

LES RÉFORMES RÉCENTES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES EN CHINE

*Xin Jin**

En tant que justice privée, l'arbitrage met fin aux différends, en même temps qu'il est soumis au contrôle judiciaire des juridictions étatiques. L'intervention inappropriée des juges entrave le développement de l'arbitrage. La Cour suprême de Chine cherche à réformer les règles du contrôle judiciaire en garantissant l'efficacité de l'arbitrage et la sécurité juridique des parties. La présente étude montre les derniers développements du droit de l'arbitrage chinois et ses critiques.

As private justice, arbitration resolves disputes. It is also under the judicial supervision of the state courts. The improper intervention of the judges obstructs the development of arbitration. The Supreme Court of China seeks to reform the rules of the judicial supervision in order to protect both the efficiency of the arbitration and the legal security of the parties. This study shows the latest developments of the Chinese arbitration law and its critics.

Como la justicia privada, el arbitraje resuelve disputas. Está también bajo la supervisión judicial de las cortes estatales. La intervención impropia de los jueces obstruye el desarrollo del arbitraje. La Suprema Corte de Justicia de China reforma las reglas de la supervisión judicial para proteger la eficiencia del arbitraje y la seguridad de las partes. El estudio muestra los últimos avances de la ley de arbitraje china y sus críticas.

* Docteur en droit de l'Université Aix-Marseille; maître de conférence à la Faculté de Droit de l'Université des finances et économies de Nankin (Chine).

Le terme arbitrage « zhong cai » existe depuis la prise du pouvoir par le Parti communiste en 1949, et à cette époque la Chine distinguait l'arbitrage interne et l'arbitrage international en les soumettant à deux régimes. Le dualisme de l'arbitrage existe toujours jusqu'à présent. Toutefois, l'adoption des deux régimes d'arbitrage résulte d'un manque de connaissances des législateurs sur la qualification de l'arbitrage plutôt que sur la particularité de l'arbitrage international.

En ce qui concerne l'arbitrage interne, il ne faudrait pas penser que la Chine a introduit le système moderne d'arbitrage dès le début. Le président MAO Zedong a privilégié le modèle de l'Union soviétique, y compris le mécanisme de l'économie planifiée. Pendant des décennies, la production, la fixation des prix et la répartition des ressources ont été décidées par les pouvoirs publics, et la conclusion des contrats économiques était conditionnée au respect d'instructions administratives. Afin de gérer les activités économiques d'une manière efficace, les autorités avaient établi dans chaque secteur économique un organe administratif spécialisé¹, qui assurait son fonctionnement, y compris la résolution des différends². L'organe au niveau des arrondissements, dans chaque ville, demeurait au premier degré. En cas de désaccord d'une partie avec la décision, l'affaire pouvait être transférée à un organe de niveau municipal. Dans le cas où l'objet du contrat concernait un projet important, la partie pouvait finalement recourir à la Commission économique nationale³. En même temps, la cour devait se déclarer incompétente lorsqu'elle était saisie d'une demande concernant une affaire économique. La procédure de règlement des conflits a donc été considérée comme « arbitrage forcé ».

Depuis la réforme politique en 1978 lancée par DENG Xiaoping, la Chine s'est rendu compte de l'importance du droit en réduisant l'intervention des instances administratives dans les processus juridictionnels. En 1979, la Chine a promulgué la *Notification relative à la gestion du contrat économique* grâce à laquelle une des parties pouvait saisir la cour si elle contestait les décisions rendues par les services d'arbitrage en premier et deuxième ressort. Par rapport aux anciennes règles de résolution de litige économique, le jugement du tribunal avait l'autorité de la chose jugée. Toutefois le coût engagé avant d'avoir une résolution finale était très élevé⁴. En outre, l'arbitrage était encore considéré comme un acte administratif plutôt qu'une justice privée. Sachant que les organes administratifs qui s'occupaient des services d'arbitrage s'occupaient également du fonctionnement de leurs secteurs économiques respectifs, l'arbitrage ne constituait que l'une de leurs fonctions et les décisions d'arbitrage suscitaient toujours la contestation de l'une des parties⁵.

¹ Les services locaux sont sous la direction de la Commission économique nationale.

² Baoyi Li, « Quelques questions sur la réforme d'arbitrage en Chine » (1984) 1:3 *Études juridiques chinoises* à la p 76.

³ Yuquan Li, « Le développement de l'arbitrage en Chine » (1993) 27:1 *Journal de l'Université de Wuhan* 60 à la p 60.

⁴ Puisque la Chine appliquait le principe du double degré de juridiction, le jugement de dernier ressort n'était rendu qu'après le recours aux services des deux degrés et à la juridiction des deux degrés.

⁵ Les organes ne disposaient pas de réglementation stricte ni de personnel spécial pour régler les litiges et la plupart des décisions étaient rendues par les hauts fonctionnaires d'une manière arbitraire; dans

En vue d'élever l'efficacité de l'arbitrage, la Chine a choisi de continuer à réformer les règles d'arbitrage à travers la *Loi du contrat économique* du 13 décembre 1981. D'après l'article 48, une partie pouvait recourir à l'organisme gestionnaire du contrat pour demander l'arrangement à l'amiable ou l'arbitrage, ou saisir directement le tribunal. La volonté d'une partie concernant le choix de la méthode de résolution du litige était pour la première fois relevée par le droit chinois. Mais l'arbitrage interne n'était pas fondé sur le consensus des deux parties. Dans le cas où une partie introduisait la demande d'arbitrage, l'autre était obligée de s'engager dans la procédure⁶.

Le *Règlement d'arbitrage du contrat économique* du 22 août 1983 (ci-après *Règlement d'arbitrage*) constitue un grand progrès en construisant un cadre quasi moderne d'arbitrage. L'article 12 prévoit que lorsqu'une partie introduit la demande d'arbitrage, et que l'autre partie saisit le tribunal, la commission d'arbitrage doit se déclarer incompétente. L'on constate que la procédure d'arbitrage ne peut pas se dérouler sans un accord des deux parties. En outre, suite à la confirmation du *Règlement d'arbitrage*, les organes spécialisés dans la résolution des litiges ont été créés par l'Administration de l'industrie du commerce au niveau de l'État et des régions locales⁷. Chaque commission d'arbitrage est dirigée par un directeur, assisté de deux suppléants, et la direction est constituée de professionnels⁸. De plus, le *Règlement d'arbitrage* impose des critères en ce qui concerne le recrutement des arbitres, lesquels devraient être des juristes, des experts ou des personnes renommées⁹.

La voie de modernisation de l'arbitrage international est moins sinueuse que l'arbitrage interne. Afin de résoudre les différends qui surgissaient dans l'échange avec les pays étrangers, la Chine a été obligée d'adapter les règles de l'arbitrage international avec celles des pays occidentaux. En 1956, la Commission d'arbitrage du commerce extérieur a été créée pour finalité de trancher les affaires internationales de transport des marchandises, d'assurance, de transaction, etc¹⁰. En vue d'augmenter la confiance des parties étrangères dans la justice chinoise et de promouvoir la reconnaissance des sentences arbitrales chinoises dans le monde, la Chine a signé la *Convention de New York*¹¹ en 1986, dont certaines règles ont été adoptées dans la *Loi de procédure civile* (ci-après *LPC*) du 9 avril 1991¹².

certain cas, la direction des organes avait même un lien d'intérêts avec les affaires, car les litiges résultaient d'erreurs dans leurs instructions administratives; Baoyi Li, *supra* note 2 à la p 67.

⁶ L'article 48 de la *Loi du contrat économique* prévoit qu'en cas de différend concernant le contrat économique, les parties trouvent un arrangement à l'amiable; en cas d'échec, une partie peut soumettre le différend à l'arbitrage, ou saisir directement le tribunal.

⁷ *Règlement d'arbitrage*, art 2.

⁸ *Règlement d'arbitrage*, art 14.

⁹ *Règlement d'arbitrage*, art 15.

¹⁰ Lors d'une réunion en 1954, le Conseil des affaires d'État a résolu de créer la Commission d'arbitrage du commerce extérieur en acceptant les règles internationales, comme le consentement des parties à l'arbitrage, l'*exequatur* des sentences, etc., lesquels ont été introduits dans le domaine de l'arbitrage interne après quelques décennies.

¹¹ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 juin 1959).

¹² Voir chapitre 28 de l'arbitrage dans la *LPC*.

Aux fins de répondre aux problèmes rencontrés lors de la mise en œuvre du *Règlement d'arbitrage* et aux besoins de l'ouverture extérieure, la Chine a introduit respectivement les règles concernant l'arbitrage interne et l'arbitrage international dans la *LPC* en 1991, qui énumère les situations de refus d'exécution de la sentence¹³. Au fur et à mesure que la Chine approfondissait ses connaissances sur l'arbitrage, elle a promulgué la *Loi sur l'arbitrage* en 1994 pour combler les lacunes de la *LPC*¹⁴. Mis à part ces deux textes législatifs qui constituent les piliers du droit chinois de l'arbitrage¹⁵, il existe également les explications et les notifications rendues par la Cour populaire suprême (ci-après Cour suprême). Elles ajoutent de la flexibilité aux normes de contrôle judiciaire en permettant aux juges de trancher de nouvelles questions dans la pratique.

Avec le lancement de la nouvelle route de la soie en 2013, la Chine vise à renfoncer les liens avec les pays étrangers. Un système efficace de règlement des litiges est nécessaire pour la promotion des échanges commerciaux internationaux, où l'arbitrage joue un rôle important. Toutefois, le cadre général du droit de l'arbitrage a été établi dans les années 1990. La conception de l'arbitrage ayant évolué pendant les deux dernières décennies, la Chine commence à reconstituer le droit de l'arbitrage. D'un côté, elle fait des modifications sur les règles existantes (I); de l'autre, la Chine introduit l'arbitrage ad hoc dans les zones franches (II).

I. Les modifications des règles existantes relatives au contrôle judiciaire de la sentence arbitrale

Depuis 2017, la Cour Suprême a rendu public plusieurs documents concernant le contrôle judiciaire, dont l'un vise à modifier le système de rapport interne qui régit la relation entre les cours de contrôle de différents niveaux (A); et les autres cherchent à modérer les droits des parties dans la procédure de recours et les critères d'évaluation de validité de la convention d'arbitrage (B).

A. L'évolution du système de rapport interne

Le traitement distinct de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international repose sur les critères de contrôle des sentences et sur les règles procédurales. En ce qui concerne l'arbitrage interne, la cour intermédiaire est saisie pour l'annulation de la

¹³ Le contrôle judiciaire sur l'arbitrage interne et l'arbitrage international se limitaient uniquement au refus de la sentence dans la *LPC* en 1991; étant donné que la qualification administrative de la Commission d'arbitrage n'a pas été abandonnée jusqu'à la promulgation de la *Loi de l'arbitrage* en 1994 et qu'un acte administratif ne faisait pas l'objet de la procédure d'annulation dans les années 1990, la *LPC* ne disposait d'aucun recours en annulation en matière d'arbitrage interne; or elle prévoyait le refus de l'exécution pour contrôler les sentences.

¹⁴ La *LPC* contient 270 articles, dont 8 sont relatifs à l'arbitrage; à défaut de règles précises, les juges avaient une grande liberté d'évaluation en contrôlant les sentences arbitrales et les critères d'exécution des sentences variaient dans les ressorts des tribunaux.

¹⁵ Le *Règlement de l'arbitrage économique* a été remplacé par la *Loi de l'arbitrage* et la *Loi du contrat économique* a été abrogée en 1999.

sentence¹⁶. En revanche, la Chine a établi un système spécial de rapport interne pour contrôler les sentences internationales et les sentences étrangères. Selon la *Notification relative au contrôle de l'arbitrage international et de l'arbitrage étranger* publiée par la Cour Suprême le 28 août 1995, le pouvoir de rendre la décision d'inexécution des sentences internationales et des sentences étrangères est attribué exclusivement à la Cour Suprême¹⁷. En 1998, celle-ci a étendu le champ d'application du système de rapport interne à l'annulation des sentences internationales rendues en Chine. La cour intermédiaire ne peut annuler la sentence qu'après confirmation par la Cour Suprême¹⁸. La création du système de rapport interne est due aux problèmes pratiques causés par les anciennes politiques, et ce système est conforme à la théorie chinoise de l'arbitrage (1). Avec la résolution des problèmes, la Cour Suprême a rectifié le système de rapport interne en publiant le *Règlement du rapport et approbation* le 26 décembre 2017 (2).

1. LES RAISONS DE L'ÉTABLISSEMENT DU SYSTÈME DE RAPPORT INTERNE

Même si la Chine a commencé à renforcer l'autorité du droit à la fin des années 1970¹⁹, certains juges des cours locales n'avaient pas assez de compétences pour trancher correctement les litiges²⁰. De surcroît, les affaires internationales sont toujours beaucoup plus compliquées, car elles traitent de questions qui n'existent pas dans les affaires internes²¹. L'intervention de la Cour suprême pourrait combler l'insuffisance de connaissances professionnelles.

En outre, en raison de la négligence du droit pendant une longue période depuis la fondation du régime communiste en Chine, tous les litiges ne sont pas tranchés dans

¹⁶ Selon l'article 58 de la *Loi sur l'arbitrage*, une partie peut introduire la demande d'annulation de la sentence si elle parvient à prouver une des six circonstances suivantes : il n'existe aucune convention d'arbitrage; le litige ne fait pas l'objet de la convention d'arbitrage ou le tribunal arbitral statue sans compétence; la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'est pas conforme aux règles procédurales énoncées par les lois; la preuve adoptée par la sentence est faussée; une partie dissimule les preuves qui permettent aux arbitres de rendre les sentences correctes; l'arbitre commet une corruption active, une corruption passive ou une fraude; la sentence est contraire à l'intérêt public.

¹⁷ La cour intermédiaire soumet sa décision négative à la cour supérieure; si la cour supérieure confirme cette décision, elle la transfère à la Cour suprême; dans le cas contraire, la cour supérieure renvoie l'affaire à la cour intermédiaire.

¹⁸ Cour Suprême Populaire Chinoise, « Avis de la Cour populaire suprême sur des questions relatives à l'annulation des sentences internationales par les tribunaux populaires », 23 avril 1998 (entrée en vigueur : 23 avril 1998) [*Avis relatif à l'annulation des sentences internationales*].

¹⁹ Même si l'article 18 de la première Constitution de 1954 de la Chine communiste affirmait que « tous les fonctionnaires doivent obéir à la Constitution et aux lois », le parti communiste a donné la priorité à la résolution du problème de la lutte des classes en adoptant des méthodes hors de tout cadre légal depuis le mouvement anti-droitiste en 1957; sous la direction de Mao Zedong, la gouvernance dépendait principalement des ordres des dirigeants; Tiechuan Hao, « Le développement, les expériences et la perspective de l'état de droit de la nouvelle Chine pendant les 70 ans » (2019) 29:5 *Commentaire du droit chinois* 90 à la p 91.

²⁰ Puisque la Chine a supprimé l'éducation juridique de 1966 à 1977 pendant la révolution culturelle, elle ne pouvait pas trouver des juges qualifiés en rétablissant les organes judiciaires, et une majorité de juges étaient donc sélectionnés parmi les vétérans qui n'avaient jamais suivi la formation juridique; Xiaoling Gao, « L'amélioration de la qualité et du statut du juge » (1995) 6:6 *Application du droit* à la p 45.

²¹ Le conflit de lois, la traduction, etc.

le cadre de la loi. Puisque l'indépendance des cours n'était pas un principe strictement respecté dans toutes les régions et que des juges étaient soumis aux influences d'éléments non juridiques, la procédure de contrôle des sentences était parfois devenue un outil de protectionnisme sous la pression de l'organe administratif. En même temps, faute d'expérience du traitement de l'arbitrage, les législateurs élaboraient des règles de contrôle de façon simpliste et ambiguë. Les juges possédaient donc une grande liberté pour les interpréter, ce qui leur permettait de rendre des décisions favorables aux entreprises locales²².

L'affaire de l'Usine de vêtements Dongfeng de la province du Henan en 1992 illustre l'impact du protectionnisme dans la procédure de contrôle. Un tribunal arbitral de *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (ci-après CIETAC) a rendu une sentence énonçant que la partie chinoise d'un contrat n'avait pas exécuté ses engagements et qu'elle devait payer des dommages-intérêts à la partie étrangère. Toutefois, la cour intermédiaire de Zhengzhou a refusé l'exécution de la sentence en présentant le motif suivant :

selon l'alinéa 2 de l'article 260 de la LPC (1991), dans le cas où la sentence arbitrale porte atteinte à l'intérêt économique d'Etat, l'intérêt public et l'ordre du commerce extérieur, l'exécution est refusée²³.

Cette décision a suscité des doutes sur l'impartialité de la cour intermédiaire de Zhengzhou et l'affaire a enfin été transférée à la Cour Suprême. Celle-ci a rejeté l'ordonnance de refus d'exécution de la sentence arbitrale. Depuis cette affaire, la Cour Suprême a réalisé la nécessité d'établir un mécanisme de contrôle pour encadrer le pouvoir des cours face aux sentences concernant les entreprises chinoises²⁴.

Sur le plan théorique, le système de rapport interne est également bien fondé. Bien que l'arbitre soit une personne privée, il porte une mission juridictionnelle qui lui permet de rendre obligatoires ses décisions. Sachant que la cour d'État est le seul organe judiciaire prévu pour régler les litiges, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre est investi par la cour. Toutefois, le scepticisme a été la règle sur la qualité du résultat de l'arbitrage. Même si l'arbitre qualifié possède l'expertise dans les domaines spécifiques, il pourrait commettre des erreurs. De plus, la confidentialité dans l'arbitrage pourrait susciter la méfiance sur l'impartialité de la sentence. Certes, la publicité des instances arbitrales et des résultats aurait un impact négatif sur les parties en ce qui concerne la réputation et la protection du secret commercial. En vue de valoriser l'arbitrage, l'article 40 de la *Loi de*

²² Par exemple, dans le cas où une sentence était contraire à l'intérêt public, elle était annulée ou refusée d'être exécutée; en l'absence d'une notion claire, le juge pouvait se référer simplement à la protection de l'intérêt public pour nier l'effet de la sentence si elle était en défaveur d'une entreprise locale.

²³ Wei Shen, « Analyse sur le système du contrôle judiciaire de l'arbitrage : l'origine, l'évolution et les défauts » (2019) 34:1 *Forum juridique* 114 à la p 115.

²⁴ L'affaire de l'Usine des vêtements Dongfeng de la province du Henan est considérée comme la cause directe de l'établissement du système de rapport interne; Zhidong Chen et Wei Shen, « Les sources et l'application de la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales de la Chine » (1997) 20:4 *Études juridiques* 46 à la p 48.

l'arbitrage prévoit qu'« à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est tenue à huis clos ». Toutefois dans la culture judiciaire chinoise, la surveillance de masse est devenue l'une des méthodes les plus importantes pour s'assurer que le déroulement de la procédure judiciaire soit conforme aux lois²⁵, tandis que l'opacité de la procédure arbitrale entraîne souvent des soupçons sur la justesse des résultats. Le contrôle effectué par les cours de plusieurs niveaux est donc accepté par le droit chinois.

2. LA PROMULGATION DU NOUVEAU RÈGLEMENT DU RAPPORT ET APPROBATION

Le système de rapport interne exige que la cour intermédiaire soumette son avis négatif sur l'exécution de la sentence ou la décision d'annulation à la cour de niveau supérieur, et l'ordonnance finale est émise après plusieurs délibérations. Évidemment, les règles du contrôle judiciaire portent atteinte à la rapidité de l'arbitrage, car les parties ne peuvent pas déterminer la nouvelle répartition de leurs droits après l'obtention de la sentence. Quant au délai du traitement de la sentence arbitrale internationale, la cour intermédiaire dispose de trente jours pour transférer l'affaire à la cour supérieure à compter du jour où elle est saisie et la cour supérieure la transfère à la Cour suprême en quinze jours²⁶. En matière de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères, le délai du transfert à la Cour suprême est de deux mois²⁷. Mais la Cour suprême n'impose aucune limite pour l'examen de telles décisions par elle-même. En pratique, la cour intermédiaire pourrait avoir la réponse finale de la Cour suprême après une durée de plusieurs années²⁸.

L'opacité est le deuxième défaut du système. Puisque la Cour suprême ne prévoit aucune règle explicite concernant le déroulement de la procédure de rapport interne, les parties intéressées n'ont aucun accès à l'avancement de leur procédure. De plus, la Cour suprême présente rarement ses motifs dans ses réponses et les parties ne peuvent pas donner leurs avis ni présenter leurs moyens devant les juges. Il semble que le résultat soit une décision autoritaire de la Cour suprême en raison de l'interdiction de participation des parties.

²⁵ Les deux documents, *l'Explication judiciaire sur la publication des jugements sur internet* et le *Règlement de l'enregistrement sonore et visuel des audiences*, promulgués respectivement en 2013 et en 2017 par la Cour suprême, rendent accessibles à tout le monde la procédure judiciaire; selon un article publié sur le site officiel de *China court* en 2014, la transparence de la justice présente un intérêt pour la surveillance efficace, car la réaction du peuple permet aux services de surveillance de connaître immédiatement les activités réelles judiciaires; Zhiqian Zhang, « Participation de toutes les parties : surveillance efficace de la justice » (21 novembre 2014), en ligne : *China Court* <<https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/11/id/1489689.shtml>>.

²⁶ *Avis relatif à l'annulation des sentences internationales*, *supra* note 18.

²⁷ *Le Règlement concernant le frais et le délai du contrôle concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères*.

²⁸ Selon les données publiées concernant 220 affaires, les durées moyennes entre la soumission de la décision et la réception de la réponse de la Cour suprême sont respectivement de 800 jours en matière de reconnaissance et exécution des sentences étrangères, de 500 jours en matière d'annulation des sentences et de 100 jours en matière d'évaluation de la validité de la convention d'arbitrage; Wei Shen, *supra* note 23 à la p 119.

Le champ d'application du système de rapport interne est également critiqué par certains juristes, car la sentence interne est moins protégée en l'absence de contrôle de la Cour suprême et ils exigent « un traitement égal » pour toutes les sentences²⁹.

Il faut signaler que les critiques ne portent pas seulement sur le système de rapport interne, mais aussi sur la totalité du système de contrôle judiciaire. Par rapport à l'arbitrage interne, les critères du contrôle sur l'arbitrage international sont beaucoup moins stricts³⁰. L'argument principal des juristes qui soutiennent le monisme dans la législation arbitrale repose sur l'amélioration de la qualité des juges³¹. En réalisant que le traitement des affaires internationales concerne le statut de la Chine dans le monde et qu'un système équitable de justice est l'élément clé pour promouvoir l'échange avec les pays étrangers, la Chine adopte le dualisme dans la législation arbitrale en imposant des limites à l'étendue du contrôle des juges par crainte d'interventions injustifiées des cours dans la procédure arbitrale internationale. Toutefois, il semble que la Chine ait moins de soucis dans le domaine du procès civil et commercial international. Au début de la réforme politique, la cour intermédiaire était l'institution unique qui était saisie des affaires internationales en premier ressort. Or en constatant le cumul d'expérience des juges et la généralisation de l'éducation juridique, la Chine a étendu la compétence des cours de base³² aux litiges internationaux dans le domaine du procès civil et commercial³³. Autrement dit, une cour de base a assez de compétence pour rendre un jugement correct. Dans le même sens, il serait déraisonnable de penser que le contrôle judiciaire strict au même niveau que celui de l'arbitrage interne porte atteinte au développement de l'arbitrage international³⁴, et le dualisme ne s'adapte pas à la situation réelle chinoise. En tant que protection spéciale de la Cour Suprême pour l'arbitrage international, le système de rapport interne devrait être supprimé.

Au lieu d'écarter le système de rapport interne, la Cour Suprême a promulgué le *Règlement du rapport et approbation* en relevant le respect de l'autorité de l'arbitrage interne. Les sentences procèdent à l'examen de la cour supérieure si la cour intermédiaire donne un avis d'inexécution ou d'annulation. Lorsque les domiciles des

²⁹ Shengcui Zhang, « Amélioration du recours en annulation des sentences arbitrales en Chine » (2012) 14:1 *Journal de l'Université des finances et d'économies de Shanghai* 43 à la p 44; Peng Niu et Xiongyi Huang, « L'histoire, la situation actuelle et le futur du système de l'annulation et l'exequatur des sentences » (2018) 13:1 *Arbitrage à Wuhan* 102 à la p 103.

³⁰ En ce qui concerne l'arbitrage international, l'authenticité des preuves et le comportement injustifié (corruption, fraude, etc.) ne font pas l'objet du contrôle; *Loi sur l'arbitrage* en 2013, arts 70 et 71.

³¹ An Chen, « Commentaire du contrôle sur l'arbitrage international », (1995) 16:4 *Sciences sociales chinoise* 28 à la p 29.

³² Pour plus d'information sur les tribunaux chinois, voir Baikang Xu, « Panorama du droit chinois en vigueur » (1990) 42:3 *Revue internationale de droit comparé* 885 à la p 891.

³³ La cour intermédiaire est saisie en premier ressort encore des affaires internationales importantes; arts. 18 et 19 de la *LPC* du 9 avril 1991.

³⁴ Cet avis était présenté dans les années 1990; de nos jours, la Chine a construit un système de nomination des juges; dans les grandes villes, une personne est obligée d'avoir obtenu le diplôme de master de droit et d'avoir le certificat de qualification professionnelle juridique pour s'inscrire au concours administratif; si le candidat y réussit, il pourrait travailler comme assistant du juge; au bout de quelques années, il devrait passer un autre concours pour devenir juge; la qualité du juge chinois s'est considérablement améliorée au cours des deux dernières décennies.

parties ne sont pas dans la même province³⁵, ou si la cour intermédiaire présente un motif de violation de l'intérêt public, les sentences sont transférées à la Cour Suprême.

Ce nouveau règlement traite des sentences internes, des sentences internationales et des sentences étrangères d'une manière quasiment égalitaire, mais il ne résout pas le problème de l'opacité de la procédure. Un assistant de juge de la Cour Suprême propose de remplacer le contrôle de la Cour Suprême par l'appel limité, afin de permettre aux parties d'interjeter appel des décisions des cours intermédiaires qui font l'objet du transfert à celles de niveaux supérieurs. D'un côté, la juridiction supérieure réexaminerait les décisions des juges en consacrant une garantie à la validité des sentences arbitrales conformes aux lois. De l'autre côté, les parties pourraient communiquer leurs moyens de défense lors de l'audience³⁶.

B. Les réformes sur les procédures de recours

Au vu d'ambiguïtés et de défauts liés aux anciennes règles, la Cour Suprême a élaboré de nouveaux règlements autour de la coordination entre l'annulation et l'inexécution des sentences (1), la clarification des critères de refus d'exécution des sentences internes (2), la renonciation au droit de faire objection (3) et la protection de la validité de la convention d'arbitrage internationale (4). Néanmoins il existe encore un grand espace d'amélioration.

1. LA COORDINATION ENTRE L'ANNULATION ET L'INEXÉCUTION DES SENTENCES

La sentence étrangère ne peut faire l'objet que d'un recours d'*exequatur*. Néanmoins, la Chine a établi « le double recours » en matière de sentences rendues par les institutions arbitrales chinoises³⁷ depuis la *Loi sur l'arbitrage*, à travers lequel une partie peut demander l'annulation et le refus de l'exécution de la sentence. Évidemment, la justice d'État avait une forte méfiance envers l'arbitrage, et elle a renforcé le contrôle en laissant deux voies de recours aux parties. Toutefois, au fur et à mesure que les renvois à l'arbitrage s'accroissaient considérablement, les cours réalisèrent que les parties pouvaient abuser du double recours comme manœuvres dilatoires. Afin d'éviter les pertes causées par une sentence défavorable, la partie défavorisée avait tendance à user de tous les recours et elle pouvait invoquer

³⁵ Puisque chaque province se dote d'une cour supérieure, dans ce cas-là le domicile d'une partie n'est pas dans le ressort de la cour supérieure.

³⁶ Les sentences arbitrales ne sont pas susceptibles d'appel en Chine et l'appel proposé vise uniquement les décisions de refus d'exécution ou d'annulation par les cours intermédiaires; c'est pour cette raison que cet assistant le nomme « appel limité »; Ke Zhu, « L'évolution de rapport interne relatif au contrôle judiciaire des arbitrages internationaux » (2017) 38:6 *Journal des sciences juridiques* à la p 130.

³⁷ La Chine n'adopte pas le critère de la détermination de la sentence étrangère présenté par la *Convention de New York*, selon lequel une sentence étrangère est « rendue sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées », même si elle est une partie contractante.

le même motif devant les cours dans la procédure d'annulation et dans la procédure d'*exequatur*³⁸. En même temps, la charge des cours augmentait à cause du traitement des mêmes dossiers.

En vue de rectifier le double recours, la Cour suprême a ajouté une limitation sur le recours dans l'*Explication de la Loi de l'arbitrage* du 26 décembre 2006 : « la cour rejette la contestation contre l'exécution des sentences si la partie a déjà invoqué le même motif pour le recours d'annulation »³⁹. Toutefois, cette règle n'empêchait pas effectivement l'abus de deux recours ni réduisait la charge de travail des juges. À l'inverse, dans la pratique, la cour avait une nouvelle mission de déterminer si la partie avait seulement changé l'expression littéraire du motif pour contourner cette interdiction.

Une autre critique repose sur l'objectif original du double recours, qui aurait dû assurer l'équité de la décision des arbitres à travers deux contrôles. À priori, le premier contrôle porte sur les motifs avancés par la partie et le deuxième contrôle porte sur la décision issue du contrôle antérieur. Toutefois, selon ladite règle, la juridiction de la seconde cour n'examine plus les motifs invoqués dans la première procédure. Autrement dit, l'erreur du juge de premier recours ne serait pas rectifiée en dépit du double recours depuis 2006⁴⁰.

En suivant la règle susvisée, le *Règlement de l'exequatur des sentences* du 22 février 2018 (ci-après *Règlement de l'exequatur*) s'accroît sur la coordination entre les deux recours. Selon l'article 20, la cour rejette la demande d'annulation des sentences si la partie a déjà invoqué le même motif pour l'objection contre son exécution. De plus, la procédure d'*exequatur* est suspendue si la cour est saisie d'une demande d'annulation. Dans le cas où la sentence est annulée, la procédure d'*exequatur* est clôturée. À l'inverse, la procédure d'*exequatur* se poursuit. La primauté donnée à la procédure d'annulation pourrait éviter l'invocation du même motif par la partie dans les deux procédures effectuées en même temps. Toutefois, à condition qu'une partie ait le droit de faire référence à deux voies de recours, les nouvelles règles n'évitent pas les manœuvres dilatoires⁴¹.

³⁸ L'article 237 de la *LPC* (1991) dispose les motifs d'inexécution des sentences interne, qui sont similaires à ceux qui sont présentés dans l'article 58 de la *Loi de l'arbitrage* concernant l'annulation des sentences (voir *supra* note 16); en matière d'arbitrage international, l'article 260 énumère les motifs d'inexécution suivants : il n'existe aucune convention d'arbitrage dans le contrat ou les parties ne signent aucune convention après le litige; une partie ne reçoit pas la notification sur la désignation d'arbitre ou l'audience, ou une partie ne fait pas valoir ses droits; la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'est pas conforme aux règles procédurales énoncées par les lois; le litige ne fait pas l'objet de la convention d'arbitrage ou le tribunal arbitral statue sans compétence; la sentence est contraire à l'intérêt public; même après plusieurs modifications de la *LPC*, ces deux dispositions restent inchangées et sont applicables jusqu'à ce jour; selon l'article 70 de la *Loi sur l'arbitrage*, ces motifs sont également appliqués pour l'annulation des sentences internationales.

³⁹ *Explication de la Loi de l'arbitrage*, art 26.

⁴⁰ Ping Han, « Regard sur le double recours des sentences arbitrales » (2012) 4 *Études juridiques* à la p 61.

⁴¹ Étant donné que la partie pourrait former le recours en annulation et le recours d'*exequatur* en avançant des moyens différents, la validité de la sentence arbitrale serait remise en cause pendant une longue période.

2. LA CLARIFICATION DES CRITÈRES DE REFUS D'EXÉCUTION DES SENTENCES INTERNES

De façon antérieure à la promulgation du *Règlement du rapport et approbation*, les cours intermédiaires rendaient les décisions finales dans la procédure d'*exequatur* des sentences internes. À défaut de contrôle par un organe unique, chaque cour pouvait donner sa propre interprétation sur les critères d'*exequatur*. Le *Règlement d'exequatur* interprète les circonstances du refus d'exécution établies par la LPC⁴² afin d'encadrer les pratiques des cours locales.

L'article 13 du *Règlement d'exequatur* énumère les quatre situations d'incompétence suivantes : la sentence porte sur un différend hors de la portée de la convention d'arbitrage; d'après la loi ou le règlement d'arbitrage, le différend ne peut pas être soumis à l'arbitrage; la chose jugée dans la sentence est exclue de la demande d'arbitrage; l'institution d'arbitrage qui prononce la sentence n'est pas celle désignée par la convention d'arbitrage.

Les articles 15 et 16 du *Règlement d'exequatur* visent à préciser les pré-conditions de détermination des actes concernant la preuve. Selon l'article 15, la détermination de fausse preuve dépend de trois éléments : la preuve est retenue par le tribunal arbitral; la preuve est fondamentale pour la constatation des faits; la preuve est constituée d'une manière illégale. Quant à l'évaluation de la dissimulation de preuve, à part l'effet décisif de la preuve dans la sentence, la cour doit aussi vérifier le fait qu'une partie qui obtient cette preuve ne la présente au tribunal arbitral ou qu'elle refuse la demande de présentation de son adversaire ou du tribunal arbitral sans aucun motif légitime⁴³.

Outre l'interprétation sur les dispositions dans la LPC, le *Règlement d'exequatur* accorde le droit de faire opposition à un tiers qui voudrait faire grief à la sentence. Les dispositions visent également à sanctionner les faux arbitrages, qui permettent aux parties d'obtenir des intérêts illicites par des moyens légaux.

Afin d'éviter l'abus de ce droit, le *Règlement* énumère plusieurs conditions: le droit que le tiers fait valoir est légal et réel; il existe une collusion entre les deux parties à l'arbitrage et elles faussent les faits; il y a des erreurs dans la sentence visée, qui portent atteinte à l'intérêt légal du tiers. Compte tenu de la célérité de l'arbitrage, le *Règlement* exige que le tiers présente la contestation dans un délai de trente jours à compter du jour où elle devrait prendre connaissance de la décision d'exécution.

3. LA RENONCIATION AU DROIT DE FAIRE L'OBJECTION

L'article 27 de l'*Explication de la Loi de l'arbitrage* en 2006 prévoit que la cour rejette la demande d'annulation ou d'inexécution de la sentence sous le motif d'invalidité de la convention d'arbitrage si le demandeur ne formule pas cette objection au cours de la procédure arbitrale.

⁴² Les conditions du refus d'exécution prévues par l'article 237 de la LPC en 2017 sont identiques à celles de l'annulation de sentence arbitrale dans la *Loi sur l'arbitrage*, *supra* note 16.

⁴³ *Règlement d'exequatur*, art 16.

Selon cette disposition, la nullité de la convention d'arbitrage est annulable par l'adhésion ultérieure des parties. Or les parties peuvent encore former des recours devant les cours sous d'autres motifs même si elles ne les ont pas fait valoir auparavant.

Le *Règlement d'exequatur* comble le vide en précisant que :

en dépit de l'indication spéciale de règlement d'arbitrage appliqué, et sachant la non-conformité de la procédure arbitrale au règlement d'arbitrage et aux lois, si la partie ne la relève pas au cours de la procédure d'arbitrage, elle n'aura plus le droit de recourir à la justice pour le refus d'exécution sous le même motif⁴⁴.

Néanmoins, par rapport aux règles internationales⁴⁵, la nouvelle disposition présente encore trois différences.

Premièrement, selon la règle chinoise, « l'indication spéciale des règles de l'arbitrage appliquées » constitue la pré-condition d'application de la renonciation au droit de faire l'objection, mais le *Règlement* ne donne pas plus de détails. Les juges de la Cour suprême qui se sont engagés dans la réglementation ont donné leur explication. En cas de clause d'arbitrage prévoyant le règlement d'arbitrage dans un contrat type rédigé par une partie, l'autre partie pourrait ignorer les dispositions concernant la procédure d'arbitrage et l'ajout de la pré-condition de l'indication spéciale pourrait éviter le désaccord sur la désignation commune du règlement d'arbitrage⁴⁶. Toutefois, en l'absence de critères précis, la détermination de « l'indication spéciale » pourrait également entraîner le débat.

Deuxièmement, le législateur du *Règlement d'exequatur* n'impose aucun délai de formulation des motifs. Selon l'article 13 de l'*Explication de la Loi sur l'arbitrage* en 2006, la partie est obligée de formuler l'objection sur la validité de la convention d'arbitrage avant la première audience d'arbitrage. Alors la question se pose de savoir si la partie est obligée de respecter cet article lorsqu'elle avance d'autres motifs que la nullité de la convention au tribunal arbitral pour conserver le droit de former le recours.

Troisièmement, le *Règlement d'exequatur* empêche les parties de se contredire. Toutefois, il s'applique seulement dans la procédure d'*exequatur* et les parties peuvent donc contourner cette règle en introduisant la demande d'annulation. Son effet se réduit à cause de la limitation du champ d'application⁴⁷.

⁴⁴ *Règlement d'exequatur*, art 14.

⁴⁵ L'article 4 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (Doc off CNUDCI, Doc A/40/17, annexe I, 21 juin 1985 [*Loi type de la CNUDCI*]) prévoit que : « Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai ».

⁴⁶ Guixiang Liu, Xiang Meng, Dongning He et Ying Lin, « La doctrine et l'application du Règlement relatif à l'exécution des sentences arbitrales » (2018) 44:13 *Justice du peuple* à la p 43.

⁴⁷ Même s'il y a des cours qui ont déjà appliqué les règles de la renonciation au droit de faire l'objection dans le domaine de la procédure d'annulation, on ne trouve aucun fondement juridique; Peng Niu et Xiongyi Huang, *supra* note 29 à la p 97.

4. LA PROTECTION DE LA VALIDITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE INTERNATIONALE

L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal est établie par la *Loi de l'arbitrage*⁴⁸, cependant elle ne prévoit aucune méthode pour déterminer la loi appliquée à la convention d'arbitrage. Au vu de cette lacune, le *Règlement de contrôle judiciaire* publié par la Cour Suprême le 26 décembre 2017 fournit les indications aux juges selon les différentes circonstances.

Étant donné que l'arbitrage repose sur la volonté des parties, les cours déterminent la validité de la convention d'arbitrage selon la loi appliquée à la convention d'arbitrage si elle est choisie par les parties. Le *Règlement de contrôle judiciaire* exige une volonté explicite et le choix de la loi appliquée au contrat n'est pas retenu par les cours⁴⁹.

En l'absence d'un choix direct des parties, la loi du siège de l'institution d'arbitrage ou du siège de l'arbitrage est appliquée à la convention d'arbitrage⁵⁰. Dans le cas où l'institution d'arbitrage et le siège de l'arbitrage ne sont pas indiqués dans la convention, la cour fait référence au règlement d'arbitrage convenu par les parties pour déterminer ces deux éléments⁵¹. Toutefois, la cour ne parvient pas toujours à la même conclusion concernant la validité de la convention d'arbitrage en suivant respectivement les lois de deux sièges différents. Sous la direction *de in favorem validitatis*, le *Règlement du contrôle judiciaire* précise que la loi qui retient la validité de la convention serait appliquée⁵².

II. Introduction de l'arbitrage ad hoc dans les zones franches

L'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc sont tous couverts par la *Convention de New York* de 1958⁵³. Lors de la ratification, la Chine n'a émis aucune réserve. Cela signifie que la Chine reconnaît les sentences étrangères de l'arbitrage ad hoc. Toutefois, jusqu'en 1995 la Cour Suprême a affirmé dans une réponse à la Cour supérieure de la province de Canton que la convention d'arbitrage était reconnue lorsque les parties ont fait référence à l'arbitrage ad hoc ou à l'organe non permanent d'arbitrage⁵⁴. Sachant que cette réponse vise seulement la situation d'une affaire spécifique, la Cour suprême a rendu publique une *Notification* en 2009, selon laquelle

⁴⁸ L'article 19 dispose que : « la convention d'arbitrage est indépendante. Sa validité n'est pas affectée par la modification, la résiliation, la résolution et la nullité du contrat principal ».

⁴⁹ *Règlement du contrôle judiciaire*, art 13.

⁵⁰ *Loi concernant la loi appliquée à la relation civile internationale du 28 octobre 2010*, art 18.

⁵¹ *Règlement du contrôle judiciaire*, art 15.

⁵² *Règlement du contrôle judiciaire*, art 14.

⁵³ L'article 2 dispose que : « On entend par " sentences arbitrales " non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises ».

⁵⁴ La réponse de la Cour suprême relative à la validité de la convention d'arbitrage insérée dans le connaissance du litige : Cour Suprême Populaire Chinoise, *Productive Materials Corporation of Fujian Province v Jinge Shipping Ltd. Co*, 20 octobre 1995, Fahan 1995, n°135.

les sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage ad hoc à Hong Kong pourraient être exécutées en Chine continentale⁵⁵. En 2015 la Cour suprême a donné une disposition générale de la reconnaissance de l'arbitrage ad hoc sans mentionner spécifiquement le siège de l'arbitrage⁵⁶.

Contrairement à l'arbitrage ad hoc à l'étranger, l'arbitrage ad hoc en Chine continentale n'a jamais été reconnu jusqu'à l'entrée en vigueur de l'*Avis de la protection juridique pour les zones franches* du 30 décembre 2016 (ci-après *Avis*), dont l'article 9 reconnaît l'arbitrage ad hoc entre les entreprises inscrites dans les zones franches

si les parties ont convenues de soumettre le litige aux personnes spécifiques pour le recours à l'arbitrage à un endroit spécifique en Chine continentale en respectant le règlement d'arbitrage spécifique.

Néanmoins cet article exige un grand degré de précision pour la convention d'arbitrage ad hoc (A), ce qui est défavorable à son développement. De plus, un seul article n'est pas suffisant pour réglementer l'arbitrage ad hoc en Chine, et certains juristes chinois cherchent un modèle approprié de l'élaboration des règles de l'arbitrage ad hoc (B).

A. Les discussions autour de la règle unique sur l'arbitrage ad hoc

La nouvelle règle encadre l'arbitrage ad hoc en adoptant un « endroit spécifique » (1), des « personnes spécifiques » (2) et le « règlement d'arbitrage spécifique » (3). Toutefois, en cas d'arbitrage ad hoc, les parties n'indiquent pas souvent clairement les éléments relatifs à la procédure et le droit d'État devrait assister au bon déroulement de l'arbitrage. Cette règle est donc contraire à l'objectif des législateurs de promouvoir la diversité des modes de règlement des différends dans les zones franches.

1. LE SIÈGE DE L'ARBITRAGE

Même si la Chine n'utilise pas « le siège de l'arbitrage » dans la disposition susvisée, il est évident que le lieu précis de l'arbitrage est indispensable pour la convention d'arbitrage. Le siège de l'arbitrage n'a pas seulement un sens géographique, mais aussi une importance juridique. Il pourrait avoir un lien avec le for de l'arbitrage, l'application des règles procédurales et celles de l'annulation, etc. Compte tenu du fait qu'il convient d'éviter les différends potentiels résultant du siège de l'arbitrage, la Chine exige une indication claire du lieu. Néanmoins, afin de promouvoir l'arbitrage, la *Loi-type de la CNUDCI* considère la détermination du siège de l'arbitrage dans la convention

⁵⁵ Cour Suprême Populaire Chinoise, "Avis de la Cour Suprême Populaire Chinoise relatif à l'exécution des sentences arbitrales Hongkongaises en Chine continentale" Fa n°415, 30 décembre 2009.

⁵⁶ Selon l'article 545 de l'*Explication de la LPC* du 30 janvier 2015, lorsqu'une partie demande la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue par un arbitrage ad hoc sur un territoire autre que la Chine, la cour la traite dans le cadre de la convention internationale ou du principe de la réciprocité.

d'arbitrage comme le droit des parties plutôt que l'obligation⁵⁷. Sous la disposition chinoise, la dépense de recours à l'arbitrage est donc plus lourde.

De surcroît, en l'absence d'illustration d'un « endroit spécifique », l'exigence du siège de l'arbitrage ne peut pas mettre fin à un différend. Puisque l'*Avis* n'exige pas le choix d'un endroit dans la zone franche, les parties peuvent désigner un lieu en Chine. Toutefois si les parties ne font que le choix de l'arbitrage en Chine sans aucune précision, la question se pose de savoir si la validité de la convention d'arbitrage sera retenue par la cour. Étant donné que l'objectif de l'*Avis* est d'introduire et de promouvoir la popularité de l'arbitrage ad hoc en matière de commerce international, le tribunal arbitral devrait s'attribuer le pouvoir de la détermination du siège de l'arbitrage dès que les parties ont la volonté du recours à l'arbitrage⁵⁸.

2. LE RÈGLEMENT D'ARBITRAGE

Le règlement d'arbitrage traite les pratiques d'arbitrage, y compris la saisine, les frais, les droits et les obligations des parties, etc. En cas d'arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage fourni par l'institution désignée est appliqué. À défaut de l'institution d'arbitrage spécifiée, les parties devraient aussi avoir une série de règles pour mener la procédure. Sachant qu'elles ont tendance à faire référence aux conventions internationales et aux règlements des institutions d'arbitrage, la Chine reconnaît leur validité dans l'arbitrage ad hoc à l'étranger⁵⁹. Au vu de l'exigence du règlement d'arbitrage spécifique dans l'*Avis*, certaines organisations commencent à publier des règlements d'arbitrage spéciaux pour faciliter le recours à l'arbitrage ad hoc en Chine⁶⁰. Toutefois l'*Avis* ne dispose d'aucune règle lorsque les parties ne prévoient pas de règlement d'arbitrage dans la convention. En revanche, les législations internationales et étrangères attribuent le pouvoir au tribunal arbitral de sélectionner le règlement approprié⁶¹. Il est évident que la législation future sur l'arbitrage ad hoc va s'approcher des pratiques étrangères⁶².

⁵⁷ L'article 20 prévoit que : « Les parties sont libres de décider du siège de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties »; en outre, une grande majorité des droits n'imposent pas le critère relatif au siège de l'arbitrage en déterminant la validité de la convention d'arbitrage.

⁵⁸ Shengcui Zhang et Zhijun Fu, « Recherche sur l'innovation de l'arbitrage ad hoc des zones franches » (2019) 21:2 *Journal de l'Université des finances de Shanghai* 140 à la p 143.

⁵⁹ Par exemple, la cour intermédiaire de Shanghai a reconnu et exécuté une sentence rendue par un tribunal ad hoc selon le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*; Yaya Zhang, « L'effet de la délocalisation d'arbitrage sur le choix du siège de l'arbitrage » (2008) 5:4 *Recherche de l'arbitrage* 30 à la p 31.

⁶⁰ La Commission d'arbitrage de la ville de Zhuhai a publié le *Règlement d'arbitrage ad hoc de la Zone franche de Hengqin* le 14 avril 2017; la Fédération d'arbitrage a ensuite également rendu public le *Règlement d'arbitrage ad hoc* sur le web.

⁶¹ Par exemple, en vertu de l'article 19 de la *Loi type de la CNUDCI*, faute d'une convention de la procédure à suivre par le tribunal arbitral, le tribunal peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié; l'article 19 de l'*Ordonnance de l'arbitrage de Hong Kong* accorde le pouvoir au tribunal arbitral de trancher le litige en suivant la procédure qu'il considère comme appropriée.

⁶² Les législations étrangères et internationales seraient les sources importantes pour la Chine à partir desquelles elle pourrait élaborer ses propres règles d'arbitrage ad hoc; selon certains juristes, puisque la

3. LES PERSONNES SPÉCIFIQUES

« Arbitration is only as good as the arbitrator », un bon arbitre donne toute la valeur à la sentence arbitrale. Le droit chinois et les règlements d'arbitrage attachent une grande valeur à la qualité des arbitres. En matière d'arbitrage institutionnel, les arbitres nommés doivent satisfaire aux critères de la *Loi sur l'arbitrage*⁶³.

Il est hors de question que les parties puissent nommer des arbitres ad hoc dont la qualité n'est pas conforme à la *Loi sur l'arbitrage*. Toutefois, la question se pose à propos de la qualification des personnes non conforme aux critères d'arbitre ci-dessus dans l'arbitrage ad hoc.

Par rapport aux droits étrangers, les exigences de la *Loi sur l'arbitrage* sont les plus strictes⁶⁴ et il semble que la qualité des sentences rendues par les arbitres qualifiés soit rassurante. Mais l'on constate que les institutions d'arbitrage excluent des arbitres en raison de la non-conformité de leurs conduites à l'équité⁶⁵. D'après une étude empirique, un certain nombre d'arbitres qualifiés ont avoué qu'ils avaient la tendance à rester favorable aux parties qui les avaient désignés tout au long de l'instance⁶⁶. Les pratiques montrent pleinement que la compétence professionnelle des arbitres ne signifie pas nécessairement l'impartialité de la sentence.

Il faut souligner le fait que les personnes qui ne satisfont pas aux critères prévus par la *Loi de l'arbitrage* pourraient aussi avoir une réputation⁶⁷ et des connaissances requises. Il serait déraisonnable d'établir simplement les normes fixes

Loi type de la CNUDCI est déjà suivie par la législation d'un grand nombre de pays, la Chine devrait également la respecter pour s'intégrer dans le monde de l'arbitrage; au lieu de suivre un exemple seul, les autres juristes relèvent que la Chine devrait faire une comparaison entre les législations des pays occidentaux et sélectionner les règles les plus appropriées; Kepeng Zhu et Kai Da, « Commentaire sur la CNUDCI » (1996) 33:5 *Journal de l'Université de Wuhan* à la p 21; Shengcui Zhang et Zhijun Fu, *supra* note 58 aux pp 150–151.

⁶³ Selon l'article 13, un arbitre est une personne juste et honnête, et il doit satisfaire à un critère : (1) une expérience de travail relatif à l'arbitrage de 8 ans minimum; (2) une expérience d'avocat de 8 ans minimum; (3) une expérience de juge de 8 ans minimum; (4) professeur, vice-professeur ou chercheur en droit; (5) professeur ou vice-professeur en économie ou commerce ayant les connaissances juridiques ou une personne ayant le niveau équivalent.

⁶⁴ Par exemple, selon l'article 1450 du Code de procédure civile (France), un arbitre devrait être « une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits » en matière d'arbitrage interne et cette restriction ne s'applique pas dans l'arbitrage international; à part de l'exercice de plein de droit, l'article 812 du Code de procédure civile (Italie) exclut les « bankrupts and persons barred from public offices »; la *Loi sur l'arbitrage de Taïwan* impose des critères de carrière d'arbitre nommé, néanmoins ils restent plus laxistes que ceux prévus dans la *Loi sur l'arbitrage chinois*.

⁶⁵ Selon l'information publiée par la Commission d'arbitrage de la ville de Tianjin, elle a récusé un arbitre pour avoir eu un contact illicite avec un conseiller d'une partie; Kai Xiao, « La déontologie et la responsabilité des arbitres dans l'affaire Fushile » (2006) 29:10 *Études juridiques chinoises* 28 à la p 29.

⁶⁶ Faqiang Yuan, Xuan Liu, Weilong Deng et Meiwen Wang, « Le rapport sur le fonctionnement des institutions d'arbitrage chinoises : le chemin du développement des institutions d'arbitrage » (2010) 7:1 *Arbitrage de Pékin* à la p 140.

⁶⁷ Selon une étude menée par le vice-secrétaire actuel de l'Association chinoise du droit de l'arbitrage, les personnes qui bénéficient d'une bonne réputation sont davantage susceptibles d'être nommées arbitres que les autres; Jian Chen, *Le statut des arbitres dans l'économie de marché*, Thèse, Beijing, Université de l'économie et du commerce extérieur, 2007 aux pp 8–9.

pour déterminer la qualification d'un arbitre⁶⁸. Étant donné que la plupart des entreprises inscrites dans les zones franches se sont dotées de services juridiques, qui doivent connaître le niveau réel des personnes dans un certain secteur, il faut leur faire confiance lorsqu'il s'agit de nommer les arbitres compétents. Par contre, les critères supplémentaires imposés par la loi portent atteinte à la liberté des parties et ils pourraient les décourager de recourir à l'arbitrage ad hoc.

De plus, les dispositions dans la *Loi sur l'arbitrage* relatives à la qualification d'arbitre s'appliquent uniquement aux citoyens chinois, tandis que le droit chinois ne prévoit aucun critère d'expérience pour les étrangers nommés arbitres en Chine. Il est convenu que les juristes chinois sont aussi capables de trancher les litiges que les arbitres étrangers et le traitement différencié de nomination d'arbitres entraînerait le mécontentement du milieu de l'arbitrage chinois.

Par rapport aux droits étrangers, l'*Avis* impose plus de responsabilités aux parties en leur demandant de se mettre d'accord sur les arbitres qualifiés. En revanche, il ne prévoit aucune assistance de la justice étatique. Selon certains juristes, en vue de respecter la volonté de recours à l'arbitrage, la cour devrait intervenir en procédant à la désignation des arbitres en l'absence de nomination des personnes appropriées par les parties⁶⁹.

B. Le modèle d'élaboration des règles de l'arbitrage ad hoc

Selon l'article 8 de la *Loi sur la législation*, la réglementation du domaine de l'arbitrage relève de la compétence législative du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine (ci-après Comité permanent) et les règles de l'arbitrage ad hoc devraient donc être élaborées par le Comité permanent. Sachant que la *Loi sur l'arbitrage* a été promulguée il y a une vingtaine d'années et qu'elle ne s'adapte pas au besoin d'accroissement des échanges extérieurs, le Comité permanent a mentionné le droit de l'arbitrage dans le *Plan de législation*⁷⁰. Toutefois, par crainte des risques inconnus de l'arbitrage ad hoc, il est hasardeux pour la Chine d'étendre l'arbitrage ad hoc da toute la Chine et pour toutes les parties dans la nouvelle *Loi sur l'arbitrage*. Quant à l'arbitrage ad hoc dans les zones franches, il est peu probable qu'une loi spéciale soit adoptée en raison des missions saturées du Comité permanent⁷¹.

⁶⁸ Yunlai Chen, « Les défauts des règles de l'arbitrage en matière d'assurance dans le secteur de l'agriculture et les solutions législatives » (2010) 30:2 Journal de l'Université centrale des finances à la p 83.

⁶⁹ Beiping Chu et Qiang Shi, « L'établissement de l'arbitrage ad hoc dans les zones franches » (2019) 41:1 Sciences sociales à la p 111; Shengcui Zhang et Zhijun Fu, *supra* note 58 à la p 146.

⁷⁰ Selon le *Plan de législation* publié par le Comité permanent de la XXIII^e assemblée populaire nationale de Chine, le projet de la nouvelle *Loi de l'arbitrage* sera soumis à l'examen lorsque les conditions seront remplies.

⁷¹ Le *Plan de législation* établit trois catégories de projet de loi; la première catégorie désigne les projets qui seront soumis à l'examen durant le mandat du Comité permanent actuel; la législation de l'arbitrage est mise dans la deuxième catégorie, et elle n'a aucune priorité par rapport aux sujets dans la catégorie mentionnée ci-dessus.

Afin d'établir un environnement favorable au commerce international dans les zones franches, le Comité permanent pourrait attribuer le pouvoir d'élaborer les règlements administratifs au Conseil des affaires d'État selon les besoins⁷². Toutefois, il vise les sujets administratifs plutôt que les sujets en matière commerciale, ce qui ne peut pas résoudre les problèmes liés à l'instance arbitrale⁷³. En même temps, compte tenu du coût d'élaboration des règles, il est plus approprié pour la Cour Suprême de combler le vide en rendant de nombreuses explications judiciaires.

En vue de résoudre le dilemme, certains juristes proposent de faire référence à l'article 74 de la *Loi sur la législation*, qui dispose que :

les Assemblées locales et leurs Comités permanents du lieu où se trouvent les zones économiques spéciales peuvent élaborer les lois qui sont exécutées dans ces zones⁷⁴.

Par rapport à la législation nationale, l'élaboration locale est plus flexible, ce qui permet aux organes locaux d'adopter les règles correspondant à la situation de chaque région.

Or les zones économiques spéciales étaient créées à titre expérimental pour la réforme économique, avec l'objectif de trouver la voie appropriée vers l'économie de marché, tandis que les zones franches sont inaugurées en tant que zone portuaire libre, avec une série de règles spéciales allégeant les barrières, telles que la réduction des formalités administratives et l'annulation de quota des produits importés, en vue d'attirer les capitaux étrangers. La zone économique spéciale et la zone franche sont deux entités différentes, et l'article 74 ne s'applique pas à la législation sur les zones franches⁷⁵. Afin d'encadrer l'arbitrage ad hoc, il est souhaitable que l'Assemblée populaire nationale de la Chine et le Comité permanent élargissent le champ de la zone économique spéciale à la zone franche, de telle sorte que les organes locaux élaborent les règles adaptées à l'arbitrage ad hoc et écartent les dispositions inappropriées dans la *Loi sur l'arbitrage*.

En outre, selon l'article 98 de la *Loi sur la législation*, les assemblées et les comités permanents peuvent adopter les lois locales sans autorisation, à condition qu'ils les soumettent au Comité permanent et au Conseil des affaires d'État dans un délai de trente jours à compter de la publication⁷⁶ et les lois sont valides si elles ne

⁷² *Loi sur la législation*, art 9.

⁷³ Le Comité permanent a rendu publiques les décisions relatives au transfert de pouvoir d'ajuster les objets visés par l'approbation administrative au Conseil des affaires d'État dans les zones franches de Shanghai, Tianjin, Fujian et Canton.

⁷⁴ Meng Li, « Le transfert du pouvoir législatif dans les zones franches » (2017) 2 *Journal de l'institut des sciences politiques et juridiques de la province de Gansu*; Dujuan Yuan, « L'arbitrage dans la zone franche de Shanghai », (2014) 9 *Études juridiques*.

⁷⁵ La *Loi sur la législation* a été promulguée en 2000, tandis que la première zone franche a été en Chine en 2013; donc cette loi ne vise pas les zones franches.

⁷⁶ Les assemblées locales et les comités permanents ont déjà adopté plusieurs documents législatifs, tels que le *Règlement de la Zone franche de Shanghai* et le *Règlement de la Zone franche de Tianjin*.

sont pas annulées par le Comité permanent⁷⁷. Les organes locaux pourraient donc suivre cette voie en adoptant les règles relatives à l'arbitrage ad hoc dans les zones franches.

Depuis longtemps l'arbitrage est considéré comme la justice étrangère et la conformité aux lois était la priorité dans les procédures des recours. En revanche, l'assistance de la justice étatique, qui est indispensable au succès grandissant de l'arbitrage, est rarement mentionnée. Avec le développement de la théorie de l'arbitrage et les besoins d'attirer les investissements étrangers, la Chine réalise le rapport de complémentarité entre la justice arbitrale et la justice étatique. Les nouvelles règles promulguées par la Cour suprême jouent un rôle positif dans la modernisation du droit de l'arbitrage. Néanmoins, ces règles sont appliquées dans le cadre de la *Loi sur l'arbitrage*, qui est issue de connaissances de l'arbitrage inadaptées au développement du commerce chinois, et la plupart des problèmes ne sont pas encore résolus. En ce sens, un système idéal de l'arbitrage dépend de la nouvelle législation de l'arbitrage de base.

⁷⁷ *Loi sur la législation*, art 97.