d'arbitrage étrangères, du fait du protectionnisme qui imprègne leur interprétation par les tribunaux chinois, notamment dans le cas de clauses d'arbitrage pathologiques⁵⁰.

Bien que la loi sur l'arbitrage ne dispose pas expressément que les institutions d'arbitrage auxquelles elle fait référence ne peuvent être étrangères, l'attitude des tribunaux populaires suggère qu'ils ne sont pas prêts à reconnaître une sentence rendue dans un arbitrage ayant eu lieu en Chine mais administré par une institution d'arbitrage étrangère.

Dans la fameuse affaire *Zublin International GmbH c. Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd*⁵¹, la Cour populaire suprême a conclu le 8 juillet 2004, en réponse au tribunal populaire supérieur de Jiangsu, qu'une clause compromissoire stipulant que pour l'arbitrage le « Règlement de la CCI, Shanghai » s'appliquerait était nulle au regard des lois de la République populaire de Chine. Le motif donné par la Cour était que la clause compromissoire ne désignait pas explicitement une institution d'arbitrage et était par conséquent réputée caduque conformément à l'article 16 de la loi sur l'arbitrage.

Afin d'éviter ce risque, la CCI a pris l'initiative d'indiquer que « les parties souhaitant engager un arbitrage CCI en Chine continentale seront, dans tous les cas, bien avisées d'inclure dans leur clause d'arbitrage la mention expresse de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI »⁵². En conséquence, la version chinoise de la clause type d'arbitrage de la CCI a été modifiée afin de stipuler : « Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront soumis à la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement. »⁵³

L'interprétation de 2006 de la CPS a précisé, depuis, que l'absence de référence expresse à une institution d'arbitrage n'entraîne pas automatiquement la nullité de la clause compromissoire si l'institution d'arbitrage peut être déduite du règlement d'arbitrage choisi. En ce qui concerne la CCI, son Règlement d'arbitrage fait amplement mention de l'administration des affaires par la Cour internationale d'arbitrage, l'organe d'arbitrage qui lui est attaché.

Il reste à savoir si des institutions d'arbitrage étrangères telles que la CCI peuvent être considérées comme des « institutions d'arbitrage » au sens de l'article 16 de la loi sur l'arbitrage.

Certaines sentences récentes de la CCI ont confirmé la validité de conventions d'arbitrage prévoyant un arbitrage CCI dans un lieu situé en Chine continentale, mais seul l'avenir dira si les tribunaux chinois se montreront favorables à l'exécution de ces sentences. De nouvelles dispositions législatives fixant le statut des institutions d'arbitrage étrangères qui administrent des arbitrages ayant leur siège en Chine seraient utiles pour lever les doutes qui demeurent quant à la force exécutoire des sentences rendues dans ce cadre.

50

Voir Jingzhou Tao et Clarisse von Wunschheim, « Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions » (2007) 23 *Arbitration International* 309.

51

Pour les détails de l'affaire, voir 4^e chambre civile de la Cour populaire suprême, *Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trials*, People's Court Press, 2004 :3, p. 36-40.

52

(2004) 15 :2 Bull. CI Arb. CCI 7.

53

Voir la « brève » mise en ligne en janvier 2005 sur le site internet de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI sous le titre « Une clause d'arbitrage CCI pour la Chine », <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4185/langtype1036/index.html>>.

iii) Restrictions relatives à la désignation des arbitres

La liberté des parties est également limitée, en Chine, en matière de choix des arbitres. L'article 13 de la loi sur l'arbitrage exige que chaque institution d'arbitrage établisse une liste d'arbitres, classés par profession. Cette disposition est en général interprétée comme instaurant un système de listes limitatives⁵⁴. A l'heure actuelle, il existe en Chine plus de 185 institutions d'arbitrage, dont chacune gère sa propre liste d'arbitres. Aucune institution ne peut nommer comme arbitres des personnes qui ne sont pas inscrites dans ses registres. Un arbitre figurant sur la liste de la CIETAC ne peut donc être désigné dans une affaire administrée par la Commission d'arbitrage de Pékin (à moins qu'il ne figure aussi sur la liste de cette dernière).

Les parties qui entendent jouir de la plus grande liberté de choix possible dans ce domaine resteront sur leur faim car le système de listes ne permet pas de trouver des experts dans tous les domaines techniques, ni des arbitres de toutes nationalités. La CIETAC s'est efforcée d'accorder plus de liberté aux parties, dans la version la plus récente de son Règlement d'arbitrage, en les autorisant à désigner des arbitres ne figurant pas sur sa liste, sous réserve de la confirmation du président de la CIETAC⁵⁵. Cet assouplissement du système de listes devrait élargir la possibilité de voir siéger des étrangers dans les tribunaux arbitraux de la CIETAC. La tendance, à ce jour, reste cependant à la désignation de personnes inscrites dans ses registres.

La nomination du président du tribunal arbitral a fait l'objet de commentaires de la part d'observateurs étrangers. Les précédentes versions du Règlement de la CIETAC autorisaient son président à nommer par défaut l'arbitre président, si les parties ne parvenaient pas à un accord. Le président du tribunal arbitral nommé selon cette procédure avait de fortes chances d'être chinois. Si la partie chinoise avait déjà désigné un arbitre chinois (comme c'est en général le cas), deux des trois arbitres se trouvaient ainsi être chinois, ce qui donnait au tribunal arbitral, pour le moins, une apparence de déséquilibre.

Le Règlement de 2005 de la CIETAC limite ce rôle de nomination du président du tribunal arbitral en permettant à chaque partie de fournir une liste de candidats à cette fonction. La CIETAC n'effectue elle-même un choix que si aucun candidat commun ne figure parmi les noms communiqués par les parties⁵⁶. Cette nouvelle approche devrait « contribuer à faire taire les critiques persistantes sur le rôle de la CIETAC dans la nomination du président qui, conformément au Règlement de 2000, lui permettait de « noyauter » le tribunal en faveur des ressortissants chinois »⁵⁷.

La principale raison invoquée par la CIETAC pour expliquer son peu d'empressement à nommer des arbitres étrangers était la crainte que la rémunération offerte soit trop faible pour attirer ceux-ci⁵⁸. On peut espérer que ce handicap finira par s'atténuer grâce à la hausse des honoraires des arbitres, ce qui présuppose une réforme financière des

54
Voir Daniel R. Fung et Wang Shengchang, *Arbitration in China: A Practical Guide*, vol. 1, Sweet et Maxwell, 2004 à la p. 159.

55
Michael J. Moser et Peter Yuen, « The New CIETAC Arbitration Rules » (2005) 21 *Arbitration International* 391 à la p. 396, citant l'article 21(2) du Règlement de 2005 de la CIETAC.

56
Voir l'article 22(3) du Règlement de 2005 de la CIETAC.

57
Michael J. Moser et Peter Yuen, *supra* note 55 à la p. 396.

58
Selon le professeur Tang Houzhi, discours au 12^e Global Arbitration Forum, 8 décembre 2006, Genève, Suisse.

institutions d'arbitrage chinoises visant à assurer, entre autres, leur indépendance budgétaire par rapport au contrôle étatique ⁵⁹.

IV. Réformes et perspectives

L'arbitrage, en Chine, a déjà fait l'objet de différentes réformes, en réponse aux préoccupations et aux critiques exprimées par les spécialistes du droit et les investisseurs étrangers. Ces changements démontrent la volonté des pouvoirs publics chinois de rapprocher l'arbitrage national des normes internationales.

La Cour populaire suprême s'est efforcée, au moyen d'avis et de règlements, de traiter les points qui demeurent contraires aux normes internationales ⁶⁰. Ses interprétations de la loi, bien qu'elles ne fassent pas partie de cette dernière, jouent un rôle important en pratique, surtout dans les domaines où la législation évolue rapidement et où les textes existants ne sont pas conçus pour régler les problèmes nouvellement surgis. Depuis l'adoption de la loi sur l'arbitrage, en 1994, la Cour populaire suprême a pris plusieurs fois position afin de guider les juridictions inférieures dans son application, notamment sur des questions telles que la compétence en matière de mesures provisoires, le traitement des exceptions d'incompétence ainsi que l'annulation et l'exécution des sentences. L'interprétation de 2006 de la CPS représente le plus récent effort de la Chine pour mieux faire coïncider tant la loi que la pratique de l'arbitrage avec les normes internationales communément acceptées.

Les institutions d'arbitrage jouent aussi un rôle essentiel dans l'amélioration de la pratique de l'arbitrage en Chine. Les initiatives de la CIETAC, qui est en Chine la principale d'entre elles, sont l'un des moteurs de la réforme institutionnelle. La CIETAC met régulièrement à jour son Règlement d'arbitrage afin de rester en phase avec les normes internationales modernes. La dernière révision, qui date de 2005, a apporté de nombreuses innovations positives, dont des exigences moins strictes quant aux listes d'arbitres ⁶¹, le pouvoir de statuer sur sa propre compétence délégué par la CIETAC au tribunal arbitral ⁶², le système de listes de candidats à la fonction de président du tribunal arbitral ⁶³, la liberté des parties de choisir le siège de l'arbitrage et le lieu des audiences ⁶⁴ ainsi que la latitude accordée aux tribunaux arbitraux d'opter pour une démarche inquisitoire ou contradictoire. Bien que les règlements des institutions n'aient pas force de loi, ils contribuent à l'évidence à encourager la pratique de l'arbitrage, à faciliter le processus législatif et à accélérer les efforts d'adaptation.

Au niveau local, des réformes impressionnantes ont été mises en œuvre par la Commission d'arbitrage de Pékin ⁶⁵. Celle-ci est autonome en termes de ressources financières et assure le fonctionnement de ses services grâce à ses propres revenus de

59
Sur la réforme financière des institutions d'arbitrage, voir Wang Hongsong, « Comment résoudre le problème de la séparation entre les revenus et la distribution dans le système d'arbitrage », <<http://www.bjac.org.cn/news/view.asp?id=1520>> (en chinois uniquement).

60
La Cour populaire suprême a été investie du pouvoir d'interpréter et de clarifier les lois nationales par un avis du 10 juin 1981 du Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire. Ce pouvoir a été étendu afin de lui permettre d'édicter des dispositions complétant les lois nationales.

61
Voir l'article 21(2) du Règlement de 2005 de la CIETAC.

62
Voir l'article 6(1) du Règlement de 2005 de la CIETAC.

63
Voir l'article 22(3) du Règlement de 2005 de la CIETAC.

64
Voir les articles 31 et 32 du Règlement de 2005 de la CIETAC.

65
Pour plus de détails sur ces réformes, voir Wang Hongsong, « Grasping the Spirit of Arbitration Law, and Building Up the Modern Arbitration Institution » (2005) 57 *Journal of Beijing Arbitration* 1.

l'arbitrage, sans avoir besoin du soutien de l'Etat. Elle est ainsi en mesure de prendre des décisions budgétaires indépendantes, sans ingérence du gouvernement populaire de Pékin. Sur le plan technologique, elle est équipée d'un logiciel sophistiqué de gestion des affaires qui permet à son personnel de traiter les affaires plus efficacement et d'offrir de meilleurs services. Elle a aussi récemment inauguré un Règlement de médiation séparé et une version révisée de son Règlement d'arbitrage, qui sont tous deux entrés en vigueur le 1^{er} avril 2008. Les initiatives de la Commission d'arbitrage de Pékin pourraient avec profit inspirer les institutions d'arbitrage locales de tout le pays.

Il est de plus en plus souvent fait référence à des institutions d'arbitrage étrangères dans les contrats touchant à la Chine, comme le montrent les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. En 2006, la Chine (y compris Hong Kong) s'est trouvée pour la première fois en tête des nationalités les plus représentées dans l'arbitrage de la CCI en Asie du Sud et de l'Est. En 2007, les nouvelles affaires enregistrées par la Cour de la CCI ont intéressé 27 parties de Chine continentale, chiffre qui a doublé en dix ans et représente 11,58 % des parties d'Asie du Sud et de l'Est ⁶⁶.

Face au développement du commerce international et de l'arbitrage en Chine, et afin de répondre aux besoins des utilisateurs locaux de l'arbitrage de la CCI, cette dernière a ouvert à Hong Kong un bureau annexe du Secrétariat de sa Cour internationale d'arbitrage, doté d'une nouvelle équipe de gestion des affaires. Cette initiative a pour but de faciliter la conduite d'arbitrages CCI en Chine et plus généralement dans la région Asie-Pacifique.

L'émergence d'institutions d'arbitrage étrangères sur le marché chinois devrait soumettre les institutions d'arbitrage locales à une concurrence accrue dont la pression pourrait fortement inciter l'arbitrage chinois à améliorer son efficacité.

De nouvelles clarifications sont cependant nécessaires pour assurer partout en Chine un accès libre et sûr à l'arbitrage international administré par des institutions internationales telles que la CCI et faciliter l'exécution des sentences. Des réformes supplémentaires s'imposent également pour renforcer l'indépendance des institutions d'arbitrage, rapprocher la législation des normes internationales et permettre une manifestation plus complète de l'autonomie de la volonté des parties.

66
Voir le rapport statistique annuel publié dans le *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, disponible sur <<http://www.iccdri.com>>.

Bulletin

Cour internationale d'arbitrage

de la CCI

Une publication au rayonnement mondial sur l'arbitrage commercial international

Depuis 1990, le Bulletin apporte aux juristes et au monde des entreprises une information de premier ordre sur les services de règlement des différends de la CCI et, plus généralement, sur le droit de l'arbitrage.

D'une portée pleinement internationale, le Bulletin est distribué dans plus de 100 pays à travers le monde. Il paraît trois fois par an, en version anglaise et française séparée - chaque numéro comportant aujourd'hui plus de 100 pages.

Sa formule unique de commentaires, actualités et documents de référence comprend : des rapports et statistiques sur l'arbitrage CCI et les autres modes de règlement des différends de la CCI ; des extraits inédits de sentences arbitrales CCI, accompagnés d'analyses, des articles de spécialistes renommés sur l'arbitrage CCI et sur l'évolution du droit de l'arbitrage à l'échelle mondiale.

Les auteurs du Bulletin comptent de nombreux arbitres originaires du monde entier ainsi que des membres de Secrétariat de la Cour. Ils ont tous une expérience directe de l'application des règlements de la CCI. Leurs contributions sont rédigées du point de vue de diverses cultures et traditions juridiques.

Le lecteur – qu'il soit à la recherche de conseils pratiques, soucieux d'enrichir sa documentation, ou qu'il souhaite simplement suivre l'évolution des services de règlement des différends de la CCI – trouvera dans le Bulletin un outil de référence répondant à ses besoins quotidiens.

Toutes informations et commandes en ligne sur le site :
www.iccbooks.com



Le Bulletin est maintenant accessible en ligne à la bibliothèque de la CCI : la DRL

Cette base de données dynamique donne un accès immédiat à plus de mille documents issus des publications clés de la CCI portant sur le règlement des différends. Avec des outils de recherche et d'aide à la navigation intuitifs, elle permet une recherche d'informations rapide et efficace.

Essais gratuits sur le site : www.iccdri.com