



HAL
open science

Les contrats de joint ventures sino-étrangères devant l'arbitre international

Jane Willems

► **To cite this version:**

Jane Willems. Les contrats de joint ventures sino-étrangères devant l'arbitre international. Droit. Université d'Angers, 2013. Français. NNT: . tel-03181452

HAL Id: tel-03181452

<https://theses.hal.science/tel-03181452>

Submitted on 25 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Thèse de Doctorat

Jane Willems

*Mémoire présenté en vue de l'obtention du
grade de Docteur de l'Université d'Angers
sous le label de l'Université Nantes Angers Le Mans*

Discipline : 01
Spécialité : Droit Privé
Unité de recherche : centre Jean Bodin

Soutenu le 12 décembre 2013
Thèse N° : 1326

Les contrats de joint ventures sino-étrangères devant l'arbitre international

JURY

Rapporteurs : **Mme Sandrine CLAVEL**, Professeur, Université de Versailles-Saint Quentin
M. Mathias AUDIT, Professeur, Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Examineurs : **M. Eddy LAMAZEROLLES**, Professeur, Université de Poitiers
M. Pascal LEHUEDE, Maître de Conférences, Université d'Angers

Directeur de Thèse : **M. Yves DOLAIS**, Maître de Conférences, Université d'Angers

Principales abréviations

BAC	Beijing Arbitration Commission
AIC	Administration de l'Industrie et du Commerce de la RPC
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CIRDI	Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJV	Contractual/cooperative joint venture
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne le 11 avril 1980
EJV	Equity joint venture
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Court
ICC	International Chambre of Commerce
JV	Joint venture
PGDC	Principes généraux de droit civil de la RPC (1986)
RMB	Renminbi, monnaie de la PRC
ROC	Republic of China
RPC	République populaire de Chine
TBI	Traité bilatéral d'investissement
ZES	Zones économiques spéciales

Sommaire

Première partie L'arbitre international et le règlement des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères

TITRE I	La compétence de l'arbitre et le règlement des litiges
Chapitre I	Une compétence arbitrale encadrée
Chapitre II	Une compétence arbitrale limitée
TITRE II	Les règles matérielles applicables au règlement des litiges
Chapitre I	Les règles matérielles applicables par l'arbitre
Chapitre II	Les règles matérielles appliquées par l'arbitre

Seconde partie Le règlement des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères par l'arbitre international

TITRE I	Le règlement des litiges liés à la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères
Chapitre I	Les litiges liés aux conditions de fond de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères
Chapitre II	Les litiges liés aux conditions de forme de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères
TITRE II	Le règlement des litiges liés à l'exécution des contrats de joint ventures sino-étrangères
Chapitre I	Les litiges liés aux obligations pécuniaires des associés
Chapitre II	Les litiges liés à l'exploitation de la joint venture

Table des matières

Introduction générale	8
Première partie - L'arbitre international et le règlement des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères	20
Titre I – La compétence de l'arbitre international et le règlement des litiges	22
Chapitre 1 – Une compétence arbitrale encadrée.....	22
Section I – Un régime de l'arbitrage international encadré	22
§1 L'internationalité et l'indépendance du régime d'arbitrage international chinois.....	24
A. L'internationalité de l'arbitrage international chinois	25
1. La constitution du tribunal arbitral.....	27
2. La langue chinoise comme langue de l'arbitrage.....	30
B. Le principe de compétence-compétence	32
1. L'effet positif du principe de compétence-compétence.....	33
2. L'effet négatif du principe de compétence-compétence.....	37
§ 2 L'indépendance de la convention d'arbitrage.....	39
A. L'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal.....	40
1. Le domaine de la survie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal.....	40
2. Examen des cas de survie de la clause compromissoire	42
B. L'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la loi applicable au contrat principal.....	45
1. La loi applicable à la convention d'arbitrage en présence d'un choix des parties	47
2. La loi applicable à la convention d'arbitrage à défaut de choix des parties.....	48
a. Les facteurs de rattachement utilisés pour déterminer la loi applicable.....	48
b. La mise en œuvre des facteurs de rattachement pour déterminer la loi applicable	
51	
i. Dans le cas où le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage coïncident	51
ii. Dans le cas où le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage différent.....	54
Section II Un régime de la convention d'arbitrage encadré	59
§ 1 L'autonomie de la volonté et la convention d'arbitrage	59
§ 2 L'existence du consentement à la convention d'arbitrage	61
1. L'expression d'une volonté	62
2. L'identification de l'arbitrage comme mode de résolution du litige	66
3. L'identification d'une commission d'arbitrage.....	69
Chapitre 2 – Une compétence arbitrale contrastée.....	71
Section I – Un domaine arbitral large	71
§ 1 Une arbitrabilité subjective non définie	72
§ 2 Une arbitrabilité objective étendue	75
A. Les différends administratifs.....	76
B. Les différends inarbitrables non explicitement prévus par la législation chinoise.....	77
Section II – Une conception restrictive du consentement à la convention d'arbitrage	81
§ 1 L'étendue <i>ratione personae</i> du consentement	82
A. L'extension fondée sur le consentement	82
1. Mandat de représentation	83
2. Consentement tiré de la négociation et de l'exécution du contrat.....	87
3. Incorporation par référence.....	92
4. Transmission de droits d'associé d'une joint venture.....	94
B. L'extension fondée sur le droit des sociétés	96
1. La loi applicable au statut de la société	96
2. La sanction de l'abus de personnalité morale dans la jurisprudence étatique chinoise	
99	
3. La sanction de l'abus de personnalité morale dans les sentences arbitrales chinoises	
102	
§ 2 L'étendue <i>ratione materiae</i> du consentement	106
A. L'appréciation <i>ratione materiae</i> des litiges soumis à la clause compromissoire	107

1.	La compétence <i>ratione materiae</i> de l'institution d'arbitrage.....	107
2.	L'étendue des litiges couverts par la convention d'arbitrage.....	110
B.	Litige lié à des contrats multiples.....	116
1.	Extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats lorsque les parties sont identiques.....	118
a.	L'appréciation de l'intention exprimée par les parties aux contrats.....	120
b.	L'appréciation des relations entre les contrats.....	121
2.	Extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats lorsque les parties sont différentes.....	129
a.	Litige entre associés portant sur un contrat conclu par l'un d'eux avec un tiers	130
b.	Litige relatif à un contrat entre un associé et la joint venture et extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture.....	136
C.	Litige lié à des questions multiples.....	139
Titre II	Les règles matérielles applicables aux litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères.....	142
Chapitre I	Les règles matérielles applicables par l'arbitre.....	142
Section I	Le droit applicable au contrat de joint venture.....	143
§ 1	La détermination par l'arbitre de la loi applicable au fond.....	143
§ 2	La restriction au principe de choix de loi en matière de contrat de joint venture sino- étrangère.....	147
A.	La qualification du contrat ou du litige par le tribunal arbitral.....	150
B.	La règle de conflit mise en œuvre par le tribunal arbitral.....	152
1.	La formulation de la règle imposant l'application du droit chinois.....	153
2.	La nature de la règle imposant l'application du droit chinois.....	158
a.	le caractère impératif des dispositions légales imposant l'application du droit local.....	159
b.	... et l'absence de véritable principe d'autonomie de la volonté.....	160
3.	Le fondement de la règle imposant l'application du droit chinois.....	162
Section II	La portée de la règle imposant l'application du droit chinois.....	163
§ 1	Le domaine de la loi applicable.....	163
A.	Le domaine d'application du droit interne chinois.....	163
B.	L'application du droit international.....	164
1.	L'application des traités internationaux.....	166
2.	L'application de la pratique internationale.....	168
§ 2	Le droit applicable aux autres contrats.....	169
A.	L'extension de la loi du contrat de joint venture aux contrats accessoires.....	170
B.	L'application du droit chinois aux conventions proches du contrat de joint venture ..	170
1.	Les contrats liés à la création du véhicule d'investissement.....	171
2.	Les contrats liés à la gestion et à la transformation du véhicule d'investissement.	171
C.	La loi applicable aux autres contrats internationaux liés à l'activité de la joint venture	176
1.	La loi applicable en cas de choix des parties.....	177
2.	La loi applicable en l'absence de choix des parties.....	179
i.	L'application d'un droit étatique.....	179
ii.	L'application du droit international.....	182
Chapitre II	Les règles matérielles appliquées par l'arbitre.....	183
Section 1	Les règles matérielles du droit national appliquées au contrat.....	184
§ 1	L'application des textes législatifs.....	184
A.	La publication des normes juridiques.....	186
B.	Application de la loi nouvelle aux contrats en cours.....	188
1.	L'application de la loi sur les contrats aux contrats en cours.....	188
2.	Application de la loi sur les sociétés aux contrats de joint ventures.....	191
§ 2	L'application de la réglementation administrative.....	192
§ 3	L'application du droit local.....	195
Section 2	Les autres règles matérielles appliquées au contrat.....	197
§ 1	L'application des principes du droit chinois.....	197
§ 2	Le statut du droit étranger.....	201

Seconde partie - Le règlement par l'arbitre international des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères.....205

Titre I – Le règlement des litiges liés à la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères 205

Chapitre I Les litiges relatifs aux conditions de fond de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères..... 208

Section I Les parties au contrat de joint venture sino-étrangère 208

§ 1 Le partenaire chinois 208

A. L'exclusion des ressortissants chinois..... 209

1. La notion de personne physique 209

a. Personne physique et citoyen 209

b. La capacité civile des personnes physiques..... 210

2. La qualité d'investisseur des personnes physiques 212

a. L'exclusion des personnes physiques de la qualité d'investisseur 212

a. Les limites du défaut de statut d'investisseur des nationaux chinois..... 213

i. L'absence d'exclusion en droit international des investissements 214

ii. Les limites de l'exclusion en droit interne des investissements 217

B. L'exclusivité accordée aux entités économiques chinoises 219

1. Les entités économiques chinoises..... 220

a. Les entreprises économiques chinoises 221

i. Les caractéristiques communes aux entreprises chinoises..... 222

ii. Les catégories d'entreprises 224

b. Les sociétés de droit chinois..... 234

c. Les autres organisations économiques chinoises..... 237

2. La nationalité de l'entité chinoise 242

a. La détermination de la nationalité de la personne morale en droit interne chinois 242

b. La détermination de la nationalité d'une personne morale dans les TBI chinois 244

§ 2 Le partenaire étranger 248

A. Le partenaire étranger personne physique..... 248

1. La nationalité étrangère comme critère d'extranéité du partenaire 248

2. La résidence du partenaire comme critère d'extranéité 249

B. L'entité étrangère 254

Section II Le consentement 259

§ 1 L'existence du consentement 259

A. Le régime du consentement dans le droit des contrats antérieur à la loi sur les contrats 259

1. Le principe d'égalité et d'avantage réciproques 261

2. Le principe du libre accord par la négociation 262

3. La sincérité de l'intention exprimée 264

B. Le principe du volontarisme et le régime de la loi sur les contrats 265

§ 2 La sincérité du consentement..... 267

A. Le dol..... 267

B. L'abus de faiblesse..... 274

C. La violence..... 277

Chapitre II Les litiges relatifs aux conditions de forme de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères 278

Section I Des conditions de forme rigoureuses 278

§ 1 L'écrit..... 279

A. L'écrit comme condition de formation du contrat 279

B. L'écrit comme mode de preuve du contrat..... 281

§ 2 L'approbation du contrat 283

A. L'obligation d'approbation 283

B. Le domaine de l'obligation d'approbation 287

1. L'approbation de l'investissement de création 287

a. L'approbation du contrat de joint venture 287

b. Les modifications substantielles du contrat de joint venture 290

2.	Les restructurations, les transformations et les cessions.....	292
3.	Les contrats d'application.....	293
Section II.	Des sanctions qui fragilisent le sort de l'investissement.....	295
§ 1	La sanction du défaut d'approbation dans les litiges fondés sur des demandes d'ordre contractuel.....	295
A.	Les effets de l'approbation.....	295
B.	Sanction du défaut d'approbation : de la nullité à la validité <i>inter-partes</i> du contrat.....	297
1.	La nullité ou l'invalidité (<i>wuxiao</i>).....	298
a.	Le défaut d'approbation du contrat de joint venture sino-étrangère.....	299
b.	Le sort des conventions comportant une modification substantielle et des contrats d'application dépourvus d'approbation.....	300
c.	Le sort des cessions non approuvées.....	302
2.	Une solution transitoire : la validité <i>inter-partes</i> de la convention dépourvue d'approbation.....	304
§ 2	Les conséquences du défaut d'approbation dans les demandes fondées sur les TBI.....	308
A.	La condition d'approbation de l'investissement par le pays récepteur dans les TBI.....	308
B.	La condition de conformité à la législation du pays récepteur dans les TBI.....	309
Titre II	Le règlement des litiges liés à l'exécution des contrats de joint ventures sino-étrangères	312
Chapitre I	Les litiges liés aux obligations pécuniaires des associés.....	312
Section I.	Les litiges liés aux obligations pécuniaires des associés.....	312
§ 1	Les apports et contributions des associés.....	313
A.	Forme de l'apport.....	314
1.	L'apport en numéraire.....	315
2.	L'apport en nature.....	317
a.	L'apport d'un droit d'usage de terrain et de locaux industriels.....	317
i.	La conformité matérielle de l'apport en droit d'usage de terrain.....	317
ii.	Le retrait du droit d'usage immobilier.....	320
iii.	La conformité juridique de l'apport en droit d'usage de terrain.....	321
b.	L'apport sous forme de bien meuble corporel ou incorporel.....	328
B.	L'évaluation et la vérification de l'apport.....	330
1.	L'évaluation de l'apport de l'investisseur étranger.....	331
2.	L'évaluation d'apports biens d'Etat.....	332
C.	La sanction du retard et du défaut de réalisation de l'apport.....	334
§ 2	L'obligation de participation aux résultats.....	341
A.	L'obligation de partage des profits et pertes dans les EJV.....	342
B.	L'obligation de partage des profits et pertes dans les CJV.....	344
Chapitre II.	Les litiges relatifs à l'exploitation de la joint venture.....	349
Section 1	Les litiges relatifs à l'administration et au contrôle de la joint venture sino-étrangère.....	350
§ 1	L'administration de la joint venture.....	350
A.	Le conseil d'administration de la joint venture sino-étrangère.....	350
B.	La gestion par les administrateurs et les directeurs généraux.....	352
§ 2	La pérennité des droits d'associés de la joint venture.....	355
A.	Le contrôle de fait de la joint venture sino-étrangère.....	355
B.	L'exclusion d'un associé de la joint venture sino-étrangère.....	357
Section 2	Les litiges relatifs aux obligations de coopération et de non concurrence des partenaires de la joint venture sino-étrangère.....	358
Conclusion générale		364
Bibliographie		366
I.	Ouvrages généraux, encyclopédies, cours et thèses dactylographiées.....	366
II.	Articles.....	368
III.	Colloques et conférences.....	375
IV.	Publications en langue chinoise.....	375
V.	Rapports, Etudes.....	376
VI.	Textes juridiques de la RPC.....	376
6.1	Lois.....	377
6.2	Décrets et réglementation administrative.....	378

6.3	Textes juridiques émanant de la Cour suprême	379
6.3.1	Interprétations de la Cour suprême	379
6.3.2	Avis, opinions, dispositions et réponses de la Cour suprême	379
6.4	Règlements d'arbitrage.....	380
VII.	Principaux sites internet consultés.....	380
VIII.	Principales décisions de justice nationales	380
8.1	France	380
8.2	Chine.....	381
8.3	Autres juridictions.....	383
IX.	Principales sentences arbitrales	383
9.1	Décisions et sentences arbitrales CIETAC	383
9.1.1	Décisions CIETAC publiées en langue chinoise et anglaise	383
9.1.2	Sentences arbitrales CIETAC publiées en langue anglaise	384
9.1.3	Sentences arbitrales CIETAC publiées en langue chinoise	385
9.3	Sentences Stockholm Chamber of Commerce	389
9.4	Sentences Chambre de Commerce Internationale	389
9.5	Sentences <i>ad-hoc</i>	389
9.6	Sentences CIRDI.....	390
	Liste des Annexes	390

Introduction générale

1. Les joint ventures sino-étrangères, que la Chine a imposé dès 1979 comme le support des investissements étrangers, occupent une place centrale dans le développement des investissements étrangers. Elles ont été la pierre angulaire de l'histoire des investissements étrangers en Chine depuis 1978, qui est également celle d'une réussite extraordinaire : les investissements directs étrangers ont accompagné le « miracle économique de la Chine »¹.

2. A la quête de la modernisation que la Chine recherchait depuis la fin du 19^{ème} siècle, avait vainement espéré de la révolution de 1949, la réforme de décembre 1978 apporte enfin une réponse². A cette date, sous l'impulsion de Deng Xiaoping, la Chine ouvre une nouvelle ère de son histoire avec l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture (*gaige kaifang*, 改革开放) comme modèle de développement³. La Chine est depuis passée, en 30 ans, moyennant un rythme de croissance annuel de 10%⁴, d'une économie sous développée à celle d'une superpuissance (ou surpuissance). Aucun pays, qui a réformé son économie par l'ouverture aux investissements directs étrangers et en les plaçant au centre de son développement économique, n'a connu la modernisation et la croissance expérimentées par Chine.

3. Cette réforme et cette ouverture ont également impliqué une réforme structurelle de l'économie chinoise, telle qu'elle existait à la fin des années 1970. Elle a conduit également à une réforme juridique fondamentale, qui a nécessité la création d'un cadre juridique *ex nihilo* afin d'accompagner cette ouverture aux investissements étrangers. La formation du droit interne et international des investissements étrangers en Chine a fourni dès 1979 les outils

¹ M.-C. BERGERE, *Capitalismes & capitalistes en Chine, des origines à nos jours*, Paris, Perrin, 2007, chap 6.

² M.-C. BERGERE, *Ibid.*

³ La genèse de cette décision politique, prise par Deng Xiaoping peu après son accès au pouvoir, est liée sa volonté de reproduire à l'échelle de la Chine le succès économique constaté lors de sa visite à Singapour en 1978, treize ans après son indépendance de la Malaisie. Lors de la 3^{ème} session du 11^{ème} Congrès du PCC, Deng Xiaoping prononce un discours, intitulé « libérer l'esprit, rechercher la vérité à partir des faits, s'unir unanimement et regarder vers l'avenir », et propose la relance économique de la Chine par le haut de « laisser certains s'enrichir d'abord, laisser une partie des régions s'enrichir d'abord, puis cette richesse finira par gagner l'ensemble du pays ».

⁴ Le taux de croissance de la Chine qui était de 1,8% en 1978 est passé à une moyenne de 9,8%, constatée en 2008, V. CHEN Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, Martinus Nijhoff, 2009, chapitre 17.

nécessaires à l'attraction des investissements étrangers qui sont, depuis 2001, désormais également au service des investissements chinois à l'étranger.

4. L'analyse des sentences arbitrales rendues en matière d'investissements étrangers en Chine est indispensable à la compréhension du droit positif dans ce domaine juridique. Le travail de connaissance et d'approfondissement du droit des investissements chinois accompli par les arbitres, saisis de la plupart des litiges relatifs aux investissements étrangers en Chine, constitue une source unique pour comprendre le contenu et la portée des règles applicables aux instruments conventionnels édictés dans les quelques textes législatifs et administratifs disparates. Cette thèse propose d'étudier le contour des règles du droit chinois des investissements issues du contentieux arbitral des joint ventures sino-étrangères constituées durant « l'âge d'or des joint ventures », à savoir entre 1991 et 1998, lorsqu'elles représentaient le mode principal d'implantation en Chine pour une entreprise étrangère. Le corpus des sentences arbitrales internationales issues des décisions rendues entre 1995 et 2006, dans un environnement juridique local dépourvu de tradition juridique, contient la matière indispensable à l'analyse de la construction et du développement d'un droit chinois des investissements étrangers, mais également du droit chinois des contrats et des sociétés en général. Cette étude présente un intérêt pour le monde académique et pour les praticiens car elle fournit les moyens nécessaires à la compréhension du droit de l'arbitrage chinois des investissements étrangers, tant pour ce qui concerne les conditions et l'étendue de l'accès à l'arbitrage international, comme mode de résolution du litige, que les règles de droit applicables et appliquées à la détermination de la validité des contrats d'investissement et des obligations des associés de la joint venture. Afin d'examiner les litiges relatifs aux joint ventures sino-étrangères et leurs relations avec l'arbitre international, il convient de revenir préalablement sur la place de la joint venture sino-étrangère comme moyen de réalisation d'un investissement étranger⁵ (I), puis sur l'évolution historique et juridique du droit interne et international des investissements étrangers en Chine (II), avant d'envisager les litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères (III).

I. Le concept d'investissement étranger et le rôle des joint ventures sino-étrangères

5. Les investissements étrangers qualifiés de directs sont ceux qui permettent un contrôle étranger de l'actif placé dans un pays donné. Le Code de l'OCDE de la libéralisation des

⁵ Pour reprendre l'expression de V. PIRONON, *Les joint ventures*, Dalloz, 2004.

mouvements de capitaux 2001 (ci-après le « Code de l'OCDE ») définit l'investissement direct étranger comme celui effectué en vue d'établir des liens économiques durables avec une entreprise, tels que, notamment, les investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence réelle sur la gestion de ladite entreprise, par (i) la création ou l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, ou l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ; (ii) la participation à une entreprise nouvelle ou existante⁶. Le seuil qui déclenche l'investissement est acquis dès lors que l'investisseur étranger possède une part supérieure à 10% des droits de vote de l'entreprise résidant dans le pays récepteur de l'investissement⁷.

6. Les textes chinois relatifs aux investissements étrangers ne définissent pas le concept d'investissement direct étranger. Le droit chinois des investissements étrangers se réfère en revanche à deux concepts, celui de projet à capitaux étrangers (*foreign investment project*) et celui d'entreprise à capitaux étrangers (*foreign investment enterprise*). Aussi le concept d'investissement (*touzi*, 投资) doit être bien compris. Il signifie en chinois tant l'investissement que l'apport en capital dans une entreprise⁸. Dès lors, l'investissement étranger désigne aussi bien l'objet que la structure qui accueillera l'investissement étranger. Les deux notions sont également complémentaires, dans la mesure où certains projets d'investissement étrangers nécessitent également la constitution d'une structure locale d'investissement, à savoir la constitution d'une entreprise à capitaux étrangers.

7. La joint venture a été proposée, voire imposée, depuis 1979 comme la structure d'accueil privilégiée par le législateur chinois pour accueillir l'investissement étranger en Chine. Le droit chinois des investissements étrangers privilégiait l'entreprise à capitaux sino-étrangers (*zhongwai hezi jingqi qiye*, 中外合资经济企业), couramment dénommée *equity*

⁶ Annexe A, Liste A, Article I.

⁷ La Définition de référence de l'OCDE, quatrième édition 2008 (ci-après la « Définition de référence de l'OCDE ») prévoit que la notion d'intérêt durable implique « l'existence d'une relation de long terme entre investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct et l'exercice d'une influence significative sur la gestion de l'entreprise. L'existence de cette relation est établie dès lors qu'un investisseur résident d'une économie possède, directement ou indirectement, au moins 10% des droits de vote d'une entreprise résidente d'une autre économie. ». Une prise de participation de 10% d'une société cotée permet l'inscription de l'influx de capital dans les statistiques de la balance des paiements, alors qu'en deçà, le flux entrant s'inscrit dans le compte de portefeuille. Or, Le droit chinois des investissements étrangers a également imposé un seuil qualifié de 25% à toute participation étrangère dans une joint venture sino-étrangère, bien supérieur à celui retenu par l'OCDE et le FMI.

⁸ Les sentences arbitrales publiées par le CIETAC sont répertoriées sous trois catégories, les litiges en matière commerciale (contrats de vente et de distribution), en matière d'investissements et en matière immobilière. Les litiges relatifs aux investissements sont les litiges relatifs aux EJV et aux CJV.

joint ventures (ci-après « EJV »)⁹, et l'entreprise coopérative à capitaux sino-étrangers (*zhongwai hezuo jingqi qiye*, 中外合作经营企业), couramment dénommée *cooperative joint ventures* (ci-après « CJV »)¹⁰. Jusqu'aux années 2000s, l'EJV et la CJV constituaient, avec l'entreprise à capitaux exclusivement étrangers (*waishang duzi qiye*, 外商独资企业)¹¹, les trois seuls instruments sociétaires traditionnels (*san zi qiye*, 三资企业), disponibles pour un investisseur étranger désireux d'effectuer un investissement en Chine. Ce mode d'investissement, supposait donc le recours à une forme particulière, la création d'une entreprise nouvelle, toute prise de participation ou de contrôle dans le capital d'une entreprise locale étant restée longtemps interdite. Le succès et le nombre des joint ventures sino-étrangères constituées s'expliquent donc d'avantage par le monopole, dont elles bénéficiaient et continuent de bénéficier dans certains secteurs de l'économie chinoise, que par une préférence exprimée par les investisseurs étrangers pour ce type de structure d'investissement.

II. L'évolution du droit chinois des investissements étrangers

8. La Chine ne dispose pas de code ni de loi sur les investissements étrangers. A l'origine fragmentaire, ce cadre juridique a évolué vers un cadre « affiné et étendu », dans les années 1990¹². Ce droit reste toutefois constitué de lois et de règlements disparates qui nécessitent d'être ordonnés et qui restent souvent présentés, par les auteurs, sous le seul angle de la structure de l'investissement étranger.

9. L'évolution de la Chine vers une économie de marché s'est faite par une succession de vagues de réformes économiques dont le contenu s'est adapté aux enjeux et aux circonstances

⁹ Loi sur les entreprises mixtes à capitaux sino-étrangers (ci-après la « loi sur les EJV »), ratifiée le 1er juillet 1979 par la 2^{ème} session de la 5^{ème} Assemblée populaire nationale, en vigueur au 8 juillet 1979 ; amendée le 4 avril 1990 par la 3^{ème} session de la 7^{ème} Assemblée populaire nationale ; amendée le 15 mars 2001 par la 4^{ème} session de la 9^{ème} Assemblée populaire nationale. Règlement d'application de la loi sur les entreprises mixtes à capitaux sino-étrangers (ci-après le « décret d'application de la loi sur les EJV »), adopté par le Conseil des affaires d'Etat le 20 septembre 1983, amendé le 15 janvier 1986 et le 21 décembre 1987 ; amendé le 22 juillet 2001 pour tenir compte de la révision de la loi sur les EJV du 15 mars 2001.

¹⁰ Loi sur les entreprises coopératives à capitaux sino-étrangers (ci-après la « loi sur les CJV »), ratifiée le 13 avril 1988 par la 1^{ère} session de la 7^{ème} Assemblée populaire nationale ; amendée le 31 octobre 2000 par la 19^{ème} réunion du comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. Règlement d'application de la loi sur les entreprises coopératives à capitaux sino-étrangers (ci-après le « décret d'application de la loi sur les CJV »), adopté par le Conseil des affaires d'Etat le 4 septembre 1995.

¹¹ Loi sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers, ratifiée le 14 avril 1986 par la 4^{ème} session de la 6^{ème} Assemblée populaire nationale ; amendée le 31 octobre 2000 par la 18^{ème} réunion du comité permanent de la 9^{ème} Assemblée populaire nationale.

¹² OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, 2003, p. 47.

nouvelles, en se renouvelant continuellement¹³. Cette évolution est souvent divisée en deux étapes, avec comme date charnière soit celle de 1991, l'année de la relance des investissements étrangers¹⁴, soit celle de 2001, l'année de l'accession de la Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce (ci-après « OMC »). La plupart des juristes occidentaux et chinois distinguent trois étapes, qui correspondent approximativement à chacune des trois décennies (1979-1991, 1992-2001 puis 2001 à nos jours). C'est cette division que nous retiendrons.

- *Période de 1979 à 1991*

10. La période initiale s'annonce avec la décision de la Chine de réformer son système économique en soumettant son économie socialiste à ce qui deviendra une économie de marché (l'« économie socialiste de marché »), et d'ouvrir les frontières pour permettre aux exportations et aux investissements étrangers de tirer la croissance du pays. Durant cette première décennie, caractérisée par l'établissement de zones économiques spéciales (ci-après « ZES »), les changements institutionnels ont été prudents, progressifs et localisés géographiquement¹⁵ : le volume général des investissements directs étrangers est resté modéré, et ils n'ont eu des conséquences importantes que dans les régions côtières du Guangdong et du Fujian. L'utilisation des investissements directs étrangers au service du développement économique, particulièrement du développement du secteur manufacturier chinois, a été caractérisé par la recherche de capitaux et de technologie d'une part, et par l'octroi d'un traitement fiscal préférentiel aux investisseurs étrangers invités à investir dans les ZES, moyennant toutefois des restrictions sur le rapatriement des profits.

11. Sur le plan légal interne, la législation en la matière n'est, durant cette période, constituée que de quelques lois disparates prises en matière économique et civile, relatives aux formes d'investissements étrangers et aux contrats¹⁶. Sur le plan constitutionnel, l'article

¹³ B. NAUGHTON, *The Chinese Economy, Transitions and Growth*, Cambridge, Mass., Londres, The MIT Press, 2006, p. 85

¹⁴ B. NAUGHTON montre les caractères distinctifs des méthodes et des objectifs mis en œuvre par la Chine et distingue entre la première décennie (1979-1992) et la période 1992-2006. Il ne fait pas, sur le plan économique, de distinction propre relative à l'accession de la Chine à l'OMC, *op. cit.*, Chapitre 4.

¹⁵ B. NAUGHTON, *op. cit.*, section 17.1, p. 402.

¹⁶ Tout particulièrement, la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, adoptée le 21 mars 1985 à la 6^{ème} session du comité permanent de la 6^{ème} l'Assemblée populaire nationale, en vigueur au 1^{er} juillet 1985 (abrogée le 1^{er} octobre 1999) et les principes généraux du droit civil (ci-après les « PGDC »), adoptés le 12 avril 1986 par la 4^{ème} Assemblée populaire nationale, en vigueur au 1^{er} janvier 1987. Loi toujours en vigueur, composée de 156 articles, les PGDC constituent un embryon de code civil. Les PGDC posèrent quelques principes fondamentaux

18 de la constitution chinoise, adoptée en 1982, donne une base constitutionnelle formelle aux investissements étrangers et à leur promotion¹⁷ et son amendement d'avril 1988 légitime l'existence d'une économie chinoise privée en plein essor et la validité des transferts commerciaux des droits fonciers¹⁸. Sur le plan international, la Chine signe ses premiers traités bilatéraux d'investissements (ci-après « TBI »), dont le TBI France-Chine de 1984¹⁹.

12. En favorisant l'entrée d'investisseurs étrangers, cette politique poursuivait l'objectif de faire financer, par des fonds étrangers, la modernisation des entreprises chinoises. Cette première décennie a donc vu le développement parallèle d'investissement sous forme d'instruments contractuels (transferts de technologies, leasing, commerce de compensation, production transformation et assemblage) et d'investissements sous forme d'instruments sociétaires (EJV et CJV). Les joint ventures sino-étrangères de cette première génération, conclues avec les entreprises d'Etat, ont été confrontées à des difficultés de trésorerie, liées à l'absence de liberté d'importation et d'exportation des biens de toutes sortes (elles étaient limitées à l'importation des équipements et des moyens de production pour leur propre usage et à l'exportation de leurs produits) et à l'inconvertibilité du renminbi (« RMB »), imposant aux entreprises d'exporter pour faire face à leurs besoins de dépenses en devises étrangères, qui ont donné lieu à des affaires très médiatisées²⁰.

en matière contractuelle comme l'autonomie des parties, la liberté contractuelle, la force obligatoire des contrats, l'effet relatif des contrats, la supériorité de l'ordre public sur le contrat, v DOLAIS Y., *Droit chinois des affaires*, Cours dactylographié, p. 8 ; v. également, XU Baikang, « Les principes généraux du droit civil en Chine », *RIDC*, 1-1989, pp. 125-137). Plus généralement, sur la législation de cette première décennie, v. Y. DOLAIS, « Tendances récentes du droit en Chine » in *Les réformes en Chine* (sous la direction de AUBERT C.), *Tiers-Monde*, 1986, tome 27 n°108, pp. 867-875.

¹⁷ Art. 18, constitution chinoise de 1982 dispose : « *La République populaire de Chine autorise les entreprises et autres organisations économiques étrangères ainsi que les particuliers étrangers à, en respectant ses lois, investir en Chine, établir des coopérations économiques de toutes sortes avec des entreprises ou autres organisations économiques chinoises. Sur le territoire chinois, les entreprises ou organisations économiques étrangères ainsi que les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers doivent respecter la législation de la République populaire de Chine. Leurs droits et intérêts légaux sont protégés par la législation de la République populaire de Chine* ».

¹⁸ CHEN Jianfu « La dernière révision de la Constitution chinoise », *Perspectives chinoises*, mars-avril 2004, paragr. 4.

¹⁹ Le premier TBI a été conclu avec la Suède en 1982, et la Chine avait conclu à la fin des années 1990s trente TBIs avec ses principaux partenaires économiques, Allemagne, France, Belgique, Luxembourg, Finlande, Norvège, Italie, Danemark, Royaume-Uni, Pays-Bas, Autriche, Singapour, Suisse, Australie, Japon et Nouvelle-Zélande, à l'exception des Etats-Unis et du Canada, v. N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Oxford University Press 2009, paragr. 1.10.

²⁰ V. J. MANN, *Beijing Jeep*, First Touchstone, 1989, pp. 83-86 ; C. CAPENER, « A new look at foreign exchange problems in China : the Tianjin Incident », *5 China Law Report*, 107 1988-1989 ; OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, 2003, pp. 51-52 ; OCDE, *Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement, Chine : progrès et enjeux de la réforme*, 2004, pp. 38-41 et 49-50.

- *Période de 1991 à 2000*

13. La libéralisation relancée en 1992 par le « Voyage vers le Sud » de Deng Xiaoping, amorce une nouvelle série de réformes économiques, visant à l'introduction d'une « économie socialiste de marché » en lieu et place de l'« économie planifiée »²¹. Le gouvernement met en place un Manuel de directives concernant l'orientation des investissements étrangers (provisoire en 1995, modifié en 1997) et un Catalogue d'orientation des investissements (édité en 1997, 2002, 2007 et 2012). Ces deux documents ont pour objet de déterminer un cadre administratif applicable aux projets d'investissements étrangers, par secteur d'activité de l'économie, selon l'orientation choisie par la Chine. Ce catalogue classe les projets d'investissements étrangers en quatre catégories : projets encouragés, autorisés, restreints et interdits²². Elle révisé le cadre juridique applicable aux EJV et aux CJV²³. Sur le plan international, la Chine adhère en 1993 à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats signée à Washington le 18 mars 1965 (ci-après la « Convention de Washington du 18 mars 1965 »)²⁴, et devient également membre de l'Agence Multilatérale de Garantie d'Investissements, et accélère son programme de TBIs, avec la signature de 66 nouveaux BITs.

14. L'année 1992 marque donc le véritable départ des investissements étrangers en Chine (4 milliards USD en 1991) et l'arrivée massive de capitaux (45 milliards USD à son apogée en 1998, à la veille de la crise asiatique)²⁵. Cette seconde décennie, après l'échec des EJV (nées du mariage des entreprises étrangères avec les entreprises d'Etat) a conduit les investisseurs étrangers d'origine - dans les secteurs où la réglementation de la politique industrielle le permettait - à sortir de l'association avec la partie chinoise soit, en cas d'échec, par la liquidation de la structure ou la cession de leur parts à un tiers ou à la partie chinoise, soit par

²¹ L'adoption de l' « économie socialiste de marché » a entraîné en avril 1993 la révision de la constitution afin d'incorporer cette notion en lieu et place d' « économie planifiée ».

²² Depuis 1995, le catalogue s'est libéralisé en supprimant la catégorie des projets autorisés, qui existe toujours mais par défaut, et en réduisant le nombre de secteurs économiques limités et restreints, l'accès aux secteurs restreints étant conditionné à une participation non majoritaire dans le capital de l'entreprise ou par la constitution d'une CJV ou d'une EJV (en particulier les secteurs des télécommunications et media, de la distribution moyennant plus de 30 points de vente), v. Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, pp. 34-35.

²³ Y. DOLAIS, « L'avancée du droit des affaires en Chine: bilan de vingt années », (bilingue français-chinois), *GP*, n°184-186, 2-4 juillet 2000 p. 48-50.

²⁴ La Convention de Washington du 18 mars 1965 est disponible sur https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf.

²⁵ Peu avant cette relance, les chiffres indiquent dès 1991 une reprise conséquente des investissements directs étrangers. En 1993, la Chine devient le 2^{ème} destinataire d'investissements directs étrangers au monde et maintient cette place jusqu'en 2003.

l'adoption d'une entreprise à capitaux exclusivement étrangers²⁶. Les nouveaux arrivants font, quant à eux, de plus en plus le choix d'investir seuls en Chine, sauf si la réglementation les y empêche.

15. La croissance économique de la Chine et sa main d'œuvre bon marché, souvent citées et perçues comme telles par les investisseurs étrangers, ne suffisent pas à expliquer l'importance du flux des investissements directs étrangers. Comme Huang l'a mis en lumière, son importance résulte en réalité des caractéristiques institutionnelles de l'économie chinoise²⁷, celle de l'impossibilité pour les entreprises chinoises de trouver un financement interne. La décennie 1990 a donc vu se produire un effet de bascule entre les transferts de technologie et le commerce de compensation, d'une part, au profit des investissements directs étrangers, d'autre part, en raison des contraintes et des motivations des entreprises chinoises à la recherche de partenaires qui puissent également lui apporter un financement.

16. Dans une alliance contractuelle, de type transfert de technologie ou commerce de compensation, le partenaire étranger offre à son partenaire chinois un accès aux marchés étrangers, sans engager son capital, de sorte qu'il appartient au partenaire local de trouver ce financement auprès des banques. Or, en l'absence de crédit-acheteur ou de système de prêt, l'entreprise chinoise ne pouvait financer son exportation. Dès lors, seul le recours à l'investissement étranger direct, par la constitution d'une structure sociétaire, permettait la réalisation de ce financement²⁸. Dès lors, la conversion de son activité en joint venture sino-étrangère apportait à l'entreprise chinoise privée, dépourvue de financement et de statut juridique fiable, un double bénéfice, celui de la garantie d'un financement à long terme, et celui du statut d'entreprise à capitaux sino-étrangers, bénéficiant d'un régime fiscal plus favorable que celui des entreprises locales²⁹. Ainsi donc, après avoir progressé au début de la décennie 90 pour attendre un pic en 1993, les instruments contractuels ont ralenti au profit des

²⁶ La transformation de la joint venture en entreprise à capitaux exclusivement étrangers s'effectue en rachetant les parts sociales du partenaire chinois ou bien en les lui revendant (ou en procédant à la liquidation de la joint venture).

²⁷ A savoir, (i) une allocation des ressources financières chinoises effectuée selon un choix politique, inversement proportionnel à la rentabilité de l'entreprise bénéficiaire, à savoir au profit des entreprises d'Etat de préférence aux entreprises privées, (ii) une insuffisance de protection offerte par le système juridique aux entreprises privées, notamment celle du droit de propriété, et (iii) une fragmentation de l'économie chinoise et un défaut de mobilité interne des biens et des capitaux, HUANG Yasheng, *Selling China: foreign direct investment during the reform era*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 66-67 et 78-79.

²⁸ Les investissements contractuels apportaient à l'entreprise chinoise une opportunité commerciale mais pas de financement, alors qu'un investissement sociétaire apportait les deux, HUANG Yasheng, *op. cit.*, p. 81.

²⁹ HUANG Yasheng, *op. cit.*, p. 82.

investissements sociétaires (les joint ventures sino-étrangères). Cette période constitue l'âge d'or de l'établissement des joint ventures sino-étrangères. La quasi totalité du contentieux arbitral relatif aux contrats des joint ventures sino-étrangères résulte de cette seconde génération de contrats, conclus entre 1992 et 2000.

- *Période de 2001 à aujourd'hui*

17. La période la plus récente, qui s'ouvre avec l'accession de la Chine à l'OMC en 2001, précédée, sur le plan économique, de la reprise des investissements directs étrangers en provenance des pays asiatiques, lance la seconde vague d'investissements étrangers vers la Chine. La période qui s'étend de 2001 à nos jours est une période complexe, lors de laquelle la Chine sort véritablement de son isolement pour devenir un acteur majeur de la vie économique internationale.

18. La Chine maintient la politique économique étrangère lancée en 1992³⁰, marquant toutefois une orientation, à compter de 2006, vers la recherche d'un investissement étranger de haute « qualité » et non plus de « quantité ». En 2003, la Chine devance les Etats-Unis et devient le premier destinataire des investissements étrangers. Le stock des investissements étrangers en Chine est énorme³¹. Sur le plan juridique, après son accession à l'OMC, la Chine lance une nouvelle série de libéralisation et d'ouverture du commerce extérieur, du marché des services (secteur financier - autorisation des banques étrangères fin 2002) et de la distribution. Elle révisé, dans le même temps, les lois existantes, notamment le cadre juridique des joint ventures sino-étrangères³². Cette politique économique n'est modifiée qu'en 2011, lorsque la Chine ouvre, avec le 12^{ème} plan quinquennal chinois (2011-2015), une nouvelle voie en recentrant ses efforts sur le développement du pays et le soutien aux investissements étrangers³³.

³⁰ Révision en 2002, du manuel de directives concernant l'orientation des investissements étrangers et, en 2002, 2007 et 2012, du catalogue d'orientation des investissements. Le 11^{ème} plan quinquennal chinois (2005-2011) sur l'utilisation des capitaux étrangers, du 10 novembre 2006

³¹ Partant d'un stock de 19 millions USD en 1990, qu'elle a porté à 300 milliards USD en 1999, la Chine attirait pour la seule année 2011 le montant record de 116 milliards USD d'investissements extérieurs, et à nouveau 111,7 milliards USD en 2012, soit un total de d'investissements directs étrangers de 353.475 milliards USD entre 2008-2012, statistiques Banque Mondiale, disponibles sur <http://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD>.

³² V. notes 9 et 10 *supra* ; Avis du Conseil des affaires d'Etat sur l'amélioration de l'utilisation de l'investissement étranger, du 6 avril 2010.

³³ Les statistiques chinoises du Ministère du commerce révèlent, pour l'année 2012, une réduction de 10,06% du nombre d'approbations d'entreprises à capitaux sino-étrangères et exclusivement étrangères, représentant un

19. Cette période est également marquée par l'annonce en 1999 de la politique d'« aller à l'étranger » (« *go abroad* » strategy) (*chuzu qu zhanlüe*, 走出去战略), lançant une vaste stratégie d'encouragement des entreprises chinoises à investir à l'étranger. Au soutien de cette politique, la Chine a entrepris une vaste politique de renégociation des TBIs existants³⁴, et la signature d'une nouvelle génération de TBIs (la troisième génération de TBIs)³⁵ et celle de traités multilatéraux d'investissements (Chine-Corée-Japon en 2012).

20. A la fin 2005, les instruments s'équilibraient entre les « *san zi qiye* », les joint ventures sino-étrangères devançant encore très légèrement les entreprises à capitaux exclusivement étrangers tant en nombre³⁶ qu'en volume d'investissement réel. Ce sont les litiges arbitraux relatifs à ces EJV et CJV que la présente étude se propose de traiter.

III. Les différends relatifs aux joint ventures sino-étrangères

21. Les différends relatifs aux joint ventures sino-étrangères sont de deux ordres : les différends auxquels la joint venture sino-étrangère est une partie, d'une part, et les différends dont la joint venture sino-étrangère est l'objet, d'une part³⁷. La première catégorie de différends intervient dans le cadre des activités de la joint venture, qui comme toute entité de droit chinois peut faire l'objet de contentieux avec ses partenaires commerciaux et financiers tant locaux qu'étrangers, avec ses salariés, avec un des associés de la joint venture ou avec l'administration chinoise. Dans ce dernier domaine, on relève depuis les années 2000s un

volume d'investissement utilisé de 111.716 milliards USD, soit une baisse historique 3,7% par rapport à l'année 2011 qui amorçait déjà un ralentissement (l'augmentation du volume d'investissement utilisé était de 9,72% en 2011 et de 17,94% en 2010), disponible sur <http://english.mofcom.gov.cn/article/statistic/foreigninvestment/201301/20130100012618.shtml>.

³⁴ Les TBIs ont été renégociés avec des pays européens tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, la France, l'Espagne, le Portugal.

³⁵ 43 TBIs au total selon N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Oxford University Press 2009, paragr. 1.16, auxquels s'ajoutent le Traité de libre échange avec l'ASEAN et le TBI avec Canada.

³⁶ 317.438 joint ventures, dont 260.417 EJV et 57.021 CJV, contre 317.438 entreprises à capitaux exclusivement étrangers, N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Oxford University Press 2009, paragr. 1.16.

³⁷ M. MOSER propose de distinguer trois catégories de différends relatifs aux joint ventures sino-étrangères, les litiges contractuels entre les parties au contrat de joint venture sino-étrangère, les litiges administratifs entre les investisseurs étrangers et le gouvernement central chinois et les litiges commerciaux entre la joint venture et des tiers, M. MOSER (ed.), *Managing Business Disputes in Today's China – Duelling with Dragons*, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2007. Cette classification n'est guère convaincante car elle omet l'arbitrage fondé sur les TBIs entre l'investisseur étranger et l'Etat récepteur. V également P. POTTER, « Cultural Aspects of Trade Dispute Resolution in China », *Journal of Philippine Development*, No. 41, Vol. XXIII, n°1, premier semestre 1996.

certain nombre de contentieux administratifs ayant pour objet la contestation, par les joint ventures sino-étrangères, des décisions de l'administration locale prises à leur rencontre³⁸.

22. La seconde catégorie retiendra l'attention pour la présente étude : il s'agit des différends dont la joint venture est l'enjeu. Ces différends se divisent en deux ordres : il s'agit des litiges entre associés de la joint venture sino-étrangère, d'une part, et des litiges opposant l'investisseur étranger au gouvernement chinois, d'autre part. Les litiges entre associés chinois et étrangers d'une CJV ou d'une EJV sont particulièrement nombreux, voire communs. Bien qu'il soit courant d'affirmer une préférence des parties chinoises pour le recours aux modes de résolution amiable des litiges, l'importance de la jurisprudence arbitrale et judiciaire révèle une tout autre réalité. En matière d'arbitrage contractuel entre associés d'une joint venture sino-étrangère, le volume des sentences publiées laisse entrevoir l'abondance des litiges : un total de 1.339 sentences (dont une seule en langue anglaise) rendues entre 1984 et 2000 ont été publiées par le CIETAC³⁹. Ces litiges constituent une part

³⁸ V. les affaires *Changchun Huijin CJV c/ ville de Changchun* (province de Jilin), et *Fuzhou Xinyuan CJV c/ Ville de Fuzhou* (province du Fujian), N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *op. cit.*, paragr. 8.168-8.174. Cette attitude est nouvelle, le partenaire chinois de la joint venture sino-étrangère se refusant dans les décennies antérieures à se risquer à contester les décisions de l'administration, faisant obstacle à l'introduction d'une réclamation par la joint venture contre l'administration locale. V. l'affaire en 1996 du club de golf de Baori, dans laquelle, l'associé ayant refusé de donner son accord afin que la joint venture conteste un redressement de l'administration fiscale de Shenzhen, d'un montant de 71 millions USD, auquel la joint venture ne pouvait financièrement faire face, les actifs du golf club de Baori ont été vendus aux enchères, Zhaodong JIANG, « The Administrative use of Law in China : the Baori Golf Club tax case », 12 *Columbia Journal of Asian Law* 191 (1998).

³⁹ V. *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui caijueshu huibian*, 中国国际经济贸易仲裁委员会裁决书汇编, (ci-après « *Recueil des sentences CIETAC* »), constitué de 10 Volumes relatifs aux années : 1963-1990, 1991-1992, puis 1993 à 2000 : 39 sentences rendues en matière de joint ventures sino-étrangères entre 1984 et 1990 (vol. 1), 49 sentences rendues en 1991-1992 (Vol. 2), 48 sentences rendues en 1993 (Vol. 3), 163 sentences rendues en 1996 (Vol. 4), 258 sentences rendues en 1995 (Vol. 5), 136 sentences rendues en 1996 (Vol. 6), 187 sentences rendues en 1997 (Vol. 7), 203 sentences rendues en 1998 (Vol. 8), 102 sentences rendues en 1999 (Vol. 9) et 154 sentences rendues en 2000 (Vol. 9). Les quatre volumes de la sélection de sentences CIETAC, de 1963 à 2006, totalisent 133 sentences en matière de joint ventures sino-étrangères, toutes en langue chinoise, *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue cai jue shu xian pian 1963—1990*, 中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1963—1990 (ci-après « *Sélection de sentences CIETAC 1963—1990* », *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijueshu xian pian 1991-1995*, 中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1991-1995 (ci-après « *Sélection de sentences CIETAC 1991-1995* »); *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijueshu xian pian 1995-2002, touzi zhengyi juan*, 中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1995-2002, 投资争议卷, Falü chubanshi ed., Pékin, 2002 (ci-après « *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002, volume investissements* »); *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijueshu xian pian 2003-2006*, 中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 2003-2006), (*Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*), falü chubanshe, Pékin, 2009. Seules 28 sentences arbitrales, rendues entre 1984 et 1995, ont été traduites et publiées en anglais par le CIETAC, v. LEUNG Mei-Fun P., WANG Shengchang (eds), *Selected Works of China International and Trade Arbitration Commission Awards*, Vol. I, 1963-1988, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1998 (ci-après « *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990* »); *Selected Works of China International and Trade Arbitration Commission Awards*, Vol. II, 1989-1995, mis à jour à 1997, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1998 (ci-après « *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995* »). Le CIETAC imposant une carence de 5 ans avant la publication des sentences, aucune sentence postérieure à 2006 n'est disponible.

importante des arbitrages internationaux soumis au CIETAC. A titre d'exemple, les seules sentences publiées, relatives aux litiges entre associés d'une joint venture sino-étrangère, représentaient, pour l'année 2000, plus de 20% de la totalité des arbitrages soumis au CIETAC (internes et internationaux)⁴⁰.

23. Les litiges entre les investisseurs étrangers et le gouvernement central ou une subdivision locale sont plus rares. En matière de contentieux interne fondé sur un investissement étranger, il semble que seuls quelques investisseurs étrangers contestent au niveau de l'administration centrale les décisions ou réglementations administratives prises à leur encontre, marquant toutefois un changement profond de comportement des investisseurs⁴¹. Toutefois, en dépit du volume d'investissements directs étrangers en Chine et d'un total de plus de 120 TBIs chinois, la Chine n'a été défenderesse qu'à une seule procédure d'arbitrage fondée sur un TBI, introduite en 2011 par l'associé malaisien d'une joint venture sino-étrangère, procédure qui a fait depuis l'objet d'un règlement amiable⁴².

24. De précédentes recherches ont déjà analysé les joint ventures sino-étrangères comme mode d'investissement⁴³. La présente étude envisage le traitement, par l'arbitre international, des litiges contractuels relatifs aux joint ventures sino-étrangères, au travers des sentences

⁴⁰ GUO Xiaowen indique que les litiges relatifs aux joint ventures sino-étrangères représentaient 17% des arbitrages internationaux en 1989, 24% en 1992, 48,3% en 1994, « *Disputes between the Chinese and Foreign Investors in Equity and Contractual Joint Ventures* », CIETAC South China sub-commission, <http://www.sccietac.org/cietac/en/content/content.jsp?id=1074>. Les 154 sentences publiées en 2000, rendues en matière de joint ventures sino-étrangères, représentaient 20,86% du total des 738 affaires CIETAC (738 demandes nouvelles ont été déposées en 1999 et en 2000). Durant la période 1994 à 2000, on constate une moyenne annuelle d'un peu plus de 700 demandes d'arbitrage (interne et international) et durant la période 2001-2006, une augmentation de 700 à 950 demandes d'arbitrage (interne et international) (<http://www.cietac.org/index/aboutUs.cms>). On compte 470 arbitrages internationaux en 2011, 331 arbitrages internationaux en 2012, statistiques du CIETAC, disponibles sur <http://www.cietac.org/index/aboutUs.cms?aboutUs=workingReport>.

⁴¹ V. affaire *Jialilai c/ Ershang*, dans laquelle la société de Hong Kong Jialilai a contesté devant le Ministère de l'économie la décision administrative d'exclusion d'associé prise à son encontre, v. paragr. 636 *infra*.

⁴² *Ekran Berhad c. République populaire de Chine*, affaire CIRDI No. ARB/11/15 enregistrée par le CIRDI le 24 mai 2011. V. paragr. 128 *infra*. En revanche, depuis cinq ans le nombre d'arbitrages internationaux sur le fondement de TBI chinois, dans lesquels l'investisseur revendique la nationalité chinoise, ne cesse de croître : (i) *Tza Yap Shum c/ République du Pérou*, Affaire CIRDI No. ARB/07/6 (TBI Chine-Pérou) ; (ii) 1. *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp.*, 2. *Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd.*, and 3. *Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd.*, affaire *ad-hoc* administrée par la Cour Permanente d'Arbitrage, (TBI Chine-Mongolie) ; (iii) *Ping An c/ Belgique*, Affaire CIRDI No. ARB/12/29 (TBI Chine-Belgique) ; (iv) *Sanum Investment Ltd c/ République démocratique populaire Lao*, affaire *ad-hoc* administrée par la Cour Permanente d'Arbitrage (TBI Chine-Laos).

⁴³ V. PIRONON, *Les joint ventures*, Dalloz ; L. BAPTISTA, P. DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, LGDJ 1986 ; M. de BOYSSON, *Essai sur les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers*, Thèse de doctorat, Angers, mai 1991, sous la direction de Y. DOLAIS.

arbitrales rendues dans ce domaine, et l'apport de ce traitement au droit de l'arbitrage des investissements étrangers en Chine. L'étude des sentences arbitrales rendues en Chine sera privilégiée, principalement les sentences CIETAC, et des sentence arbitrales rendues par la Beijing Arbitration Commission (ci-après « BAC »)⁴⁴. Une référence sera également faite aux sentences arbitrales, rendues sous l'égide de la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce International et de la Stockholm Chamber of Commerce, dont certains extraits ont été publiés. L'examen des sentences rendues révèle, en premier lieu, les relations qu'entretient l'arbitre international avec le règlement des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères. Cette analyse permet de déterminer si l'arbitrage international, dont l'accès est proposé à l'investisseur étranger, constitue un arbitrage véritablement international, tant au regard de la compétence reconnue à l'arbitre que des règles de droit applicables par cet arbitre aux litiges (première partie). L'examen des sentences rendues permet, en second lieu, une analyse des questions juridiques tranchées par l'arbitre international au regard des différends qui lui sont soumis, tant pour ce qui concerne la formation que l'exécution du contrat de joint venture sino-étrangère (seconde partie).

Première partie - L'arbitre international et le règlement des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères

25. Les pouvoirs, dont dispose l'arbitre pour trancher le litige qui lui est soumis par les parties, sont de deux ordres, juridictionnel et substantiel. Sur le plan juridictionnel, le tribunal arbitral doit tout d'abord être compétent sur l'ensemble du litige qui lui est soumis. Sur le plan substantiel, il doit pouvoir déterminer les règles de droit applicable afin de les mettre en oeuvre pour statuer sur les demandes dont il est saisi. En matière d'arbitrage international, ces critères sont pertinents. Tout d'abord la compétence de l'arbitre et le choix des règles matérielles sont utilisés pour mesurer l'indépendance de l'arbitre. La recherche d'une neutralité processuelle et substantielle passe le plus souvent par une neutralisation de la résolution du litige. Cette neutralisation résultera d'une « internationalisation » des éléments caractéristiques de l'arbitrage. L'accord des parties, ou la référence à des règles d'arbitrage applicables au différend, révèlent une gamme de possibilités en la matière : délocalisation du siège de l'arbitrage, langue de l'arbitrage, choix des arbitres, neutralisation de la nationalité du président du tribunal arbitral ou de l'arbitre unique, choix de règles de droit neutres, voire

⁴⁴ L'auteur a été autorisée à examiner les sentences arbitrales rendues par la Beijing Arbitration Commission entre 2005 et 2011 car inédites.

transnationales, applicables au fond. Les possibilités à la disposition des parties, et le contrôle par les juridictions étatiques de la clause compromissoire et de la sentence arbitrale, révèlent différents degrés d'autonomie du processus arbitral par rapport au droit du pays où est localisée la relation économique entre les parties, allant (i) d'un extrême, caractérisé par un arbitrage institutionnel sous l'égide d'une institution locale (se déroulant dans la langue locale, et tranché par une majorité d'arbitres locaux), soumis au droit de l'Etat récepteur de l'investissement, à (ii) une complète internationalisation de l'arbitrage, moyennant un arbitrage *ad-hoc* ou institutionnel délocalisé, soumis à des arbitres d'une nationalité différente de celle des parties, appliquant des règles de droit transnationales.

26. L'étendue des possibilités laissées aux parties, par le droit du pays récepteur de l'investissement, d'opérer de tels choix d'internationalisation du litige sert également à déterminer l'autonomie dont elles disposent dans les aspects processuel et substantiel du droit de l'arbitrage international⁴⁵. L'arbitrage des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères révèle un grand nombre de restrictions, voire d'interdictions, à la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté. La flexibilité du droit des joint ventures internationales, fondé sur une liberté de contenu des obligations et de choix de forme sociétale, de choix de règles de droit applicables et de mode de résolution des litiges, n'a plus sa place, dès lors que la joint venture est conclue avec un partenaire chinois, pour une activité en Chine. La joint venture sino-étrangère, si elle reste un ensemble contractuel⁴⁶, est surtout un moyen de réaliser un investissement étranger en Chine⁴⁷. Dès lors, le droit chinois des investissements étrangers, qui perçoit avant tout la joint venture et le contrat qui la fonde comme un véhicule d'investissement, une entreprise à capitaux étrangers (*foreign investment enterprise*), en régleme la plupart ses aspects juridiques. Cette qualification a des conséquences importantes sur l'étendue de la liberté des parties de choisir le type d'arbitrage et les règles de droit applicables au fond. L'étude de la compétence arbitrale permet de dégager les traits caractéristiques des conditions d'accès à l'arbitrage international dans les litiges relatifs aux contrats de joint venture sino-étrangères (Titre I), tandis que l'étude des règles matérielles permet de cerner le contexte de l'examen substantiel des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères (Titre II).

⁴⁵ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Boston, Martinus Nijhoff, 2008, p. 240.

⁴⁶ V. PIRONON, *Les joint ventures*, Dalloz,

⁴⁷ V. PIRONON, *Les joint ventures*, Dalloz ; F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale*, Paris, LGDJ, 2003.

Titre I – La compétence de l'arbitre international et le règlement des litiges

27. La particularité du règlement des litiges en matière de joint ventures sino-étrangères est que, si l'arbitrage international a toujours été autorisé, et même encouragé, comme mode de résolution des litiges, il s'est le plus souvent traduit dans les conventions conclues par un arbitrage localisé en Chine, sous l'égide d'une commission d'arbitrage chinoise, ou par un arbitrage à l'étranger qui devait prévenir et tenir compte des contraintes liées à l'exécution possible de la sentence étrangère en Chine, faute de quoi la décision rendue, le cas échéant, en faveur de la partie étrangère resterait lettre morte. Au fil des décennies, les sentences rendues montrent l'assimilation, par la pratique arbitrale chinoise, des concepts utilisés dans les autres pays et la volonté des arbitres de faire référence à ces concepts. Les contraintes de la législation chinoise, qui date de 1994, et le rôle des tribunaux ne permettent toutefois pas une évolution des principes légaux.

28. L'accès à l'arbitre statuant en matière d'arbitrage international est subordonné à l'existence d'une clause compromissoire valable (chapitre 1), dont le champ d'application doit également couvrir tous les aspects du litige soumis à l'arbitre (chapitre 2).

Chapitre 1 – Une compétence arbitrale encadrée

29. La compétence de l'arbitre international siégeant en Chine est soumise à un encadrement législatif rigoureux. Il ne s'agit pas tant, dans l'esprit du législateur de limiter le recours à l'arbitrage, en limitant les matières qui échappent à la compétence exclusive du juge étatique, que de contrôler toutes les étapes de la procédure d'arbitrage international siégeant en Chine, par l'institutionnalisation de la procédure d'arbitrage, la vérification *a priori* de la compétence de l'arbitre, le contrôle du contenu de la sentence et de son exécution. Bien qu'affirmé comme libre, l'accès à l'arbitrage international chinois est en réalité limité par un régime juridique contraignant (section I) au sein duquel l'arbitre n'est pas l'acteur central de la détermination de la compétence arbitrale (section II).

Section I – Un régime de l'arbitrage international encadré

30. Le choix du mode de résolution des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères est régi par le droit chinois des investissements étrangers et par le droit des contrats. Les lois relatives aux EJV et CJV prévoient que le règlement des différends est du

ressort des tribunaux chinois, et alternativement, de l'arbitrage⁴⁸. Le droit chinois des contrats a toujours affirmé la validité de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage⁴⁹.

31. La licéité du recours à l'arbitrage est formulée en termes très larges, et autorise tant l'arbitrage localisé en Chine que l'arbitrage délocalisé. En pratique, le mode d'arbitrage désigné repose dès lors sur la négociation entre les parties, quant au choix du siège de l'arbitrage, au recours à un arbitrage institutionnel ou *ad-hoc*, au nombre d'arbitres, à la langue de l'arbitrage. Les conseils d'entreprises étrangères témoignent que, dans le cadre des contrats sino-étrangers, l'enjeu principal réside dans la délocalisation de l'arbitrage afin d'adopter un siège de l'arbitrage neutre⁵⁰. C'est ainsi que certains contrats prévoient un siège dans un pays tiers, arbitrage à Stockholm, sous l'égide de la Stockholm Chamber of Commerce, à Singapour, ou à Hong Kong. Pour les clauses compromissoires prévoyant le recours à un arbitrage en Chine, jusqu'à la loi sur l'arbitrage de 1994, le CIETAC était l'unique commission d'arbitrage international en Chine et tous les litiges sino-étrangers étaient centralisés devant cette commission. En conséquence, le choix d'un arbitrage en Chine induisait automatiquement le recours à l'arbitrage du CIETAC. La lecture des sentences CIETAC montre une standardisation de la formulation de la clause d'arbitrage qui laisse à penser que la clause compromissoire n'est en réalité pas discutée, et que le contrat signé est issu d'un document-type qui n'a pas fait l'objet d'une négociation⁵¹. Cette pratique est cependant conforme à la pratique générale de la négociation des contrats internationaux qui fait de la clause de règlement des litiges la « clause de minuit ». Elle a toutefois des conséquences importantes sur le régime applicable au règlement du litige.

32. Dès lors, afin de comprendre l'accès au règlement, par l'arbitrage, des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères, il convient d'examiner les éléments saillants du régime juridique, des formes d'arbitrage, du principe compétence-compétence ainsi que des caractéristiques de la convention d'arbitrage.

⁴⁸ Art. 14, loi sur les EJV : « *Au cas où les différends surgis entre les partenaires ne pourraient pas être réglés par voie de consultation au sein du conseil d'administration, ils seront soumis à l'organe arbitrage de Chine pour conciliation ou arbitrage, ou à un autre organe du même ordre agréé par les partenaires pour arbitrage* », arts. 109-111, décret d'application de la loi sur les EJV ; art. 26, loi sur les CJV.

⁴⁹ Arts., 7-38, loi sur les contrats économiques avec l'étranger ; arts. 54 et 96, loi sur les contrats.

⁵⁰ J. A. COHEN, Conférence « Six Decades of Asian Law: A Celebration of Professor Jerome Cohen », 19 février 2010, Université George Washington, School of Law, Washington DC.

⁵¹ V. paragr. 190 *infra*.

§1 L'internationalité et l'indépendance du régime d'arbitrage international chinois

33. Le caractère international d'un système d'arbitrage repose sur la définition de l'internationalité. En droit français de l'arbitrage, la définition de l'internationalité repose sur un critère purement économique : « est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international »⁵². En droit comparé, on relève d'autres approches de l'internationalité, fondées sur (i) un critère subjectif, la localisation de la résidence ou du siège des parties dans des Etats différents (Convention européenne de Genève de 1961) ou le défaut de domicile ou de résidence d'une des parties dans le pays législateur (loi suisse de l'arbitrage), ou sur (ii) la combinaison de critères objectifs et subjectifs, à savoir la résidence des parties dans un Etat autre que le siège de l'arbitrage, ou autre que le lieu d'exécution du contrat (loi-type de la CNUDCI). La loi chinoise de l'arbitrage adopte une distinction fondée sur la notion d'extranéité (*shewai*, 额外, *foreign-related*), tant subjective qu'objective, et non sur celle d'internationalité⁵³. L'extranéité est créée par l'intervention, dans la relation juridique, d'une partie étrangère ou d'un élément de localisation à l'étranger. Cette notion trouve son origine en droit international privé chinois⁵⁴. L'arbitrage chinois est donc qualifié soit d'interne, soit de sino-étranger, s'il présente un caractère d'extranéité, soit d'étranger si le siège de l'arbitrage (ou l'institution d'arbitrage) est fixé hors de Chine continentale. Afin de

⁵² Art. 1405 (anc. art. 1492), Code de procédure civile. V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n°100.

⁵³ Le droit international privé chinois n'a pas recours à la notion d'internationalité (*guoji*, 国际), et lui préfère celle d'extranéité (*shewai*, 涉外). L'extranéité inclut, pour les besoins du conflit de lois en droit international privé chinois, les facteurs de rattachement avec l'étranger, et également les facteurs de rattachement aux territoires de Hong Kong, Macao et à Taiwan. L'extranéité (*shewai*, 涉外) est donc plus large que l'internationalité en ce qu'elle introduit un critère dit « régional » dans la relation juridique sans pour autant introduire un critère d'internationalité. On retiendra toutefois que le règlement d'arbitrage de la Commission d'Arbitrage de Pékin (*Beijing Arbitration Commission*, ci-après « BAC ») a introduit la notion d'arbitrage international (*guoji*, 国际) dans son règlement de 2007, au chapitre VIII intitulé « Dispositions spéciales pour l'arbitrage commercial international », articles 54 à 61, a défini son champ d'application selon le critère économique : « *les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux différends commerciaux internationaux* », et a étendu l'application des dispositions pour l'arbitrage international à Taiwan, Macao et Hong Kong « [pour] *les différends relatifs à la Région Administrative Spéciale de Hong Kong, de Macao et à la région de Taïwan, les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie* » (art. 54). Règlement d'arbitrage de la BAC 2007 disponible sur <http://www.bjac.org.cn/french/arbit.html>.

⁵⁴ V. Article 178 de l'avis de la Cour suprême sur certaines questions relatives à la mise en œuvre des PGDC (ci-après « avis de la Cour suprême sur les PGDC ») adopté par le comité judiciaire de la Cour suprême le 26 janvier 1988. Traduction anglaise de WHITMORE G. et Henry Ruihen ZHENG, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 52 : Spring 1989, No. 2, pp. 59-87. L'article 178 de l'avis de la Cour suprême sur les PGDC dispose : « *Where one or both parties to a civil relationship are foreigners, stateless persons, or foreign legal persons, or the subject matter of the civil relationship is located abroad, or the legal facts that create, change, or destroy a relationship of civil rights or obligations occur abroad, these civil relationships are all foreign civil relationships* ». V. également Art. 304, avis de la Cour suprême sur la loi de procédure civile.

simplifier la présentation, on adoptera la formulation d'arbitrage international pour les arbitrages chinois présentant un élément d'extranéité.

34. Il convient de vérifier dans quelle mesure l'arbitrage international chinois est un véritable arbitrage international, et si l'arbitre international, siégeant en Chine, dispose de pouvoirs similaires, notamment en matière de compétence, à ceux dont disposent les arbitres siégeant dans d'autres Etats. A cet effet, seront examinées quelques caractéristiques du régime de l'arbitrage international institutionnel chinois (A) ainsi que la mise en œuvre, en Chine, du principe de compétence-compétence (B).

A. L'internationalité de l'arbitrage international chinois

35. A la différence d'autres législations qui harmonisent le droit interne et le droit international de l'arbitrage, la Chine maintient un système dualiste, consacré dans la loi sur l'arbitrage de la RPC du 31 août 1994 (ci-après « loi sur l'arbitrage »)⁵⁵, qui a institué un régime juridique applicable à l'arbitrage interne, d'une part, et un régime juridique applicable à l'arbitrage international, d'autre part. Toutefois, au vu de la pauvreté des dispositions spécifiques à l'arbitrage international⁵⁶ et le renvoi, dans le silence de ces dispositions, aux dispositions du droit commun de l'arbitrage interne (art. 65, loi sur l'arbitrage), on peut s'interroger sur l'existence d'un droit chinois de l'arbitrage international. Si c'est bien de l'analyse du régime juridique applicable que découle le caractère international de l'arbitrage⁵⁷, il convient de rechercher et de comparer avec la pratique internationale les traits saillants de l'arbitrage international chinois. S'agit-il d'un arbitrage international moyennant certaines caractéristiques chinoises, ou bien cet arbitrage est-il en réalité un arbitrage interne ?

36. La pratique des juristes occidentaux sinologues, arbitres notamment dans des litiges soumis au CIETAC, illustre les divergences d'opinions, d'expériences et de génération⁵⁸.

⁵⁵ Loi sur l'arbitrage, adoptée le 31 août 1994 lors de la 9^{ème} réunion du comité permanent de la 8^{ème} Assemblée populaire nationale, en vigueur au 1^{er} septembre 1995. Traduction en français des principaux extraits, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 527-534.

⁵⁶ Chapitre VII intitulé « dispositions spéciales pour l'arbitrage avec l'étranger » (art. 65 à 73). Les dispositions relatives à l'arbitrage international prévoient la création de commissions chinoises d'arbitrage international, la possibilité de désigner des arbitres de nationalité non chinoise, la compétence des tribunaux intermédiaires en matière de préservation des preuves, l'énumération par renvoi au code de procédure civile des cas de recours en annulation contre la sentence arbitrale.

⁵⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n°97.

⁵⁸ Pour une analyse comparative, v. KLOPPENBERG L., ZHAO Xiuwen, « Reforming Chinese arbitration law and practices in the global economy », 31 *Dayton Law Review* 421.

Ainsi, en témoigne la déclaration soumise par J. A. Cohen, en 2006, dans l'affaire *Animal Science Prods, Inc. v. Hebei Welcome Pharm*⁵⁹, à l'appui de la position de la société Animal Science Prods, Inc. qui demandait à la district court de New York de refuser la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage CIETAC conclue entre les parties. Dans sa déclaration, J. A. Cohen justifiait la nécessité de ne pas renvoyer les parties à l'arbitrage, par le caractère injuste de l'arbitrage CIETAC, l'absence d'indépendance des arbitres, le mode de désignation des arbitres, la désignation régulière par le CIETAC d'un arbitre local comme président du tribunal arbitral, l'absence de transparence de l'accord sur les honoraires, le défaut de représentation indépendante des parties, le recours au système « arb-med »⁶⁰ et l'absence de procédure de *discovery*. En réponse à cette déclaration, R. Peerenboom, déclarait à son tour, en 2011, dans la même affaire, que le portrait de l'arbitrage CIETAC dressé par J. A. Cohen était trompeur (*misleading*), qu'il s'agissait de rumeurs et d'anecdotes isolées qui exagéraient les problèmes relatifs au CIETAC et le risque pour Animal Science Prods, Inc. d'être renvoyée, par les tribunaux américains, à un arbitrage sous l'égide du CIETAC. R. Peerenboom faisait état d'une série de changements intervenus dans le règlement d'arbitrage du CIETAC, qui avaient eu pour effet d'en faire un texte globalement similaire au règlement d'arbitrage de la CCI et des autres institutions d'arbitrage international. Le caractère restreint du panel d'arbitres CIETAC a été supprimé, et il inclut désormais les principales personnalités en arbitrage international⁶¹.

37. Les réserves soulevées par J. A. Cohen ne peuvent être écartées trop rapidement. En effet, il est nécessaire d'examiner un certain nombre de questions soulevées par les caractéristiques de la procédure d'arbitrage, notamment CIETAC, à savoir les difficultés soulevées par la constitution du tribunal arbitral et par la langue de la procédure, qui

⁵⁹ « Declaration of Professor Jerome A. Cohen » du 3 novembre 2006, déposée dans l'affaire *In re Vitamin C Antitrust Litigation [Animal Science Products, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., et al.]*, No. 06-md-1738, No. 05-cv-0453, E.D. N.Y. ; v. également J. A. COHEN, « Time to fix China's arbitration », *Far Eastern Economic Review*, Hong Kong, Jan/Fév. 2005, Vol. 168, Iss. 2, p. 31.

⁶⁰ Les règlements d'arbitrage CIETAC et BAC prévoient la faculté, en cours d'arbitrage, pour les arbitres, et avec l'accord des parties, de tenter une conciliation. En cas d'échec de cette conciliation, les arbitres deviennent conciliateurs reprennent leur mission d'arbitres, et tranchent le litige. V. art. 40, règlement d'arbitrage du CIETAC, art. 39, règlement d'arbitrage de la BAC 2007. Sur cette procédure d'« arb-med », v. KAUFMANN-KOHLER G., FAN Kun, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », *25 Journal of International Arbitration*, (2008), pp. 479–492.

⁶¹ Le débat entre les juristes sinologues a rebondi en 2012 à l'occasion de la demande d'exequatur d'une sentence CIETAC déposée par une joint venture chinoise, *Changzhou Amec Eastern Tools and Equipment CP. Ltd.*, devant la district court en Californie. V. *Changzhou Amec Eastern Tools and Equipment CP. Ltd. (RPC) c/ Eastern Tools & Equipment, Inc (USA) et Fan Gouxiong*, Case No. EDCV 11-00354 VAP (DTBx). Dans cette affaire, J. FEINERMANN répondait, pour la demanderesse chinoise à l'exequatur, à une déclaration de J. A. COHEN déposée pour les défendeurs.

permettent de douter qu'il s'agisse d'un mode d'arbitrage véritablement international⁶². La composition du tribunal arbitral est profondément liée à deux questions sensibles : la nationalité des arbitres et la langue de l'arbitrage. A cet effet, on examinera les décisions rendues sur ces questions dans le cadre de l'exequatur à l'étranger de sentences arbitrales chinoises sous l'égide de commissions chinoises.

1. La constitution du tribunal arbitral

38. L'indépendance de l'arbitre au regard des parties au litige est une des questions récurrentes du droit de l'arbitrage tant interne qu'international⁶³. Une des rares espèces à avoir traité de l'indépendance de trois arbitres chinois au regard de leur appartenance politique et de la détention par l'Etat chinois du capital d'une société d'Etat, partie à l'arbitrage, est la décision *Heilongjiang Science & Technology Economic Development v. Shinryo* rendue par la district court de Tokyo le 15 juin 1995⁶⁴, sur la demande d'exequatur au Japon, d'une sentence CIETAC rendue le 12 avril 1991, fondée sur la Convention de New York, introduite par Heilongjiang Science & Technology Economic Development à l'encontre de la société japonaise Shinryo. Les parties avaient conclu un contrat de joint venture en 1989 pour l'établissement d'une briqueterie en Chine et, à la suite d'un différend, le partenaire chinois avait mis en œuvre la clause compromissoire CIETAC contenue dans le contrat de joint venture. Il semble que Shinryo, bien qu'informée de la procédure d'arbitrage, n'avait pas participé à la procédure d'arbitrage et n'avait pas désigné d'arbitre. Shinryo s'opposait à l'exequatur de la sentence CIETAC au Japon, prétendant que la sentence arbitrale ne pouvait être « juste » (*fair*) puisque, d'une part, la demanderesse était une entreprise chinoise d'Etat et

⁶² Le règlement d'arbitrage du CIETAC 2012 aurait pour ambition de pallier ces difficultés. D'autres éléments significatifs, tels que les conséquences du choix d'un siège de l'arbitrage situé en Chine sur la validité de la convention d'arbitrage, et l'absence de disposition relative au conflit de lois dans certains règlements d'arbitrage chinois doivent, qui conduisent à penser qu'en matière d'arbitrage international, les commissions d'arbitrages se conduisent plus comme des institutions chinoises d'arbitrage que comme des institutions d'arbitrage véritablement internationales, seront examinées ultérieurement (respectivement, n°95 et n°245 *infra*).

⁶³ V. Règles directrices de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, disponibles sur http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Sur l'obligation d'indépendance et l'obligation de révélation de l'arbitre, en droit français de l'arbitrage interne et international, v. art. 1456, Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011; Sur les liens entre l'arbitre et les parties, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, *Somoclest*, JurisData n° 2010-018981 et Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-68.131, *Prodim*, JurisData n° 2010-018962 D., 2010. 2589, obs. X. DELPECH; sur les liens entre l'arbitre et les conseils des parties, v. CA Paris, 10 mars 2011, n° 09/28537, *Tecso*, *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. HENRY, *Rev. Arb.*, 2011, p. 737; *D.*, 2011, p. 3023, obs. Th. CLAY.

⁶⁴ Docket: Heisei 6(wa) 1125 of 1994; *Hansei Times*, No. 919; 252; T. TAKEISHI, « Recent Japanese case law in relation to International Arbitration », 17 *Journal of International Arbitration*, n° 4 (2000), pp. 63-75. Traduction anglaise de la décision disponible sur <http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/result.php?s=f9e5090633728e7f57ffd028e8023292&c=956e432c912ae4b9221ff265da2f318f>.

les arbitres étaient membres du parti communiste chinois, et, d'autre part, la sentence rendue se fondait sur une méconnaissance arbitraire des faits.

39. La district court de Tokyo a rejeté ces arguments au motif qu'il s'agissait d'irrégularités procédurales de la sentence, et qu'elles ne constituaient pas un fondement de refus d'exequatur selon l'article V(1) de la Convention de New York. Quant à la contrariété avec l'ordre public japonais, la district court a considéré qu'il n'était pas possible de tirer argument du fait que la demanderesse était une entreprise d'Etat chinoise pour se livrer immédiatement à la conclusion hâtive que la décision du CIETAC serait forcément injuste, et a confirmé l'exequatur de la sentence arbitrale au Japon. Pour ce qui concernait la faculté de Shinryo de désigner un arbitre, la district court s'est référée aux dispositions, relatives à la composition du tribunal arbitral, du règlement d'arbitrage du CIETAC applicable : « *Le règlement d'arbitrage du CIETAC propose une liste d'arbitres, invités et choisis par le CCPIT parmi des personnalités disposant de connaissances approfondies et d'une expérience pratique dans les domaines étrangers et internationaux tels que la finance et le commerce, les sciences et les technologies, et le droit (art. 4) ; le défendeur peut choisir un arbitre parmi la liste du CIETAC (art. 8), à défaut de quoi le Président du CIETAC peut désigner un arbitre pour le compte du défendeur (art. 16) ; en cas de conflit d'intérêt entre l'arbitre désigné et l'affaire, il/elle doit impérativement et volontairement se manifester auprès du CIETAC pour se retirer de l'affaire, ou une partie peut adresser une demande au CIETAC afin de remplacer l'arbitre en question (art. 18)* »⁶⁵. La district court a conclu que, puisque Shinryo n'avait pas désigné son arbitre, le président du CIETAC avait, conformément au règlement, désigné l'arbitre en lieu et place de la défenderesse japonaise, et a rejeté l'objection d'exequatur⁶⁶.

40. Deux décisions, rendues respectivement en France et à Hong Kong, vont plus loin en constatant l'irrecevabilité de l'objection, formée par une partie à l'encontre de l'exequatur de la sentence, fondée sur une irrégularité de la composition du tribunal arbitral siégeant sous les

⁶⁵ *CIETAC's arbitration rules provide a panel of arbitrators, invited and appointed by the CCPIT from among individuals with expert knowledge and practical experience in fields including domestic and foreign international finance and trade, science and technology, and law (Art.4); the respondent may appoint one arbitrator from CIETAC's panel (Art.8) failing which the Chairman of CIETAC may appoint one arbitrator on behalf of the respondent (Art.16); in the event that the appointed arbitrator has a conflict of interest with the case, he/she must without fail voluntarily apply to CIETAC to withdraw from the case, or a party may write a request to CIETAC to replace the arbitrator in question (Art.18)* ».

⁶⁶ Il convient toutefois de noter que la liste fermée du CIETAC ne comprenait, avant l'entrée en vigueur du règlement d'arbitrage du CIETAC 1995, que 15 arbitres de nationalité étrangère et 98 arbitres chinois, de sorte qu'un tribunal arbitral composé de trois arbitres chinois était la norme. V. B. BEAUMONT, H. MARCUS, D. CHOI, R. AU, *Chinese International Commercial Arbitration*, Simmonds & Holl, Londres 1994, p. 3.

auspices du CIETAC. Dans *Thimonnier c/ Inner Mongolia Yili Group*⁶⁷, la Cour d'appel de Paris devait statuer sur l'appel formé par Thimonnier de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence CIETAC, le 31 mars 2005, portant sur un différend relatif à plusieurs contrats de vente, par Thimonnier, de machines de conditionnement et d'emballage, à Inner Mongolia Yili Industrial Group. Thimonnier soulevait en appel l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral (anc. Art. 1502-2, Code de procédure civile) arguant qu'elle n'avait pas disposé d'un délai suffisant pour désigner un arbitre ou n'avait pas pu le choisir en dehors de la liste officielle du CIETAC. La Cour a déclaré ce moyen irrecevable au motif que, selon le règlement d'arbitrage du CIETAC, « *charte convenue et acceptée par les parties* », Thimonnier avait disposé de vingt jours pour désigner un arbitre, mais qu'en raison de sa carence à participer aux opérations de constitution du tribunal arbitral, l'arbitre X a été nommée en ses lieu et place par le président de l'institution d'arbitrage. Faute pour Thimonnier d'avoir soulevé ce moyen au cours de la procédure d'arbitrage, elle était désormais irrecevable à en faire état devant le juge de l'exequatur. Le même raisonnement, fondé sur la théorie de l'*estoppel*, a été adopté par le juge de Hong Kong, N. KAPLAN, dans l'affaire *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch c/ Gee Tai Holdings Co., Ltd.*⁶⁸, relative à une demande d'exequatur de sentence CIETAC à Hong Kong. Le juge hongkongais a estimé que l'objection de la défenderesse à l'exequatur, Gee Tai Holdings, tirée de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral, était irrecevable en vertu du principe d'*estoppel*, faute pour Gee Tai Holdings d'avoir contesté cette irrégularité devant le tribunal arbitral ou la commission d'arbitrage, alors même qu'elle avait participé à la procédure sur le fond. Le juge observait toutefois qu'il y avait bien eu une irrégularité de composition du tribunal, et que sa décision d'exequatur eût été différente si Gee Tai Holdings avait formé, en son temps, une objection sur la compétence.

41. On constatera dans la pratique de la rédaction des clauses compromissoires, qu'hormis la question des délais de désignation des arbitres par les parties et celle de la liste d'arbitre fermée (désormais abandonnée par le CIETAC qui autorise les parties à désigner un arbitre

⁶⁷ CA Paris, 31 janvier 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 487, note L.-M. PILIEBOUT.

⁶⁸ *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch c/ Gee Tai Holdings Co., Ltd.*, 15 June 1995 [1994] 3 HKC 375.

hors de sa liste), les parties prennent peu la peine de prévoir le mode de désignation des arbitres ou la langue de l'arbitrage⁶⁹.

2. La langue chinoise comme langue de l'arbitrage

42. L'article 67(1) du règlement d'arbitrage du CIETAC disposait, jusqu'à l'adoption du règlement de 2012, que : « *Lorsque les parties conviennent d'une langue d'arbitrage, leur accord prévaut. A défaut d'accord, la langue chinoise est la langue officielle de la procédure d'arbitrage* ». Le principe était donc, jusqu'en 2012, celui de l'utilisation de la langue chinoise, comme seule et unique langue de procédure, en l'absence d'un accord des parties sur une autre langue⁷⁰. L'usage systématique du chinois, comme « langue de procédure par défaut », a été critiqué – non par les juristes sinologues mais par les parties – comme constituant un obstacle au principe de la contradiction, et a été souvent soulevé au soutien d'oppositions à l'exécution, à l'étranger, de sentences chinoises.

43. Ainsi, dans l'affaire *Thimonnier c/ Inner Mongolia Yili Group*, Thimonnier alléguait que les délais imposés par le CIETAC ne lui avaient pas permis de désigner un arbitre et de préparer utilement sa défense, mais ajoutait également avoir été contrainte de solliciter des délais complémentaires en raison de l'emploi du chinois comme langue de procédure. La cour d'appel de Paris a rejeté l'argument au motif que, s'agissant de la langue de procédure, le règlement CIETAC prévoit qu'elle se déroule en chinois faute d'accord des parties à cet égard et, qu'en l'espèce, « *sur décision du tribunal arbitral, une version anglaise des documents et écritures a été admise ainsi que la possibilité d'une interprétation en langue anglaise pour les audiences* ». La Cour d'appel a estimé la contestation, en tout état de cause, irrecevable, faute pour Thimonnier d'avoir fait valoir devant les arbitres les critiques qu'elle formulait maintenant pour s'opposer à l'exequatur de la sentence.

44. Dans d'autres affaires, c'est l'utilisation exclusive de la langue chinoise dans la notification d'arbitrage, adressée par la commission d'arbitrage chinoise à la partie étrangère,

⁶⁹ A ce titre, la pratique arbitrale souligne la rareté des « clauses CIETAC » qui prennent la peine de stipuler que les arbitres ou le président du tribunal arbitral seront d'une nationalité neutre. A titre d'exemple on retiendra la clause suivante insérée dans un contrat de vente conclu entre une société chinoise et une société anglaise, qui a donné lieu à un différend : « *Any dispute arising from or in connection with this contract shall be submitted to [CIETAC]. Both parties also agree that the presiding Arbitrator shall be a citizen of a third country and the language of the arbitration shall be English [...]* »

⁷⁰ Sur la totalité des sentences arbitrales CIETAC, relatives aux contrats de joint ventures sino-étrangères, rendues entre 1984 et 2006 et publiées, seule une sentence était en langue anglaise. La totalité des sentences arbitrales BAC en matière de contrats de joint ventures sino-étrangères sont en langue chinoise.

qui est invoquée par cette dernière comme une violation du principe de la contradiction (article V(1) (b) de la Convention de New York). On constatera toutefois, au vu de deux décisions d'exequatur, rendues respectivement au Japon et aux Etats-Unis, que l'appréciation de l'usage unique du chinois par la Commission d'arbitrage chinoise, à l'attention d'une partie non sinisante, conduit à des solutions différentes. Dans l'affaire *China National Chemical Construction Qingdao c/ Color Chemical*⁷¹, la district court de Tokyo a considéré qu'en l'absence d'indication dans la convention d'arbitrage d'un accord sur la langue de l'arbitrage, et dans la mesure où le contrat avait été rédigé en langues chinoise et anglaise, le demandeur et le défendeur étaient présumés avoir consenti, à l'avance, à soumettre leur procédure d'arbitrage à la langue chinoise, et a ordonné l'exequatur de la sentence chinoise.

45. En revanche, dans l'affaire *Qingdao Free Trade Zone Genuis Int'l Trading Co., Ltd. c/ P&S International, Inc.*⁷², la US district court de l'Oregon a refusé d'exequaturer une sentence arbitrale, rendue par un tribunal constitué sous les auspices de la Commission d'arbitrage de Qingdao (Shandong), à l'encontre de la société américaine P&S International, au motif que la notification d'arbitrage que lui avait adressée la Commission d'arbitrage chinoise de Qingdao était en langue chinoise. La district court n'a pas recherché la/les langues du contrat. Elle a relevé que la notification d'arbitrage de la Commission d'arbitrage de Qingdao contenait le « *nom et l'adresse de P&S International en anglais ainsi que quelques chiffres arabes et ce qui semblaient être des dates enfouies au milieu de caractères chinois* », les plus signifiants étant les termes suivants : « *44911.88 (without a dollar sign), which is the amount claimed by Qingdao as reimbursement, and what appears to be a date and time: 2007, 4, 4, 9:30. They also contain, in English, the phone number, fax number, and address of the Qingdao Arbitration Commission* ». La district court concluait que les documents et les circonstances de cette affaire ne démontraient pas que P&S International avait reçu une notification d'arbitrage raisonnablement effectuée, qui lui permette de prendre conscience qu'une instance arbitrale était en cours à son encontre, et d'avoir la possibilité d'être entendue.

46. Le règlement d'arbitrage du CIETAC, applicable à compter de 2012, dispose désormais qu'à défaut d'accord des parties sur la langue de l'arbitrage, le CIETAC peut désigner une

⁷¹ *China National Chemical Construction Qingdao c/ Color Chemical*, district court de Tokyo, 25 août 1999, *Hanrei Jiho* No. 1707: 146, *Hanrei Taimuzu* No. 1053: 266.

⁷² *Qingdao Free Trade Zone Genuis Int'l Trading Co., Ltd. c/ P&S International, Inc.*, 2009 WL 2997184 (D.Or.), disponible sur http://jenner.com/system/assets/assets/1964/original/9-16-09_order.pdf?1318519664.

autre langue que le chinois comme langue de l'arbitrage « *au regard des circonstances de l'affaire* »⁷³. De même la pratique constate la rareté des clauses d'arbitrage, même incluses dans des contrats rédigés en anglais, qui prévoient que la langue de l'arbitrage sera l'anglais⁷⁴.

47. Au terme de cet examen préliminaire, il est permis de penser que l'arbitrage international chinois présente effectivement des caractéristiques qui tendent à siniser le traitement du litige. Toutefois, on constate en pratique la mise en œuvre par le CIETAC des stipulations contenues dans les conventions d'arbitrage visant à redresser (choix de la langue anglaise, choix d'un président d'une nationalité tierce) la sinisation excessive constatée dans les dispositions du règlement d'arbitrage. Il n'en va toutefois pas de même du principe de compétence-compétence, pour lequel les parties sont liées par la législation chinoise en la matière.

B. Le principe de compétence-compétence

48. La compétence du tribunal arbitral est subordonnée à la volonté des parties, exprimée dans la convention d'arbitrage, de lui soumettre leur litige né ou à naître. En cas de contestation relative à la validité de la convention d'arbitrage, le principe de compétence-compétence est l'expression de la nécessité de laisser au tribunal arbitral la possibilité de déterminer toutes les contestations relatives à la validité et à l'étendue de sa compétence⁷⁵. On parle d'effet positif du principe compétence-compétence (A). Ce principe prend toute sa signification lorsque la compétence de l'arbitre est, lors de sa saisine, mise en concurrence avec celle des tribunaux judiciaires en la matière. On parle alors d'effet négatif du principe compétence-compétence (B).

⁷³ Article 71(1) du règlement CIETAC 2012 dispose désormais : « *En l'absence d'un tel accord, la langue chinoise est la langue officielle de la procédure d'arbitrage. Le CIETAC peut également désigner toute autre langue comme langue officielle, au regard des circonstances de l'affaire* » (traduction de l'auteur). On ignore si la langue du contrat sera un des critères utilisés par le CIETAC afin de déterminer la langue de l'arbitrage. En effet, en matière d'arbitrage sino-étranger, à ce jour, la langue du contrat n'a pas d'influence sur la langue de l'arbitrage.

⁷⁴ V. note 69 *supra* pour un rare exemple de stipulation relative à la langue de la procédure d'arbitrage, dans une clause compromissoire CIETAC, contenue dans un contrat de vente sino-étrangère.

⁷⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.* n°627 ; P. MAYER « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Recueil des Cours*, tome 218 (1989), p. 344.

1. L'effet positif du principe de compétence-compétence

49. L'effet positif du principe de compétence-compétence est affirmé dans la plupart des lois nationales⁷⁶ et des règlements d'arbitrage des principales institutions d'arbitrage international⁷⁷. Mais il doit être également bien compris en ce sens que la décision de l'arbitre relative à sa compétence (ou à son refus de compétence) est rendue sous réserve du contrôle ultime de la compétence du tribunal arbitral, lors d'un recours en annulation contre la sentence formé devant les tribunaux du pays dans lequel elle a été rendue⁷⁸.

50. Entendu comme une prérogative du tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, le principe compétence-compétence n'existe pas en droit chinois de l'arbitrage. La commission d'arbitrage (et non le tribunal arbitral), d'une part, et le juge étatique, d'autre part, sont seuls compétents pour trancher les contestations relatives à la validité de la convention d'arbitrage⁷⁹. Le tribunal arbitral est quant à lui compétent pour déterminer la validité du contrat principal. Les règlements d'arbitrage des commissions d'arbitrage chinoises, CIETAC, CMAC ou BAC, adoptent cette formulation du principe de compétence-compétence : « *Le CIETAC dispose du pouvoir de vérifier l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage ainsi que sa compétence sur une affaire d'arbitrage* »⁸⁰. L'étendue de la vérification de la compétence dévolue par la loi aux commissions d'arbitrage s'étend à la vérification de la validité de la convention d'arbitrage⁸¹. Les règlements d'arbitrage s'octroient, quant à eux, une compétence un peu plus large, à savoir « *la validité de la convention d'arbitrage* » et les « *objections à la compétence arbitrale* », pour la BAC (art. 6(2)), et « *l'existence et la validité de la convention d'arbitrage* » et « *la compétence de la commission d'arbitrage sur une affaire d'arbitrage* », pour le CIETAC (art. 6(1)). A ce titre, les thèmes abordés dans les décisions sur la compétence, rendues et publiées par le

⁷⁶ Art. 1465 (anc. art. 1466), Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011. Le principe compétence-compétence a été érigé en un principe général du droit par la Cour de cassation, Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Sté NBC c/ Bernardau*, Bull. civ. I, n°364 ; JCP G., 2006 I, 187, p. 2100 obs. SERAGLINI, JCP, 2006 II 10128, note P. Callé ; Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, *Sté Levantina de Hydraulica y Motores c/ Scala et autres*, Rev. arb., 2007, p. 297, obs. P. PIC. Pour les lois sur l'arbitrage, V. art. 186, loi suisse sur l'arbitrage (SPIL) ; art. 30, loi anglaise sur l'arbitrage 1996 ; art. 16(1), loi-type de la CNUDCI.

⁷⁷ Art. 21(1), règlement d'arbitrage 2010 de la CNUDCI ; art. 23(1), règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration ; art. 6(2), règlement d'arbitrage de l'ICC ; art. R7(a), règlement d'arbitrage de l'American Arbitration Association.

⁷⁸ Art. 1492-1^o, Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011.

⁷⁹ Art. 19(2) et 20(1), loi sur l'arbitrage.

⁸⁰ Art. 6.1, règlements d'arbitrages CIETAC 2005 et 2012 ; art. 6(4), règlement d'arbitrage de la BAC 2007.

⁸¹ art. 20.1, loi sur l'arbitrage.

CIETAC⁸², confirment l'interprétation extensive des pouvoirs de compétence-compétence, et dont on peut douter, pour certaines (V. n°12, 18 et 21 ci-dessous), qu'il s'agisse de questions de compétence :

- (1) conditions de fond de la convention d'arbitrage ;
- (2) connaissance par une partie du contenu de la convention d'arbitrage ;
- (3) pouvoir du signataire ;
- (4) agent d'un contrat du commerce international
- (5) capacité des parties à l'arbitrage ;
- (6) transmission de et succession dans la convention d'arbitrage ;
- (7) indépendance de la convention d'arbitrage ;
- (8) convention d'arbitrage par référence ;
- (9) capacité d'arbitrer d'une entreprise dissoute ;
- (10) opposabilité de la clause compromissoire au garant ;
- (11) relation entre le compromis d'arbitrage et les dispositions pertinentes du contrat initial ;
- (12) confirmation de l'authenticité du contrat et de la convention d'arbitrage ;
- (13) conditions préalables à l'introduction d'une procédure d'arbitrage ;
- (14) utilisation de l'ancienne dénomination de la commission d'arbitrage ;
- (15) désignation imprécise de la commission d'arbitrage ;
- (16) désignation incorrecte de la commission d'arbitrage ;
- (17) convention d'arbitrage ambiguë ;
- (18) distinction entre arbitrage international et arbitrage interne ;
- (19) arbitrabilité du litige ;
- (20) répartition des compétences entre les commissions d'arbitrage et entre une commission d'arbitrage et ses sous-commissions ;
- (21) le principe *non bis in idem* et le caractère définitif de la sentence arbitrale.

51. A compter respectivement de 2005 et de 2007, les règlements d'arbitrage CIETAC et BAC ont été modifiés afin d'assouplir l'exclusion de la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence. Ces modifications ont permis, en quelque sorte, l'émergence, au sein de la commission d'arbitrage, d'un principe compétence-compétence au profit du tribunal

⁸² *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui guan xiaquan jue ding xianpian* (中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编), CIETAC, *Sélection de décisions concernant la compétence*, China Commercial Publishing House, Pékin 2004, table des matières.

arbitral, en prévoyant la faculté de déléguer, au tribunal arbitral, le pouvoir de détermination de la validité de la convention d'arbitrage : « *Le CIETAC peut, si nécessaire, déléguer ce pouvoir au tribunal arbitral* »⁸³. On examinera ci-dessous la procédure de contestation sur la compétence devant la commission d'arbitrage et devant le tribunal arbitral.

a. *La contestation de la compétence du tribunal arbitral devant une commission d'arbitrage chinoise*

52. L'initiative de la mise en œuvre du pouvoir de la commission d'arbitrage de trancher la compétence et la validité de la convention d'arbitrage appartient tant aux parties qu'à la commission. Le CIETAC « *dispose du pouvoir de vérifier* » sa compétence et la validité de la clause et peut donc en principe se saisir de toute question relative à la compétence. Les règlements des institutions étrangères d'arbitrage international prévoient que le pouvoir de l'institution d'arbitrage se limite à la vérification de l'existence *prima facie* de la clause d'arbitrage. La pratique des commissions arbitrales constatée en Chine montre que les commissions d'arbitrage disposent d'un bureau d'enregistrement des demandes d'arbitrage (*anlisuo*, 案例所) dans lequel les conseillers reçoivent les parties et/ou leur conseil, et vérifient en leur présence la nature des demandes d'arbitrage, l'existence d'une convention d'arbitrage. L'*anlisuo* est amené à conseiller aux parties de faire vérifier, par le tribunal étatique, la validité de la convention d'arbitrage. Pour le cas où le demandeur persiste dans sa volonté, l'*anlisuo* enregistre la demande d'arbitrage, en faisant signer au demandeur une décharge de responsabilité pour le cas où la clause compromissoire serait jugée non valable par la commission ou par les tribunaux, lors du contrôle de la sentence. De même, les règlements d'arbitrage n'organisent pas la procédure devant la commission, ni la façon dont les parties sont entendues. La commission d'arbitrage rend une décision (*jueding*, 决定) motivée sur la compétence. Pour le cas où elle accepte (*shouli*, 受理) l'affaire, la commission transmet le dossier au tribunal arbitral. La décision de la commission d'arbitrage n'est pas une sentence arbitrale. Cette décision est finale et, si la commission décline sa compétence, sa décision n'est pas susceptible de recours.

53. Le CIETAC se réserve la possibilité, après avoir pris une décision *prima facie*, de revenir sur sa décision de compétence, et de la modifier en cours d'instance arbitrale alors

⁸³ Arts. 6(1) et (3), règlements d'arbitrages 2005 et 2012 du CIETAC; art. 6(4), règlement d'arbitrage de la BAC 2007.

même que le tribunal est saisi de l'affaire. Il existe donc, en cours de procédure d'arbitrage CIETAC, une dissociation entre le contentieux de la compétence et le contentieux du fond. Le règlement de la CIETAC diffère donc sensiblement de celui de la BAC sur ce point. Toutefois, l'étude de la pratique du règlement CIETAC de 2005 montre qu'il existe une coopération entre la commission et le tribunal arbitral⁸⁴.

b. La délégation par la commission au tribunal arbitral du pouvoir de trancher la compétence

54. La décision de déléguer, ou d'autoriser, le tribunal arbitral à statuer sur la compétence semble être prise par la commission au cas par cas. Toutefois, il ressort des entretiens accordés à l'auteur, par les conseillers du Secrétariat de la BAC, que la décision de déléguer intervient généralement dès lors que le secrétariat de la commission estime que la question de compétence requiert des « investigations » plus approfondies, plus à même d'être menées par un tribunal arbitral⁸⁵. Ceci est également le cas dans la pratique du CIETAC. Comme l'indique le CIETAC, dans sa *Sélection de décisions sur la compétence*⁸⁶, en matière de vérification du champ d'application de la clause compromissoire, la complexité de la question détermine la procédure à suivre, à savoir, soit un examen *prima facie*, soit une décision rendue par le CIETAC moyennant un débat contradictoire, soit un examen et une décision rendue par le tribunal arbitral dans les cas les plus complexes : « [...] *la partie qui sollicite l'arbitrage doit soumettre la convention d'arbitrage signée par les parties à la commission d'arbitrage. Le commission d'arbitrage décide, par un examen formel et en s'appuyant sur la requête et les preuves prima facie, de la recevabilité de la requête, et elle peut par une décision préliminaire décider si le différend est couvert par le champ d'application de la convention d'arbitrage. A l'examen des preuves prima facie, si le différend est couvert par les clauses d'arbitrage, la commission d'arbitrage se doit d'accepter la requête. Pour le cas où le litige soumis est hors du champ de la convention d'arbitrage, la commission d'arbitrage rejettera la demande d'arbitrage. Cependant, la situation n'est pas toujours aussi claire et, le cas échéant, il est difficile de statuer au moment de l'introduction de la requête. Afin de*

⁸⁴ Sur la pratique au sein du CIETAC, v. C. von WUNSCHHEIM, *Enforcement of Commercial Arbitral Awards in China*, West, éd 2011, paragr. 2.36.

⁸⁵ Entretiens du 11 au 15 juin 2012, BAC Beijing.

⁸⁶ *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui guan xiaquan jue ding xianpian* (中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编), CIETAC, *Sélection de décisions concernant la compétence*, China Commercial Publishing House, Pékin 2004.

protéger à égalité les droits des parties, et ne pas priver arbitrairement la volonté potentielle d'une partie de recourir à l'arbitrage, la commission d'arbitrage acceptera tout d'abord la requête, puis prononcera une décision finale après avoir entendu l'avis de l'autre partie ou, dans les cas plus complexes, après que le tribunal arbitral a tranché »⁸⁷.

55. Reste la question de la conformité, à la loi sur l'arbitrage, de la délégation opérée dans les règlements d'arbitrage CIETAC ou BAC. En effet, l'article 75 de la loi chinoise sur l'arbitrage impose aux règlements d'arbitrage de se conformer aux dispositions de la loi sur l'arbitrage et du code de procédure civile. Il ne semble toutefois pas qu'il y ait de décision judiciaire remettant en cause la légalité, au regard de l'article 20(1) de la loi sur l'arbitrage, de la pratique de la délégation de compétence instituée par les règlements d'arbitrage chinois.

2. L'effet négatif du principe de compétence-compétence

56. L'étendue du principe de compétence-compétence trouve toute sa signification lorsqu'il est mis en concurrence avec les pouvoirs alloués aux tribunaux judiciaires en la matière. Le tribunal arbitral dispose-t-il d'une compétence prioritaire, d'une compétence concurrente ou bien d'une compétence secondaire ? Le droit français de l'arbitrage a dégagé, sur le fondement des anciens articles 1466 et 1458 du Code de procédure civile, le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence⁸⁸. Dès lors, le juge étatique ne peut, en présence d'une convention d'arbitrage (sauf nullité manifeste) ou d'un arbitrage en cours, que se déclarer incompétent. Affirmée par la doctrine comme « véritable signe de maturité d'un droit par rapport à l'arbitrage », la reconnaissance de l'effet négatif de compétence-compétence est admise à des degrés divers dans les autres systèmes juridiques⁸⁹.

57. Le droit chinois de l'arbitrage prévoit une concurrence de compétence entre la commission d'arbitrage et le juge étatique pour statuer sur la validité de la convention

⁸⁷ CIETAC, *op. cit.*, p. 361, traduction du chinois vers le français par Philippe Kantor.

⁸⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 661 ; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, « Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators », in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. GAILLARD, D. Di PIETRO, eds) Cameron Mai, 257 (2008).

⁸⁹ V. Gaillard, E., « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007, p. 709 ; V. pour une analyse comparative, Park William W., « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », 13 *ICCA Congress Series* (2006), p. 55; Barceló, John J. III « Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* [Vol. 36:1115].

d'arbitrage⁹⁰. Tout comme les commissions d'arbitrage, le juge judiciaire est compétent pour connaître de la validité d'une clause compromissoire. En matière d'arbitrage international, si le tribunal étatique chinois estime que la convention d'arbitrage n'est pas valable, les textes ont instauré une procédure dite de pré-rapport ou de « rapportage »⁹¹ (*baogao*, 报告), qui contraint le juge à soumettre son projet de décision, pour avis, à la juridiction supérieure. Pour le cas où la juridiction supérieure confirme la nullité de la clause compromissoire prise en matière internationale, le projet de décision est ensuite adressé à la Cour suprême qui rend son avis en dernier ressort.

58. En cas de saisine concurrente de la commission d'arbitrage et du juge étatique, le conflit de compétence est résolu au profit du tribunal étatique, qui est compétent et qui a le dernier mot⁹². Ni la saisine de la commission d'arbitrage d'une demande d'arbitrage, ni une exception d'incompétence formée devant la commission ou le tribunal arbitral ne créent de litispendance. Le juge judiciaire conserve sa plénitude de compétence pour examiner la validité de la convention d'arbitrage aussi longtemps que la commission d'arbitrage n'a pas tranché sur la compétence arbitrale. Pour le cas où la commission d'arbitrage tranche la compétence avant que le juge judiciaire ne rende sa décision. L'interprétation par la Cour suprême sur certaines questions relatives à l'application de la loi sur l'arbitrage du 8 septembre 2006 (ci-après « l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 »)⁹³ prévoit que la décision de la commission s'impose au juge. Pour le cas où le juge tranche en premier, la décision de ce dernier prévaut.

59. En pratique, les commissions préfèrent que les tribunaux judiciaires tranchent la validité de la clause compromissoire, et ne cherchent pas à imposer leur compétence face au juge judiciaire. Les conseillers du Secrétariat de la BAC ont confirmé, lors d'entretiens accordés à l'auteur, que lorsque l'*anlisuo* identifie une difficulté relative à la validité de la convention d'arbitrage au vu de la jurisprudence chinoise, il invite le potentiel demandeur à aller faire trancher préalablement ce contentieux par le juge étatique. Les commissions d'arbitrage, à

⁹⁰ Art. 20, loi sur l'arbitrage.

⁹¹ Traduction YANG Caixia, *op. cit.*

⁹² Réponse de la Cour suprême « relative à quelques questions sur la validité des conventions d'arbitrage », « 最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批 », adoptée lors de la 1029^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour suprême le 21 octobre 1998. Interprétation No. 27(1998) de la Cour suprême, en vigueur au 5 Novembre 1998.

⁹³ Adoptée lors de la 1375^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour suprême le 26 décembre 2005. Interprétation No. 7 (2006) de la Cour suprême, en vigueur au 8 septembre 2006.

l'instar de la BAC, qui prônent une certaine transparence et publient leurs statistiques d'annulation, sont soucieuses du faible taux d'annulation des sentences arbitrales rendues sous leur égide, et en font un critère de qualité des prestations d'arbitrage qu'elles offrent. Elles ne souhaitent pas créer une insécurité juridique, tirée de la remise en cause de la compétence arbitrale *a posteriori* par le juge du contrôle de la sentence. L'incitation faite par la commission aux parties, de soumettre préalablement ce contentieux de la compétence du juge judiciaire témoigne autant d'une approche pragmatique de la coopération de la commission d'arbitrage avec le juge judiciaire - en ne s'encombrant pas d'un contentieux naturellement dévolu à ce dernier par le législateur - que d'un souci de la commission d'arbitrage de contrôler la qualité de ses « prestations ».

60. L'examen des caractéristiques du l'arbitrage international chinois montre que si l'on constate une inflexion de certaines pratiques, la privation de l'arbitre de son pouvoir de statuer sur sa propre compétence limite le caractère international de ce mode d'arbitrage. Cette impression est renforcée par l'examen de l'indépendance de la convention d'arbitrage, dont la mise en œuvre par la jurisprudence étatique et arbitrale, n'a été clairement affirmée que récemment.

§ 2 L'indépendance de la convention d'arbitrage

61. Le principe d'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat auquel elle se réfère a été affirmé par la jurisprudence française dans un arrêt de 1963⁹⁴, et confirmé par une jurisprudence constante, et est un principe général du droit français de l'arbitrage international⁹⁵. Il est repris dans la plupart des législations et des règlements relatifs à l'arbitrage international, sous la terminologie d'« autonomie » ou de « séparabilité » (*severability*) de la clause compromissoire⁹⁶.

62. Ce même principe est affirmé en droit chinois, lequel pose également le principe de l'indépendance (*dulixing*, 独立性) de la clause compromissoire en droit de l'arbitrage et celui de l'indépendance de l'existence (*duli cunzai*, 独立存在) de la clause de résolution des litiges

⁹⁴ L'arrêt *Gosset* a posé le principe de la « complète autonomie juridique » de la clause compromissoire par rapport au contrat de fond, Cass. Civ. 1ère 7 mai 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 60.

⁹⁵ Art. 1447, Code de procédure civile, issue du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ».

⁹⁶ P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1998.359.

à l'égard du contrat qui la contient, en droit des contrats⁹⁷. Les règlements d'arbitrage CIETAC et BAC affirment tous deux le principe de l'indépendance de l'existence (*duli cunzai*, 独里存在) de la clause compromissoire⁹⁸. Le règlement CIETAC ajoute celui de la séparabilité (*fenli*, 分离) de la clause compromissoire.

63. En droit de l'arbitrage international, cette indépendance par rapport au contrat principal est testée dans deux dimensions, l'étendue de la survie de la convention d'arbitrage à l'égard de l'inefficacité du contrat principal, d'une part, et la possibilité de soumettre la convention d'arbitrage à une loi différente de celle applicable au contrat, d'autre part. La mise en œuvre de ces deux dimensions de l'indépendance juridique de la convention d'arbitrage sera examinée ci-après, et tout particulièrement en matière de contrats d'investissements étrangers en Chine.

A. L'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal

64. Afin d'examiner l'étendue de l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal, il convient de vérifier tout d'abord le domaine de la survie de la clause compromissoire prévue par les textes chinois (1) puis l'examen de l'application des cas de survie par la jurisprudence judiciaire et arbitrale, particulièrement en matière de contrats de joint ventures sino-étrangères (2).

1. Le domaine de la survie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal

65. Le principe de l'indépendance de la clause compromissoire par rapport à l'ineffectivité du contrat principal est affirmé largement en droit français de l'arbitrage. Le droit chinois de l'arbitrage se perd en listes de circonstances dans lesquelles cette survie intervient. Dans les textes de droit chinois, le domaine de la survie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est apprécié plus largement en droit de l'arbitrage qu'en droit des contrats ou en droit de la procédure civile.

66. En droit des contrats, parmi les instruments internationaux ratifiés par la Chine, la Convention de Vienne du 10 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après

⁹⁷ Art. 19(1), loi sur l'arbitrage ; art. 57 « indépendance », loi sur les contrats.

⁹⁸ Art. 5, règlements d'arbitrage du CIETAC 2005 et 2012 ; art. 6, règlement d'arbitrage de la BAC 2007.

la « CVIM »)⁹⁹, affirme l'indépendance des clauses de résolution des différends en cas de résolution du contrat de vente internationale¹⁰⁰. Cette disposition ne semble pas avoir fait l'objet d'une application devant des commissions d'arbitrage chinoises ou un tribunal étatique chinois. La première transcription du principe d'indépendance de la clause compromissoire en droit chinois des contrats prévoyait la survie de la clause de résolution des différends en cas de résolution (*jiechu*, 解除) ou de résiliation (*zhongzhi*, 终止) du contrat (art. 35, loi sur les contrats économiques avec l'étranger)¹⁰¹. L'article 57 de la loi sur les contrats, qui remplace la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, adopte trois cas : résolution, résiliation et révocation (*bei chexiao*, 被撤销) du contrat.

67. La législation relative à l'arbitrage prévoit que la convention d'arbitrage n'est pas affectée par (i) la résolution, (ii) la résiliation, (iii) la modification (*gaibian*, 改变) ou (iv) la nullité du contrat principal qui la contient¹⁰². A cette énonciation, l'article 10 de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 ajoute trois autres cas : l'inapplicabilité (*weishengxiao*, 未生效), la révocation (*chexiao*, 撤销) et l'inexistence (*weichengli*, 未成立) du contrat principal. Enonçant ainsi enfin la survie de la clause compromissoire à un contrat nul ou inexistant, l'article 10 affirme enfin l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal en droit chinois¹⁰³.

68. Dans leur version applicable depuis respectivement 2005 et 2007, les règlements d'arbitrage CIETAC et BAC ont élargi au nombre de dix les cas d'indépendance de la clause compromissoire, ajoutant aux cas couverts par l'interprétation par la Cour suprême de la loi

⁹⁹ La Chine a ratifié la CVIM le 30 septembre 1981 et l'a approuvée le 11 décembre 1986. La CVIM est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1988.

¹⁰⁰ L'art. 81(1) de la CVIM stipule « *La résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations, sous réserve des dommages-intérêts qui peuvent être dus. Elle n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends ou aux droits et obligations des parties en cas de résolution* ». YANG Caixia, *op. cit.*, TAO Jingzhou, *op. cit.*, C. von WUNSCHHEIM, *op. cit.*, v. note 84 *supra*. Le terme « résolution », figurant à l'art. 81(1) de la CVIM, a été traduit par nullité (*wuxiao*, 无效) dans le texte officiel chinois de la CVIM, et l'erreur n'a pas été corrigée à ce jour. V. YANG Fan, *Contrats for the international sale of goods in China*, Wolters Kluwer, Hong Kong, 2012.

¹⁰¹ Le droit de la procédure civile reprend le texte de l'art. 35 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, et prévoit que la convention d'arbitrage n'est affectée ni par la résolution ni par l'extinction d'un contrat économique comportant un élément d'extranéité (art. 316, Avis de la Cour suprême relatif à certaines questions sur l'exécution et l'application du code de procédure civile, 14 juillet 1992).

¹⁰² Art. 19(1), loi sur l'arbitrage.

¹⁰³ V. en ce sens GU Weixia, « China's search for complete separability of the arbitration agreement », *Asian International Arbitration Journal*, 2007 Vol. 3 n° 2, pp. 163-175, p. 172.

sur l'arbitrage de 2006 : la transmission (*zhuanrang*, 转让) (règlement CIETAC 2005) et l'expiration (*shixiao*, 失效) du contrat¹⁰⁴ :

Tableau comparatif de l'étendue de la survie la clause compromissoire

	Cas de Survie		Art. 19(1), Loi sur l'arbitrage * Art. 10 Interprétation de la Cour suprême 2006	Art. 57, loi sur les contrats	Art. 5 règlement d'arbitrage CIETAC 1995	Art. 6 règlements d'arbitrage CIETAC 2005-12	Art. 6 règlement d'arbitrage BAC 2005
1	modification	变更			✓	✓	✓
2	résolution rescision,	解除	✓		✓	✓	✓
3	résiliation extinction	终止	✓	✓	✓	✓	✓
4	transmission	转让			✓	✓	
5	expiration,	失效			✓	✓	✓
6	inefficacité invalidité	无效	✓	✓	✓	✓	✓
7	inapplicabilité	未生效	✓*		✓	✓	✓
8	révocation	被撤销	✓*	✓			✓
9	nullité	成立与否	✓*		✓	✓	✓
10	inexistence	未成立			✓		

2. Examen des cas de survie de la clause compromissoire

69. La jurisprudence chinoise publiée, prise en application de l'article 19(1) de la loi sur l'arbitrage et du principe de survie de l'arbitrage à l'égard du contrat, est significativement plus nombreuse en matière de contrats d'investissement : contrat de coopération, d'investissement immobilier, de construction¹⁰⁵. Ces contrats sont les plus susceptibles d'annulation, en raison du formalisme de la conclusion des contrats de joint ventures. Ils sont également, en raison de leur durée, soumis à un certain nombre de modifications et de transformations. L'application du principe de la survie de la clause compromissoire à l'égard du contrat de joint venture sino-étrangère estimé invalide (*wuxiao*, 无效) ou inapplicable (*weishengxiao*, 未生效) revêt une importance considérable. Le droit chinois conditionne la validité des contrats de joint ventures sino-étrangères, des statuts de la joint venture sino-

¹⁰⁴ Le règlement d'arbitrage du CIETAC ne reprend toutefois pas le cas de la rescision adopté à l'article 57 de la loi sur les contrats et dans l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006. Sur l'évolution du règlement d'arbitrage du CIETAC avant 2005, v. TAO Jingzhou, *op. cit.*, paragr. 208.

¹⁰⁵ Les huit espèces recensées sur le site de recherches de la faculté de droit de l'Université de Pékin (www.pkulaw.cn), se référant expressément à l'article 19(1) de la loi sur l'arbitrage, concernent principalement la modification ou la résiliation de contrats de construction, de contrats d'investissement immobilier et de coopération et de cessions de part sociales.

étrangère, des avenants et des cessions de parts de joint ventures à leur approbation par les autorités chinoises. Le défaut d'approbation est sanctionné par l'inapplicabilité de la convention conclue¹⁰⁶.

70. Quel est le sort de la clause compromissoire dont une partie conteste la validité au motif que le contrat principal n'a pas été approuvé ? Le tribunal supérieur du Guangdong avait, dans un jugement de 1990, antérieur à l'entrée en vigueur de la loi chinoise sur l'arbitrage et sous l'empire de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, déjà affirmé la survie de la clause compromissoire à l'égard d'un contrat de joint venture non approuvé¹⁰⁷. Dans cette affaire, un litige était survenu entre les associés d'une equity joint venture (ci-après « EJV ») après la conclusion du contrat mais avant l'obtention de son approbation par les autorités chinoises. Le tribunal intermédiaire de Huizhou, saisi du litige, avait jugé que la clause compromissoire CIETAC contenue dans le contrat d'EJV n'était pas encore valide, puisque la prise d'effet du contrat d'EJV était subordonnée à l'approbation du contrat par les autorités chinoises, et s'était déclaré compétent. Le tribunal supérieur du Guangdong a infirmé ce jugement au motif que « *malgré la non-validité du contrat principal, une clause compromissoire par écrit est valide, cette clause n'étant pas soumise à l'autorisation administrative pour prendre effet. Ainsi le tribunal intermédiaire de Huizhou n'est pas compétent pour résoudre les litiges visés par la clause compromissoire* »¹⁰⁸.

71. Les sentences arbitrales publiées ne révèlent pas un contentieux important sur la validité de la clause compromissoire tirée de la nullité (loi sur les contrats économiques avec l'étranger) ou de l'inefficacité du contrat de joint venture pour défaut d'approbation (loi sur les contrats du 1^{er} octobre 1999). Les tribunaux arbitraux vérifient systématiquement, préalablement à tout examen des demandes des parties, que le contrat de joint venture a été effectivement agréé par les autorités chinoises, mais ne traitent pas de la question de la survie de la clause compromissoire. En effet, l'absence de principe de compétence-compétence entraîne la dissociation du contentieux de la validité de la clause compromissoire au profit de la commission d'arbitrage ou du juge judiciaire, d'une part, et du contentieux de la validité du contrat principal, d'autre part. En raison de cette dissociation des contentieux, les arbitres ont

¹⁰⁶ Sur l'approbation des contrats de joint ventures sino-étrangères, v. Seconde partie, Titre 1 *infra*.

¹⁰⁷ YANG Caixia, *La validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international (étude comparative : France, Chine)*, thèse dactylographiée, Université Panthéon-Assas (Paris II), paragr. 486 et note 596. V. TAO Jingzhou, *op. cit.*, paragr. 216.

¹⁰⁸ Traduction en français de YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 486-487.

eu peu d'occasions de mettre en œuvre le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

72. On relèvera toutefois une espèce traitant de la question de la survie de la clause compromissoire en présence d'un contrat de joint venture dépourvu d'approbation. Dans la sentence CIETAC rendue le 18 janvier 2000 dans l'affaire *Tripartite JV Contract 2000*¹⁰⁹, un litige opposait les deux associés chinois d'une joint venture (l'investisseur de Hong Kong n'était pas partie à l'arbitrage). Un premier contrat de joint venture avait été conclu en août 1997 entre les trois parties, la société chinoise XX (demanderesse), la société chinoise YY (défenderesse) et la société ZZ de Hong Kong, (le « Contrat Tripartite »). Puis un second contrat de joint venture, relatif au même objet, avait été conclu ultérieurement, cette fois seulement entre la société chinoise XX (demanderesse) et l'investisseur de HK (la société chinoise YY n'était pas partie à ce second contrat de joint venture). Le Contrat Tripartite n'a pas été soumis à approbation, alors que le second contrat de joint venture avait fait l'objet d'une approbation. La société chinoise XX avait introduit une demande en responsabilité à l'encontre de la société chinoise YY, sur le fondement de la clause compromissoire CIETAC contenue dans le Contrat Tripartite non approuvé. La demanderesse alléguait sur le fond que la société YY n'avait pas respecté son obligation d'apport au titre du Contrat Tripartite tandis que la défenderesse arguait de l'invalidité du Contrat Tripartite pour défaut d'approbation. La demanderesse prétendait que le Contrat Tripartite reflétait la véritable relation juridique entre les deux sociétés chinoises, et que ce second contrat de joint venture avait pour seul objet de lui permettre de porter la participation de la société YY, puisqu'il s'était avéré qu'YY n'avait pas de licence, ce qui faisait obstacle à l'approbation du Contrat Tripartite par les autorités. Dans sa sentence le tribunal a donné raison à la société XX. Le tribunal a constaté que la clause compromissoire contenue dans le Contrat Tripartite liait XX et YY, en dépit de l'inapplicabilité du contrat principal, et ce en application de l'article 19 de la loi sur l'arbitrage et de l'article 56 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger¹¹⁰.

¹⁰⁹ *The Tripartite JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 janvier 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 753.

¹¹⁰ « (2) Validité du contrat de joint venture. Conformément aux dispositions de l'article 56 de la loi sur les contrats de la RPC et de l'article 19 de la loi sur l'arbitrage de la RPC, la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture (« Contrat Tripartite »), conclu entre la demanderesse XX, la défenderesse YY et la société ZZ en août 1997, est valable et opposable aux trois parties. » *The Tripartite JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 janvier 2000) rendue à Pékin, *Ibid.*, traduction de l'auteur.

73. Le renvoi du tribunal arbitral à l'article 19 de la loi sur l'arbitrage est conforme. Le choix de l'article 56 de la loi sur les contrats¹¹¹ (sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'une erreur matérielle) n'est pas satisfaisant. En se fondant sur l'article 56, et non sur l'article 57 de la loi sur les contrats, le tribunal arbitral affaiblit la nature juridique de la clause compromissoire. Il fait survivre la clause à la nullité du contrat, non pas à raison de son indépendance par rapport au contrat (art. 57, loi sur les contrats), mais parce qu'il s'agirait d'une nullité partielle du contrat (art. 56, loi sur les contrats). Ce raisonnement est d'ailleurs contredit par la référence faite par le tribunal à l'article 19 de la loi sur l'arbitrage. Au surplus, sur le fond, le tribunal a en définitive prononcé la nullité de la totalité et non la nullité partielle du Contrat Tripartite, aux torts exclusifs de la défenderesse, en application de l'article 58 de la loi sur les contrats¹¹².

B. L'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la loi applicable au contrat principal

74. La seconde dimension de l'indépendance de la convention d'arbitrage, par rapport au contrat qui la contient, réside dans la possibilité que cette convention soit régie par un droit différent de celui applicable au fond du contrat. Dans la décision *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Co. Ltd. c/ Bose International GmbH* rendue le 9 mars 2006,¹¹³ la Cour suprême a posé le principe selon lequel le droit applicable au fond du contrat n'avait pas vocation à s'appliquer à la convention d'arbitrage contenue dans un contrat de joint venture¹¹⁴. Dans cette affaire, le contrat de joint venture stipulait que le droit chinois s'appliquait, et le tribunal supérieur du Jiangsu entendait conclure à la nullité de la clause d'arbitrage du contrat de joint

¹¹¹ L'article 56 de la loi sur les contrats intitulé « *Effect of Invalidation or Cancellation; Partial Invalidation or Cancellation* » dispose : « *An invalid or canceled contract is not legally binding ab initio. Where a contract is partially invalid, and the validity of the remaining provisions thereof is not affected as a result, the remaining provisions are nevertheless valid* ».

¹¹² « (3) *Responsabilité de la défenderesse YY. La défenderesse YY ne s'étant pas soumise à l'inspection annuelle, le Contrat Tripartite n'a pu être approuvé par les autorités chinoises compétentes et le contrat n'a pu entrer en vigueur (bu neng shengxiao, 不能生效). La défenderesse YY doit supporter la responsabilité résultant de sa faute. Conformément aux dispositions de l'article 58 de la loi sur les contrats qui prévoit qu'«après l'invalidation ou l'annulation d'un contrat, les parties doivent restituer tout bien acquis en vertu de celui-ci [...] la partie responsable doit indemniser l'autre partie du préjudice qui en a résulté pour elle* », la défenderesse YY doit restituer à la demanderesse XX l'apport, s'élevant à 2 millions RMB, que cette dernière a versé au capital social conformément au Contrat Tripartite, et que la défenderesse YY a retiré de l'EJV ». *The Tripartite JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 janvier 2000) rendue à Pékin, *op. cit.*, traduction de l'auteur.

¹¹³ *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Co. Ltd. c/ Bose International GmbH* (Cour suprême, 9 mars 2006), publiée en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 1(2006), p. 82. Cité par YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 517 et notes 638-639.

¹¹⁴ Sur la loi applicable à la convention d'arbitrage, v. TAO Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International 2012, pp. 97-99 ; ZHU Weidong, « Law applicable to arbitration agreements in China », *Yearbook of Private International Law*, Volume 11 (2009), pp. 255-263.

venture, en application du droit chinois, au motif que le contrat de joint venture était invalide, en droit chinois, faute d'approbation. La Cour suprême a, dans sa décision du 9 mars 2006, distingué entre la loi applicable aux obligations commerciales et la loi applicable à la clause d'arbitrage. La cour a sanctionné la décision du tribunal supérieur du Jiangsu et exclu que la loi du fond - qu'elle résulte d'une clause de choix de loi ou de la mise en oeuvre d'une règle impérative soumettant certains contrats au droit chinois (article 126(1) de la loi sur les contrats) - ait vocation, sauf accord exprès des parties, à s'appliquer pour statuer sur la validité de la clause d'arbitrage : *« Conformément à la pratique judiciaire en vigueur depuis des années et aux principes énoncés dans le Résumé de la Réunion du 2ème Conseil Judiciaire National sur les Activités Commerciales et Maritimes avec l'Etranger (Di'erci Quanguo Shewai Shangshi Haishi Shenpan Gongzuo Huiyi Jiyao), la loi choisie par les parties pour résoudre le litige relatif au contrat ne peut s'appliquer à la détermination de la validité d'une clause d'arbitrage comportant un élément d'extranéité (shewai). Cette loi s'applique à la détermination de la validité de la clause d'arbitrage lorsque les parties en sont expressément convenues. Le droit chinois ne peut s'appliquer comme loi applicable à la validité d'une clause d'arbitrage que si les parties n'ont ni expressément prévu la loi applicable, ni convenues du siège, ou n'ont trouvé qu'un accord incertain quant au siège de l'arbitrage.*

Bien que les parties sont convenues dans ce contrat que « la conclusion, la validité et l'exécution du contrat seront soumis au droit chinois en vigueur et publié », ce droit était destiné à la résolution des litiges découlant du contrat plutôt qu'à la détermination de la validité de la clause d'arbitrage. L'article 126(2) de la loi sur les contrats, qui dispose que « le droit chinois s'applique au contrat d'equity joint venture sino-étrangère, au contrat de cooperative joint venture sino-étrangère, ou au contrat d'exploitation et de développement conjoint de ressources naturelles sino-étrangers, qui sont exécutés sur le territoire chinois », traite du règlement des litiges substantiels découlant du contrat plutôt que de la détermination de la validité d'une clause d'arbitrage »¹¹⁵.

75. Les tribunaux excluent également l'application du droit transnational à la clause compromissoire. Dans l'affaire *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd. c/ Swiss Mechel trading*

¹¹⁵ *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Co. Ltd. c/ Bose International GmbH* (Cour suprême, 9 mars 2006), publiée en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 1(2006), p. 82. Traduction de l'auteur.

*AG*¹¹⁶, le contrat de vente était soumis au droit transnational, à la CVIM et aux Principes UNIDROIT, complétés le cas échéant par la loi applicable au siège du vendeur, et comportait une clause d'arbitrage « ICC à Pékin ». Dans son jugement du 14 décembre 2004, le tribunal de Xiamen a retenu, comme facteur de rattachement, le siège du tribunal arbitral, et a refusé d'appliquer les règles de droit applicables au fond à la clause compromissoire : « *En premier lieu, la CVIM et les principes UNIDROIT, choisis dans le contrat pour s'appliquer préférentiellement au fond du litige, sont des lex causae qui ne comportent pas de disposition sur l'arbitrage, et ne peuvent donc être la lex causae applicable à la validité de la clause compromissoire. En deuxième lieu, selon le contrat, « la loi du pays où le vendeur a son établissement principal », c'est-à-dire le droit suisse, doit s'appliquer à titre complémentaire ou alternatif. Toutefois, le défendeur a omis de fournir, dans le délai stipulé, les documents nécessaires, et est considéré comme ayant renoncé à son droit. Troisièmement, en raison de l'indépendance de la clause compromissoire, le droit qui lui est applicable est différent de celui applicable à l'ensemble du contrat* ».

76. L'indépendance de la clause compromissoire dans les contrats de joint ventures sino-étrangère sera examinée en présence d'un choix des parties de la loi applicable à la convention d'arbitrage (1) et à défaut de choix des parties (2).

1. La loi applicable à la convention d'arbitrage en présence d'un choix des parties

77. Le principe de la liberté de choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage est posé par les instruments internationaux que la Chine a ratifiés et dans le droit interne chinois. En matière d'instruments internationaux, l'Article V(1) de la Convention de New York stipule que la validité de la convention d'arbitrage s'apprécie en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée¹¹⁷. Il en va de même des accords régionaux conclus entre la Chine continentale, d'une part, et respectivement Hong Kong et Macao, d'autre part¹¹⁸.

¹¹⁶ *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (tribunal intermédiaire de Xiamen, 14 décembre 2004), Xianmen Min Ren Zi 81 2004, inédit, résumé du jugement disponible sur <http://www.hznet.gov.cn/hzac/alfx/al8.htm>, traduction de l'auteur.

¹¹⁷ La Chine a adhéré, en décembre 1986, à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après la « Convention de New York »). La Convention de New York est entrée en vigueur au 22 avril 1987. Deux réserves ont été faites par la Chine lors de son adhésion, à savoir les réserves de réciprocité et de commercialité.

¹¹⁸ Art. 7(1), Accord concernant l'exécution réciproque des sentences arbitrales entre la Chine Continentale et Hong Kong, ratifié à Shenzhen le 21 juin 1999, et Accord concernant l'exécution réciproque des sentences arbitrales entre la Chine Continentale et Macao, ratifié le 30 septembre 2007.

78. Dans les textes internes relatifs à l'arbitrage international, la liberté de choix, par les parties, de la loi applicable à la convention d'arbitrage n'a été expressément affirmée qu'en 2006. L'article 16 de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 dispose qu'en arbitrage international, la loi choisie par les parties (*lex arbitri*) s'applique. L'article 18 de la loi sur l'application des lois aux relations civiles comportant des éléments d'extranéité de la PRC adoptée le 28 octobre 2010 (ci-après la « loi sur le droit international privé chinois »)¹¹⁹, autorise également la loi d'autonomie pour les conventions d'arbitrage international¹²⁰. En pratique, le choix de la loi applicable à une convention d'arbitrage est rarement exprimé par les parties dans leur convention d'arbitrage. On examinera dès lors la loi applicable à la convention d'arbitrage à défaut de choix des parties.

2. La loi applicable à la convention d'arbitrage à défaut de choix des parties

79. A défaut d'une indication des parties sur leur choix, l'Article V(1) (a) de la Convention de New York stipule que la validité de la convention d'arbitrage s'apprécie en vertu de la loi du pays où la sentence est rendue. Le droit français de l'arbitrage international a, dans l'arrêt *Dalico* rendu la Cour de cassation le 20 décembre 1993, écarté la méthode du conflit de lois et affirmé que la validité d'une clause compromissoire s'apprécie indépendamment de tout droit étatique, sous réserve de règles impératives du droit français et de l'ordre public international¹²¹. On constatera qu'en droit chinois, en l'absence de choix de loi, la méthode conflictuelle est encore en cours d'élaboration et la validité des clauses compromissoires reste soumise aux aléas de la jurisprudence étatique.

a. *Les facteurs de rattachement utilisés pour déterminer la loi applicable*

80. En Chine, à défaut de choix de loi applicable, deux textes juridiques sont applicables pour la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage (art. 16, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 et art. 18, loi sur le droit international privé chinois). L'article 16 de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 prévoit de se référer à la loi du siège de l'arbitrage choisi par les parties (*lex loci*

¹¹⁹ Traduction française, *JDI* n° 2, avril 2011.

¹²⁰ C. von WUNSCHHEIM suggère que ce principe est déjà prévu à l'article 126 de la loi sur les contrats, qui affirme la liberté de choix de loi en matière contractuelle, *op. cit.* note 84 *supra*.

¹²¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993 : « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ». *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.

arbitri), et, à défaut de choix d'un siège, retient, comme seul facteur de rattachement, la loi du lieu où le tribunal étatique est établi (*lex loci*). Dans ce dernier cas, le tribunal étatique auquel est confié le soin de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage étant supposé être en Chine, c'est le droit chinois¹²². En l'absence de choix de loi, l'article 18 de la loi sur le droit international privé chinois prévoit quant à lui deux facteurs de rattachement : la loi du pays où l'institution d'arbitrage est située ou la loi du siège de l'arbitrage. Quel texte prime entre l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 et la loi sur le droit international privé chinois ? Selon les déclarations de plusieurs magistrats de la Cour suprême chinoise, lors de colloques qui se sont tenus à Pékin postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur le droit international privé chinois, l'article 18 de cette loi prévaut sur l'article 16 de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006¹²³. De plus la formulation de l'article 18 fait l'objet de discussions : l'utilisation du terme « ou » signifie-t-elle que les facteurs de rattachement sont alternatifs ou cumulatifs, de sorte que la référence au « pays dans lequel l'institution d'arbitrage est située » pourrait être abandonnée ? Selon une déclaration du représentant du « comité de rédaction » de la loi sur le droit international privé chinois, au sein de l'Assemblée populaire nationale¹²⁴, les deux facteurs de rattachement doivent être entendus comme alternatifs, solution qui irait dans le sens de la recherche d'un droit applicable qui permette de valider la clause compromissoire.

81. La détermination par le juge chinois de la loi applicable à la convention d'arbitrage a lieu dans deux circonstances : dans le cadre du litige relatif à la validité de la convention d'arbitrage et dans le cadre du litige relatif au contrôle de la sentence ou de son exécution (annulation ou refus d'exécution pour invalidité de la clause d'arbitrage). Dans ces affaires, le siège de l'arbitrage est le principal facteur de rattachement utilisé par les tribunaux afin de déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage. Ainsi, en matière d'arbitrage *ad-hoc*,

¹²² V. en ce sens *Cui Huishen (Singapour) c/ Huarong Plastic Cemend Company (RPC)* (Cour suprême, 18 mars 2010) [2010] Minsi Tazi No. 8, dans laquelle la Cour suprême, en l'absence de choix de *lex arbitri*, a, selon l'article 16 de la loi sur l'arbitrage appliqué le droit chinois, comme *lex fori*, à la validité d'une clause compromissoire, publiée en chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 1(2010), résumée en anglais par TAO Jingzhou, ITA Arbitration report, Vol. No. XI, Issue No. 4, 19 avril 2013. Sur le fond, la Cour suprême a confirmé la nullité de la clause compromissoire pour défaut de désignation d'une commission d'arbitrage.

¹²³ Déclaration de Madame SHEN Hongyu, juge à la Cour suprême, 4^{ème} division civile, *L'arbitrage international en Chine – Un outil idéal de règlement des litiges ?* Colloque organisé par l'Ambassade de France en Chine, Pékin, 26 juin 2012.

¹²⁴ Déclaration lors de l'*International Forum on Private International Law in the Context of Globalization: Opportunities and Challenges*, organisé par la Société Chinoise de Droit International Privé, Pékin, 22-23 octobre 2011.

dans sa décision susvisée *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Ltd. Co. c/ Bose International GmbH*, du 9 mars 2006¹²⁵, la Cour suprême devait, afin de trancher sa validité, déterminer la loi applicable à une clause compromissoire contenue dans un contrat d'EJV. Les parties étaient convenues de soumettre le contrat d'EJV au droit chinois. La clause d'arbitrage litigieuse prévoyait un arbitrage, en anglais, à Zürich, « *based on the CIETAC Rules* »¹²⁶.

82. Le tribunal supérieur du Jiangsu avait, quant à lui, directement appliqué le droit chinois et conclu à la nullité de la clause d'arbitrage, au motif que le contrat de joint venture était invalide pour défaut d'approbation. Dans le cadre de la procédure de pré-rapport, la Cour suprême a sanctionné cette décision. La Cour suprême a énoncé, qu'en l'absence d'un choix des parties sur la *lex arbitri*, la *lex contractus*, choisie par les parties ou résultant d'une règle impérative, n'avait pas vocation à s'appliquer à la clause compromissoire. La Cour suprême a conclu que la *lex arbitri* était la loi du siège de l'arbitrage (siège à Zürich), à savoir, en l'espèce, le droit suisse : « *Les stipulations contractuelles peuvent prévoir que le droit chinois sera le seul droit applicable à la détermination de la validité de la clause d'arbitrage. En l'espèce, les parties, n'étant pas parvenues à un accord sur le droit applicable à la clause d'arbitrage, c'est le droit du siège, c'est-à-dire le droit suisse, qui s'appliquera. C'est pourquoi l'avis de votre tribunal, selon lequel les lois chinoises s'appliquent est dépourvu de fondement légal. De plus, cette clause est valable en vertu du droit suisse pertinent. En application de l'article 257(1) du Code de procédure civile de la RPC et de l'article 5 de la loi sur l'arbitrage, le litige dans cette affaire doit être soumis à l'arbitrage, et aucun tribunal populaire ne doit en prendre connaissance* »¹²⁷.

83. De même, la Cour suprême a expressément reconnu, dans un avis du 30 décembre 2009, la validité des clauses prévoyant un arbitrage *ad-hoc* à Hong Kong, au regard du droit de Hong Kong, en affirmant que les sentences *ad-hoc* rendues à Hong Kong pouvaient être

¹²⁵ YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 517 et notes 638-639.

¹²⁶ « *All disputes arising from the interpretation or enforcement of the contract should be resolved through amicable negotiations first by the parties. The disputes may be submitted for arbitration based on the CIETAC Rules. The said arbitration shall be heard in Zurich, Switzerland. The English version of the EJV contract should be applied by the arbitrators. All procedures of the arbitration shall be operated in English, and the arbitration statuses should be recorded in English. The arbitration shall be heard by three arbitrators who can speak fluent English. Both parties can select their arbitrators respectively and the third arbitrator should be appointed by the Commission, who would be the president of the arbitral tribunal. The arbitral award is final and has binding force to both parties. The parties agree to comply with and enforce the award. The arbitration fee shall be assumed by the losing party, unless otherwise specified in the award* ». *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Co. Ltd. c/ Bose International GmbH* (Cour suprême, 9 mars 2006), v. note 115 *supra*. Traduction de l'auteur.

¹²⁷ *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Co. Ltd. c/ Bose International GmbH* (Cour suprême, 9 mars 2006), v. note 115 *supra*. Traduction de l'auteur.

exécutées en Chine continentale¹²⁸. Pour ce qui concerne les clauses *ad-hoc* dites « *Arbitration in Beijing* », elles ont été examinées selon le droit chinois, et invalidées au regard du droit chinois faute d'identification d'une commission chinoise d'arbitrage¹²⁹.

b. La mise en œuvre des facteurs de rattachement pour déterminer la loi applicable

84. En matière d'arbitrage institutionnel, l'interprétation toute particulière que fait le juge chinois de la formulation : « pays où la sentence est rendue », pour en conclure qu'il s'agit du pays dans lequel est localisé le « siège de l'institution d'arbitrage », est un facteur de complication. En effet, sont utilisés, comme facteurs de rattachement, tant le siège de l'institution d'arbitrage, que le siège de l'arbitrage. Ces deux approches ont été appliquées dans quelques décisions judiciaires chinoises. On distinguera selon que le siège de l'institution d'arbitrage et le siège de l'arbitrage coïncident (i) ou bien que le siège de l'institution d'arbitrage et le siège de l'arbitrage ne coïncident pas (ii).

i. Dans le cas où le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage coïncident

85. Dans la première hypothèse, l'institution arbitrale est chinoise, et le siège est en Chine. Dans ce cas, le règlement d'arbitrage du CIETAC 2012 prévoit expressément l'indépendance de la *lex arbitri* par rapport à la *lex contractus* : « *Where the law as it applies to an arbitration agreement has different provisions as to the form and validity of the arbitration agreement, those provisions shall prevail* » (art. 5(3)).

86. Dans la seconde hypothèse, lorsque l'institution arbitrale est étrangère et le siège est hors de Chine continentale, la position de la Cour suprême sur la loi applicable à la clause compromissoire a été longtemps incertaine. En outre, la position de la Cour suprême, affirmée dans les réponses qu'elle adresse aux tribunaux inférieurs en vertu de la procédure de pré-rapport, ne rend compte que des avis des tribunaux supérieurs qui lui sont déférés pour avoir conclu à l'invalidité de la clause d'arbitrage, et non des décisions des tribunaux inférieurs ou

¹²⁸ Avis de la Cour suprême relatif à l'exécution des sentences arbitrales de Hong Kong en Chine continentale, du 30 décembre 2009, Fa [2009] No. 415, disponible en anglais sur : http://www.doj.gov.hk/eng/topical/pdf/notice_enforcement_HK_arbitral_awards_e.pdf

¹²⁹ V. paragr. 40 *infra*.

supérieurs qui valident les clauses compromissaires, lesquelles restent le plus souvent inédites¹³⁰.

87. On relève qu'en présence d'une clause d'arbitrage « complètement étrangère », la Cour suprême ne met pas immédiatement en œuvre la règle de conflit, et peut statuer directement selon le droit chinois. Ainsi, dans une décision du 20 décembre 1996¹³¹, la Cour suprême a examiné la validité d'une clause d'arbitrage stipulant « *ICC à Hong Kong* » au regard du droit chinois sans appliquer les facteurs de rattachement avec Hong Kong, siège de l'arbitrage. La Cour suprême a validé l'application directe du droit chinois par le tribunal local, et confirmé que la clause compromissoire n'était pas valable. Dans une réponse du 21 juin 1999, la Cour suprême répondait cette fois, dans une nouvelle espèce, que la validité de la clause « *ICC à Hong Kong* » était soumise au droit de Hong Kong, et la Cour suprême validait cette clause compromissoire¹³². Quelques mois plus tard, le tribunal supérieur de Shanghai décidait, sur le fondement de l'article V(1)(a) de la Convention de New York¹³³, en présence d'une clause *ad-hoc* avec un siège à Singapour, de rechercher la validité de la clause en appliquant le droit de Singapour¹³⁴.

88. Dans la décision *Chengdu Qicai Garment Co. Ltd. c/ Chuangshi Garment Co. Ltd.* rendue en 2007¹³⁵, la clause d'arbitrage prévoyait que le litige « *should be submitted to Macau SAR relevant arbitration commission to arbitrate according to its arbitration rules* ». Le tribunal supérieur du Sichuan avait appliqué le droit macanéen, mais trouvé que, selon ce droit, la clause n'était pas valable. En réponse à la demande d'instruction que lui avait adressé le tribunal supérieur, conformément à la procédure de pré-rapport, la Cour suprême a, dans sa réponse du 1^{er} juillet 2007, confirmé que le tribunal supérieur devait (i) rechercher le droit

¹³⁰ En effet, la procédure de pré-rapport ne permet pas d'identifier les cas où les tribunaux locaux supérieurs ou inférieurs ont déclaré la clause d'arbitrage valable, soit (i) par usage de la règle de la règle de conflit, soit (ii) par usage d'une application directe du droit chinois.

¹³¹ YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 521.

¹³² YANG Caixia, *op. cit.* note 107 *supra*, paragr. 522. Selon YANG Caixia, il s'agit de la première décision chinoise qui n'applique pas la loi du for et recherche la loi applicable. Dans une décision du 16 juillet 2002, la Cour suprême a de nouveau appliqué le droit de Hong Kong pour examiner une clause d'arbitrage stipulant « *Arbitrage à Hong Kong* », et a validé cette clause, YANG Caixia, *op. cit.*, paragr 523.

¹³³ « [...] *ladite convention n'est pas valable en vertu de de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* ».

¹³⁴ Décision citée par GU Weixia, *Arbitration in China, Regulation of Arbitration Agreements and Practical Issues*, Sweet & Maxwell Ed., 2012, Hong Kong, paragr. 7.070-7.073.

¹³⁵ *Chengdu Qicai Garment Co. Ltd. c/ Chuangshi Garment Co. Ltd.*, Minsi Tazi No. 16, 14(1) GFCMT (Cour suprême, 1er juillet 2007) 80-84, Gazette de la Cour suprême, 18 septembre 2007. Traduction de l'auteur.

applicable et qu'en l'espèce le droit macanéen s'appliquait, puis (ii) examiner la validité de la clause selon ce droit. En l'espèce, la Cour suprême a validé la clause d'arbitrage.

89. Le siège du tribunal arbitral détermine également la nationalité de la sentence, et les tribunaux chinois qualifient de sentence étrangère une sentence rendue à l'étranger sous l'égide d'une institution d'arbitrage étrangère, et soumettent son exécution en Chine au régime de la Convention de New York. Une tension survient lorsque le juge de l'exequatur de cette sentence étrangère est saisi d'une objection liée à l'étendue de la clause compromissoire. L'interprétation de l'étendue du consentement à l'arbitrage est-elle soumise à la *lex arbitri* ou bien à la loi du pays dans lequel l'exequatur de la sentence est sollicitée ? Dans l'affaire *Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd (Yongning) ; Suram Media Ltd. c/ Hemofarm DD ; MAG Interdrate Holding DD (Hemofarm)*¹³⁶, le juge chinois de l'exequatur n'a pas hésité à soumettre l'interprétation de l'étendue de la clause compromissoire, qui prévoyait un arbitrage CCI à Paris, à la loi chinoise, tout en considérant la sentence rendue comme une sentence étrangère. La clause compromissoire « *ICC à Paris* », contenue dans le contrat de joint venture, stipulait : « *Any disputes arising from the execution of, or in connection with the JV contract, shall be settled through friendly negotiations among the parties. In case not settlement can be reached through negotiations, the disputes shall be submitted to the ICC in Paris. The proceedings shall be conducted in accordance with its rules [...]* ».

90. Dans cette affaire, à la suite d'un litige survenu entre les associés de la joint venture, une sentence a été rendue à Paris le 7 mars 2007, par un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI. La sentence a fait l'objet d'une demande d'exécution en Chine contre la société Yongning. Yongning s'est opposée à l'exequatur de la sentence au motif que les litiges soumis au tribunal arbitral n'entraient pas dans le champ de la clause compromissoire (Article V(I)(1) de la Convention de New York)¹³⁷. Le tribunal intermédiaire de Jinan (Shandong) a estimé que le droit chinois était applicable à l'interprétation de la clause compromissoire : « *cette affaire concerne un litige relatif à une joint venture, et le tribunal étatique doit appliquer le droit chinois afin d'interpréter la clause compromissoire du contrat de joint venture* »¹³⁸.

¹³⁶ Affaire ICC No. 13464/MS/JB/JEM, sentence arbitrale (7 mars 2007) rendue à Paris, non publiée.

¹³⁷ Sur le sort de l'exequatur en Chine de la sentence arbitrale, v. paragr. 229 *infra*.

¹³⁸ *Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd ; Suram Media Ltd. c/ Hemofarm DD ; MAG Interdrate Holding DD* (Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 27 juin 2008), traduction en anglais, van den Berg (ed.) in *Yearbook Commercial Arbitration* 2009, Volume XXXIV (2009).

ii. *Dans le cas où le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage diffèrent*

91. Dans le cas où le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage diffèrent, deux situations sont analysées, soit l'institution est étrangère et le siège de l'arbitrage est en Chine (« ICC à Pékin »), soit la commission d'arbitrage est chinoise et le siège de l'arbitrage est situé hors de Chine continentale (CIETAC à Hong Kong, CIETAC à Paris).

92. Dans la première hypothèse, où l'institution arbitrale est étrangère et le siège du tribunal est situé en Chine, l'utilisation, par les tribunaux chinois, des critères du siège de l'institution et du siège de l'arbitrage conduit à des solutions judiciaires incohérentes. Dans la décision susvisée *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* rendue par le tribunal intermédiaire de Xiamen le 14 décembre 2004¹³⁹, le juge chinois devait statuer sur la validité d'une clause « CCI à Pékin »¹⁴⁰. Le contrat de vente était lui-même soumis au droit transnational, à savoir la CVIM ou les Principes UNIDROIT, complétés le cas échéant par la loi applicable au siège du vendeur. Dans son jugement du 14 décembre 2004, le tribunal de Xiamen décidé que la loi chinoise, loi du choix du siège, régissait la clause compromissoire : « Selon la théorie générale de l'arbitrage et les Réponses de la Cour suprême aux questions pratiques dans les litiges commerciaux et internationaux¹⁴¹, la loi du siège de l'arbitrage s'applique lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à la clause compromissoire mais ont choisi le siège de l'arbitrage. A défaut de choix sur le siège ou si le choix n'est pas clair, la *lex fori* doit s'appliquer. Puisque les parties ont expressément accepté que le litige soit arbitré à Pékin, le droit applicable dans cette affaire doit être le droit chinois, y compris les conventions internationales et les traités auxquels la Chine est partie »¹⁴². Cette solution est conforme à la pratique internationale qui fait du siège le facteur de rattachement pour la

¹³⁹ *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (tribunal intermédiaire de Xiamen, 14 décembre 2004), v. note 90 *supra*, traduction de l'auteur.

¹⁴⁰ « Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI par un ou plusieurs arbitres nommés conformément au règlement susvisé que l'on peut obtenir sur le site www.iccwbo.org. Le siège de l'arbitrage sera Pékin, Chine, la langue de l'arbitrage sera le chinois ou l'anglais ». Texte chinois de la clause compromissoire citée dans le jugement : « 与本合同相关或由本合同引起的任何争议应根据国际商会仲裁院仲裁规则, 并由依据可从网址 www.iccwbo.org 获得的上述规则指定的一名或多名仲裁员进行最终裁决。仲裁地点为中国北京, 仲裁语言为中文或英文 », traduction de l'auteur.

¹⁴¹ Réponses de la Cour suprême aux questions pratiques dans les litiges commerciaux et internationaux, (最高人民法院有关涉外商事问题的解答意见) du 20 décembre 2002, V. Réponse à la question n° 96 sur la loi applicable à la convention d'arbitrage en l'absence d'accord des parties, qui préfigure l'article 16 de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006. Disponible en chinois sur <http://www.ccm.org.cn/shownews.php?id=2372>.

¹⁴² *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (tribunal intermédiaire de Xiamen, 14 décembre 2004), v. note 90 *supra*, traduction de l'auteur.

détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage. En l'occurrence, le tribunal intermédiaire de Xiamen a déclaré cette clause valable au regard du droit chinois.

93. En revanche, dans l'affaire *Züblin GmbH c/ Wuxi Woco Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd.*, rendue également en 2004, le tribunal intermédiaire de Wuke a adopté des solutions peu consistantes avec le droit de l'arbitrage international. Dans cette affaire, les parties étaient convenues d'une clause compromissoire stipulant une institution d'arbitrage non chinoise et un siège en Chine : « *Arbitration : ICC Rules, Shanghai shall apply* ». La société Züblin saisissait la Cour Internationale d'Arbitrage de l'ICC d'une demande d'arbitrage à l'encontre de son cocontractant chinois, tandis que la société Woke saisissait de son côté le tribunal intermédiaire de Wuke d'une contestation sur la validité de cette clause compromissoire.

94. Le 30 mars 2004, alors que la procédure était pendante devant le tribunal intermédiaire de Wuke, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent et a rendu une sentence en faveur de la société Züblin. Le tribunal intermédiaire a de son côté, conclu à la nullité de cette clause compromissoire « ICC à Shanghai ». En l'absence de choix de loi applicable à la convention d'arbitrage, le tribunal intermédiaire de Wuke a appliqué la loi chinoise au motif que les parties avaient choisi Shanghai comme « *siège de l'arbitrage* ». Contrairement au tribunal de Xiamen qui avait validé la clause « *ICC à Beijing* », le tribunal intermédiaire de Wuke a prononcé la nullité de la clause « *ICC à Shanghai* », estimant que la clause « *ICC à Shanghai* » violait une des conditions de fond posées à l'article 16 de la loi sur l'arbitrage, à savoir l'obligation d'identifier une « *commission d'arbitrage* » dans la clause¹⁴³. En stipulant « ICC » alors que c'est la « Cour Internationale d'arbitrage » de la CCI (et non la « CCI » ou « ICC ») qui est l'institution d'arbitrage, la clause d'arbitrage litigieuse ne répondait pas aux exigences de l'article 16 de la loi sur l'arbitrage. En application de la procédure de pré-rapport, la Cour suprême a confirmé cette décision le 8 juillet 2004 (ci-après « *Züblin I* »)¹⁴⁴, et approuvé la décision d'invalidation proposée par le tribunal intermédiaire de Wuke¹⁴⁵.

¹⁴³ V Section II du présent chapitre *infra*.

¹⁴⁴ *Züblin International GmbH c/ Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd* (Cour suprême 8 juillet 2004) [2003] Minsi Tazi No. 23, publié dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 9(2004), pp. 36-40.

¹⁴⁵ L'introduction récente, dans la loi sur le droit international privé chinois, d'un second facteur de rattachement alternatif, pour déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage devrait renforcer une interprétation *in favorem* de la validité de la clause d'arbitrage. L'article 18 de cette loi dispose : « *Les parties peuvent, d'un commun accord, choisir la loi applicable à une convention d'arbitrage. À défaut de choix par les parties, la loi du lieu de situation de l'institution arbitrale ou la loi du lieu de l'arbitrage s'applique* ». L'ajout comme second facteur de rattachement de la loi du pays du siège de l'institution d'arbitrage, en plus de la loi du pays du siège

95. Züblin a alors sollicité l'exequatur de la sentence CCI devant le tribunal intermédiaire de Wuke. Dans un second jugement (ci-après « *Züblin II* »), le même tribunal intermédiaire de Wuke a tranché la demande d'exécution de la sentence CCI. Le tribunal intermédiaire de Wuke a, en dépit du siège situé en Chine, qualifié la sentence arbitrale de sentence étrangère, et non de sentence rendue en Chine, et examiné l'exequatur de la sentence au regard de la Convention de New York¹⁴⁶. Le facteur de rattachement pour déterminer la nationalité de la sentence n'était plus le « siège de l'arbitrage », mais la localisation à Paris de l'institution d'arbitrage, à savoir du Secrétariat de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI qui avait rendu la sentence. Ainsi, la sentence arbitrale était une sentence étrangère, rendue en France¹⁴⁷. Sans craindre de se contredire, le même tribunal chinois, dans la même affaire, (i) soumettait la clause compromissoire au droit chinois par rattachement au siège de l'arbitrage, et (ii) qualifiait la sentence arbitrale de sentence étrangère, et non de sentence chinoise, en estimant qu'elle avait été rendue dans le pays du siège de l'institution d'arbitrage, plutôt que dans le pays du siège de l'arbitrage¹⁴⁸. Si la décision d'appliquer le droit chinois à la clause compromissoire ne fait pas de difficulté (sous réserve de la décision de ne pas reconnaître la CCI comme institution d'arbitrage), il n'en va pas de même du critère choisi afin de déterminer le lieu où la sentence arbitrale a été rendue au regard de la Convention de New York. Le lieu où la sentence arbitrale a été rendue détermine les recours disponibles à son encontre¹⁴⁹. La nationalité de la sentence est déterminée dans les législations nationales par le lieu où elle a été rendue, c'est à dire par le critère du siège de l'arbitrage et non par celui du siège de l'institution d'arbitrage¹⁵⁰.

de l'arbitrage, permettra d'écarter l'application du droit chinois aux clauses prévoyant une institution d'arbitrage étrangère et un siège en Chine, et d'éviter de nouvelles affaires *Züblin*. En effet, la clause stipulée dans *Züblin* était, au regard du droit applicable au « *siège de l'institution d'arbitrage* », c'est-à-dire le droit français, parfaitement valable.

¹⁴⁶ Il semble que dans *Züblin II*, le tribunal intermédiaire de Wuke n'a pas utilisé la procédure de pré-rapport. Madame SHEN Hongyu, juge à la CPS, 4^{ème} division civile de la Cour suprême, a indiqué que la Cour suprême n'avait pas rendu de décision dans cette seconde affaire, et que la Cour suprême attendait qu'un litige lui soit soumis afin de donner sa position, *L'arbitrage international en Chine – Un outil idéal de règlement des litiges ?* Colloque organisé par l'Ambassade de France en Chine, Pékin, 26 juin 2012.

¹⁴⁷ Von WUNSCHHEIM, *op. cit.*, App. D-66, Case report 48.

¹⁴⁸ Il semble que le sort de la demande d'exequatur eût été le même si elle avait été examinée sur le fondement des sentences chinoises internationales et non sur le fondement de la Convention de New York. En effet, l'invalidité de la clause compromissoire est un cas de refus d'exequatur de la sentence arbitrale commun aux deux textes.

¹⁴⁹ V. art. 1518, Code de procédure civile : « *La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* ».

¹⁵⁰ V. législation citée in Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°1593.

96. La Cour suprême a confirmé, dans une autre affaire rendue en 2004, que le critère du siège de l'institution d'arbitrage servait à déterminer la nationalité de la sentence arbitrale. En effet, dans *Weimao International (Hong Kong) Co., Ltd c/ Shanxi Tianli Industrial Co.*¹⁵¹, une espèce relative à l'exécution en Chine d'une sentence arbitrale rendue à Hong Kong, en vertu d'une clause compromissoire « ICC à Hong Kong », la Cour suprême a estimé que la nationalité de la sentence était française.

97. Il restera à vérifier, dans la jurisprudence chinoise, le sort que les magistrats feront de la nationalité des sentences CIETAC rendues à Hong Kong dont l'exequatur sera sollicitée en Chine. En effet, le CIETAC a ouvert en 2012 une sous-commission à Hong Kong et propose l'adoption de clauses-types prévoyant un arbitrage « CIETAC à Hong Kong ». La sentence rendue en application de ces clauses sera-t-elle une sentence de Chine continentale ou une sentence rendue à Hong Kong ?

98. Dans la seconde hypothèse, l'institution arbitrale est chinoise et le siège du tribunal arbitral est situé hors de Chine. Cette hypothèse n'est plus théorique. Les règlements du CIETAC et de la BAC ont désormais vocation à s'appliquer à des arbitrages internationaux (*guoji*, 国际), et non plus seulement à des arbitrages chinois moyennant un élément d'extranéité (*shewai*, 涉外), dont le siège est situé hors de Chine continentale, et en conséquence théoriquement hors du champ d'application du droit chinois. Ainsi qu'il a été déjà indiqué, l'ambition du CIETAC est de s'appliquer à des arbitrages situés hors de Chine continentale¹⁵². L'article 5(3) du règlement d'arbitrage du CIETAC 2012 prévoit expressément le cas où la loi applicable à la convention d'arbitrage n'est pas la loi chinoise, et fait prévaloir cette *lex arbitri* si elle ne comporte pas l'obligation d'écrit prévue à l'article 5(2) du même règlement d'arbitrage¹⁵³.

¹⁵¹ *Weimao International (Hong Kong) Co., Ltd c/ Shanxi Tianli Industrial Co.*, Mi Si Ta Zi [Civil Court Ruling] No. 6 (2004).

¹⁵² Le CIETAC Hong Kong Arbitration Center, inauguré en 2013, a vocation à administrer, selon le règlement d'arbitrage du CIETAC 2012, les litiges en application de clauses telles que « *arbitration in CIETAC Hong Kong Arbitration Center* » ou « *arbitration in CIETAC Hong Kong* ». La clause type en anglais prévoit : « *Any dispute arising from or in connection with this contract shall be submitted to CIETAC Hong Kong Arbitration Center for arbitration which shall be conducted in accordance with the CIETAC's arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties* ». V. http://www.cietachk.org/portal/showIndexPage.do?pagePath=\\en_US\\index.

¹⁵³ Art. 5(3), règlement d'arbitrage du CIETAC 2012 : « *Where the law as it applies to an arbitration agreement has different provisions as to the form and validity of the arbitration agreement, those provisions shall prevail* ».

99. A l'examen de l'indépendance de la clause compromissoire en droit chinois, on constate que les textes et les décisions chinoises sont, en matière de loi applicable à la validité de la clause compromissoire, ancrés dans une approche conflictualiste, dont les facteurs de rattachement restent en cours d'élaboration. Les clauses compromissoires contenues dans les contrats sino-étrangers, qui mettent en pratique le principe d'autonomie, et prévoyant un arbitrage en Chine sous les auspices d'une institution étrangère ou un arbitrage à l'étranger, courent encore le risque de se voir dénier l'accès à l'arbitrage ou l'exequatur de la sentence. Ces solutions restent bien en-deçà de celles dégagées par le droit français de l'arbitrage international, lequel, depuis 1993, s'est affranchi de la règle conflictualiste, pour adopter le principe de la validité d'une convention d'arbitrage indépendamment de tout droit national, sous réserve de l'ordre public international¹⁵⁴. En effet, les décisions examinées n'envisagent la possibilité de soumettre la clause compromissoire qu'au droit national, et non à des règles du droit international. Seul le jugement susvisé du tribunal de Xiamen, dans *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd. c/ Swiss Mechel Trading AG*, a envisagé la soumission, à titre supplétif, de la clause compromissoire aux conventions internationales ratifiées par la Chine : « *Puisque les parties ont expressément accepté que le litige soit arbitré à Pékin, le droit applicable dans cette affaire doit être le droit chinois, y compris les conventions internationales et les traités auxquels la Chine est partie* »¹⁵⁵.

100. La volonté du législateur et du juge chinois de ne pas suivre les principes dégagés dans d'autres juridictions en droit de l'arbitrage international, et de trouver des solutions propres au droit chinois, tels que la localisation de la nationalité de la sentence arbitrale, l'absence de principe compétence-compétence, crée une confusion entre les concepts de compétence et de fond et une instabilité juridique rendant quelque fois improbable l'accès à l'arbitre, en présence de clauses compromissoires parfaitement valables à l'étranger. De même, les commissions chinoises d'arbitrage, telles que le CIETAC et la BAC, témoignent par la révision de leurs règlements d'arbitrage d'une volonté de s'aligner sur les critères de « *best practice* » dégagés par les autres institutions internationales d'arbitrage. La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international chinois ne s'exercent que dans le cadre de la commission d'arbitrage. Ce régime à deux vitesses, rigidité du système législatif et souplesse de la réglementation des commissions, révèle le grand

¹⁵⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.

¹⁵⁵ *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (tribunal intermédiaire de Xiamen, 14 décembre 2004), v. note 90 *supra*, traduction de l'auteur.

absent du droit chinois de l'arbitrage, l'arbitrage *ad-hoc*. C'est en raison de l'absence d'arbitrage *ad-hoc* que le principe de compétence-compétence ne peut être mis en œuvre, et ne l'est que par délégation de la commission ; c'est en raison de l'absence d'arbitrage *ad-hoc* que la sentence possède la nationalité de l'institution étrangère ; c'est également pour cette raison que la validité de la clause « CCI en Chine » a eu les plus grandes difficultés à s'imposer. L'examen de l'encadrement de l'arbitrage sera poursuivi ci-dessous au regard du régime de la clause compromissoire.

Section II Un régime de la convention d'arbitrage encadré

101. Le régime de la convention d'arbitrage repose sur un double encadrement, celui de l'étendue de l'autonomie de la volonté reconnue par le législateur aux parties (§ 1), et celui des conditions posées par le législateur pour la validité de la clause (§ 2).

§ 1 L'autonomie de la volonté et la convention d'arbitrage

102. La division classique en arbitrage international entre arbitrage institutionnel et arbitrage *ad-hoc* n'a, dans les faits, pas d'application en Chine. Sans interdire l'arbitrage *ad-hoc*, les conditions posées par le droit chinois de l'arbitrage excluent la validité d'une clause d'arbitrage *ad-hoc* et donc la possibilité du recours à l'arbitrage *ad-hoc* en Chine. En effet, tout d'abord, bien qu'inspirée par la loi-type de la CNUDCI, la loi chinoise ne comporte, à la différence de la loi-type¹⁵⁶, aucune définition légale de la notion de convention d'arbitrage. Pour trouver une définition, il faut se référer aux règlements d'arbitrage des commissions d'arbitrage qui prévoient que la convention est un accord entre les parties de soumettre la résolution d'un litige par voie d'arbitrage. Ainsi le règlement CIETAC offre la définition suivante : « *une convention d'arbitrage est une clause compromissoire d'un contrat conclu entre les parties ou toute autre forme d'accord écrit prévoyant la résolution des différends par arbitrage* »¹⁵⁷. Ainsi, une fois accepté le cadre de l'arbitrage institutionnel, la définition

¹⁵⁶ L'art. 7(1) de la loi-type de la CNUDCI dispose : « *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. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée* ». La loi anglaise sur l'arbitrage dispose : « *'arbitration agreement' means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not)* » (art. 6(1)).

¹⁵⁷ Art. 5(2), règlements d'arbitrage du CIETAC 2005 et 2012. Le règlement d'arbitrage de la BAC 2007 contient une définition similaire : « *La convention d'arbitrage est la convention par laquelle les parties s'accordent de soumettre à l'arbitrage tout différend existant ou futur découlant de leur rapport juridique. La convention d'arbitrage comprend la clause compromissoire contenue dans un contrat ainsi qu'un compromis arbitral conclu dans d'autres formes écrites* » (art. 4(1)).

de la clause compromissoire proposée par la commission est tout à fait semblable à celle adoptée dans les législations étrangères.

103. En dépit de l'affirmation, en droit chinois de l'arbitrage, du principe de la liberté de recourir à l'arbitrage afin de résoudre les différends¹⁵⁸, cette autonomie de la volonté comporte une importante restriction, en conditionnant la validité de la clause d'arbitrage au choix d'une institution d'arbitrage (art. 16 et 18, loi sur l'arbitrage). Cette limitation de l'autonomie de la volonté ne s'applique qu'aux arbitrages ayant leur siège en Chine, les juridictions chinoises reconnaissant la validité de la clause compromissoire *ad-hoc* lorsque le siège est situé hors de Chine continentale et l'exécution des sentences étrangères rendues en application d'une clause compromissoire *ad-hoc*¹⁵⁹.

104. Dès lors, la validité d'une clause d'arbitrage prévoyant un arbitrage *ad-hoc* en Chine passe nécessairement par l'interprétation de la clause au regard des articles 16 et 18 de la loi sur l'arbitrage, afin de déterminer l'institution d'arbitrage choisie par les parties, faute de quoi la clause est invalide. La pratique de l'arbitrage maritime international, qui use fréquemment des clauses-types stipulant « *London Arbitration* » ou « *Beijing Arbitration* », illustre cette difficulté en Chine. La mise en œuvre d'une clause telle que « *Beijing Arbitration* » nécessite son « *institutionnalisation* ». Dans sa décision *M.V. Long Xu* rendue en 1997¹⁶⁰, la Cour suprême a institutionnalisé la clause compromissoire « *Beijing Arbitration* » en « *Beijing China Maritime Arbitration Commission* », et lui a donné effet sous la forme d'un arbitrage sous l'égide de la China Maritime Arbitration Commission (ci-après « *CMAC* »)¹⁶¹ : « [l]a charte-partie a été conclue avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'arbitrage. La clause « *Beijing Arbitration* » qui reflète la réelle intention des parties est claire ; ladite « *Beijing Arbitration* » renvoie expressément à la *CMAC de Pékin* »¹⁶².

¹⁵⁸ Art. 4, loi sur l'arbitrage.

¹⁵⁹ V. paragr. 83 *supra*.

¹⁶⁰ *M.V. Long Xu* (Cour suprême, 25 décembre 1997), citée dans la sentence arbitrale CMAC, *M.V. « Long Xu » Demurrage Dispute*, citée par PENG Xianwei, « Validity of the Beijing Arbitration Clause », 28 *Journal of International Arbitration*, n° 1, pp. 15-20.

¹⁶¹ La CMAC, fondée en 1959, est une commission d'arbitrage chinoise spécialisée dans la résolution, par voie d'arbitrage interne et international, des litiges maritimes et commerciaux. Le règlement d'arbitrage de la CMAC en vigueur au 1^{er} octobre 2004 est disponible sur <http://www.cmac-sh.org/en/rules2.asp>.

¹⁶² Citée par PENG Xianwei, « Validity of the Beijing Arbitration Clause », 28 *Journal of International Arbitration*, n° 1, pp. 15-20. Il convient de noter qu'avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'arbitrage de 1994, il n'existait que deux commissions d'arbitrage en Chine, le CIETAC et la CMAC, toutes deux ayant leur siège à Pékin. En conséquence, une clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Pékin, insérée dans un contrat maritime, ne pouvait que désigner l'unique CMAC. La situation a été modifiée avec la création à partir de 1994

Toutefois, la Cour suprême s'est plus récemment refusée à institutionnaliser une clause compromissoire prévoyant similairement « *Beijing Arbitration* », et l'a déclarée invalide au regard du droit chinois, au motif que les parties n'avaient pas choisi d'institution d'arbitrage¹⁶³.

§ 2 L'existence du consentement à la convention d'arbitrage

105. La validité de la clause compromissoire est subordonnée, en droit chinois de l'arbitrage, à la rencontre de trois conditions : (i) l'expression de la volonté des parties, (ii) de recourir à l'arbitrage, (iii) sous l'égide d'une commission d'arbitrage. La plupart des contrats-types de joint ventures comportent une clause compromissoire qui renvoie à l'arbitrage sous l'égide du CIETAC. La clause, très courte, stipule dans la plupart des cas : « [...] *the parties shall submit the dispute to China International Economic and Trade Arbitration Commission ("CIETAC") for arbitration* ». Ainsi, les trois conditions - à savoir l'expression d'une volonté des parties (« *shall submit* »), l'identification de l'arbitrage comme mode de règlement du litige et la désignation d'une commission d'arbitrage (CIETAC) - sont remplies dans la plupart des cas. La formulation des clauses compromissoires contenues dans les sentences CIETAC offre d'ailleurs une grande similitude, et elles sont toutes très proches de la clause-type CIETAC et du contrat-type préparé par le Ministère du Commerce de la RPC (ci-après « MOFCOM »)¹⁶⁴.

106. Le manquement à l'une de ces conditions est sanctionné par la nullité de la convention d'arbitrage. La pratique chinoise des nombres a trouvé, en matière d'efficacité – ou plutôt d'inefficacité - du consentement à la convention d'arbitrage, une nouvelle illustration sous l'appellation des « six vices de la convention d'arbitrage ». Cette expression, dont la paternité revient aux magistrats de la Cour suprême¹⁶⁵, correspond aux six cas de pathologie du

de commissions d'arbitrage dans toute la Chine, dont certaines sont situées dans la même ville (CIETAC et BAC à Pékin)

¹⁶³ *COSCO c/ CMEC International Commercial Transportation Agency Co.* (Cour suprême, 6 novembre 2009), citée par PENG Xianwei, « Validity of the Beijing Arbitration Clause », 28 *Journal of International Arbitration*, n° 1, pp. 15-20.

¹⁶⁴ Depuis 2011, un contrat-type de joint venture sino-allemande ayant pour objet de faciliter les investissements dans les deux Etats a été élaboré conjointement par le ministère allemand de l'économie et de la technologie et le ministère du commerce chinois.
<http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201108/20110807686673.shtml>

¹⁶⁵ V. Présentation Madame SHEN Hongyu, juge à la CPS, 4^{ème} division civile de la Cour suprême, *L'arbitrage international en Chine – Un outil idéal de règlement des litiges ?* Colloque organisé par l'Ambassade de France en Chine, Pékin, 26 juin 2012.

consentement susceptibles, en application des articles 16 à 18 de la loi sur l'arbitrage interprétés par la Cour suprême, d'invalider une clause d'arbitrage :

- (1) désignation d'une localité dans laquelle il n'existe pas de commission d'arbitrage¹⁶⁶ ;
- (2) désignation de deux commissions d'arbitrage ;
- (3) désignation optionnelle des tribunaux ou de l'arbitrage ;
- (4) expression d'une faculté (*keyi*, 可以) et non d'une obligation (*ying*, 应) d'arbitrer ;
- (5) désignation erronée de la commission d'arbitrage¹⁶⁷ ; et
- (6) référence au règlement d'arbitrage d'une commission sans désignation de la commission¹⁶⁸.

107. La jurisprudence et les décisions publiées des commissions d'arbitrages chinoises abondent en la matière¹⁶⁹. Il semble que la créativité des tribunaux étatiques s'épanouisse dans un examen minutieux de la formulation de la précision du consentement, en privilégiant un mode d'interprétation centré plus sur la préservation des fondements des articles 16 et 18 de la loi sur l'arbitrage, à savoir l'arbitrage institutionnel au détriment de l'affirmation de l'autonomie de la volonté, que sur une interprétation *in favorem* des clauses d'arbitrage. Il revient d'analyser ces trois éléments constitutifs, à savoir, l'expression d'une volonté des parties, l'identification de l'arbitrage et l'identification d'une commission d'arbitrage.

1. L'expression d'une volonté

108. L'expression de la volonté exige la formulation non ambiguë du caractère obligatoire du recours à l'arbitrage. Ainsi, la jurisprudence chinoise refuse de donner effet à la clause prévoyant le recours à l'arbitrage comme une simple faculté (*keyi*, 可以)¹⁷⁰. Les clauses

¹⁶⁶ V. paragr. 104 *supra*. La validité d'une clause compromissoire stipulant « Arbitrage à Pékin » est conditionnée à la possibilité d'identifier une commission d'arbitrage précise, localisée dans cette ville. Or, depuis la loi sur l'arbitrage, il peut exister plusieurs commissions d'arbitrage dans chaque ville.

¹⁶⁷ L'imprécision de la désignation de la commission d'arbitrage est une cause fréquente de contentieux de la validité de la clause compromissoire, v. A. MA, B. MAIO et H. HUI, « People's Republic of China », in *Asia Arbitration Handbook*, Moser M., Choong J. (eds), Oxford University Press, 2011, paragr. 3.81.

¹⁶⁸ V. *Jiangmen Faren Glass Co. (Chine) c/ Shanghai Stein Heurtey Mecc (Chine)* (Cour suprême, 16 mai 2006), [2006] Minsi Tazi No. 9, sur la validité d'une clause compromissoire faisant référence au Règlement d'arbitrage du CIETAC, sans désigner le CIETAC comme commission d'arbitrage, résumé de la décision *ITA Board of Reporters*, S. HARPOLE.

¹⁶⁹ V. les thèmes n° 13, 14 et 15 des décisions du CIETAC concernant la compétence, paragr. 50 *supra*, *CIETAC, Sélection de décisions concernant la compétence, op. cit.*

¹⁷⁰ Voir en revanche en droit de Hong Kong. Dans la décision *Guangdong Agriculture Co Ltd c/ Conagra International (Far East) Ltd* [1993] 1 HKLR 113, la High Court de Hong Kong a jugé qu'une clause stipulant une simple faculté, « *parties may refer any dispute to arbitration* », était valable: « *taken as a whole and having*

compromissoires citées dans les sentences CIETAC utilisent une terminologie contraignante : « *doivent* (ying, 应) *recourir à l'arbitrage...* »¹⁷¹. Parmi ces clauses compromissoires, seule la clause citée dans la sentence *Real Estate Construction and Management JV 1998* utilise la formulation « *peuvent* (ke, 可) *recourir à l'arbitrage...* »¹⁷². Cette dernière disposition n'a toutefois pas donné lieu à une contestation sur la validité de la clause d'arbitrage.

109. L'expression de la volonté des parties revêt diverses formes en arbitrage international. Les modèles juridiques varient de (i) la condition d'un écrit accompagné de la signature des parties¹⁷³, (ii) la simple condition d'un écrit non signé¹⁷⁴, à (iii) l'absence de condition d'écrit¹⁷⁵. La plupart des systèmes juridiques adoptent la solution médiane, et posent l'écrit comme condition de validité de la convention d'arbitrage¹⁷⁶. La Cour de cassation a rappelé que l'exigence de l'écrit porte simplement sur l'existence de la clause et non sur son acceptation. La règle de l'écrit vise à prouver que les parties avaient connaissance de la clause, interdisant ainsi tout accord arbitral purement oral : « *Si l'article 1443 du NCPC exige que la clause compromissoire figure dans un document écrit, il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties* »¹⁷⁷. En conséquence, la preuve de l'acceptation reste libre, en vertu du principe consensuel qui régit la matière contractuelle à laquelle la clause compromissoire appartient. L'acceptation n'a donc pas à faire l'objet d'un écrit et peut prendre une forme orale. De fait, l'article 1443 (anc.) du Code de procédure civile prévoit expressément que la clause compromissoire peut figurer dans un document annexe (« clause par référence ») auquel il est fait référence dans la

regard not least to the title of the arbitration clause, the parties plainly agreed to settle any dispute by arbitration. That is all that is required in order to establish binding arbitration ».

¹⁷¹ V. pour exemple, les clauses compromissoires citées paragr. 190 *infra*.

¹⁷² La clause compromissoire stipulait : « *The CJV Contract provided a dispute resolution clause which required the parties to resolve any dispute arising from or in connection to the CJV Contract through friendly negotiation and failing which, the parties may (ke, 可) apply to China International Economic and Trade Arbitration Commission, Shenzhen Sub-commission ("Shenzhen Arbitration Commission") for arbitration and the Shenzhen Arbitration Commission would decide the dispute according to the arbitration rules and hand down an arbitration award, which should be a final decision and binding on the parties* », *Real Estate Construction and Management JV 1998*, sentence CIETAC (2 avril 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 137, traduction de l'auteur.

¹⁷³ Art. II, Convention de New York.

¹⁷⁴ Art. 7, option I, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, amendée en 2006.

¹⁷⁵ Art. 7, option II, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, amendée en 2006.

¹⁷⁶ Art. 1443, Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011 : « *A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale* ».

¹⁷⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 21 janvier 1999, *Dr. et Patrimoine* 1999, Note J. Mestre, p. 119.

convention principale, et ne peut dans ce cas par essence faire l'objet d'une signature par les parties. La jurisprudence a posé le principe que la clause compromissoire ne doit pas faire objet d'un consentement spécifique. Dès lors qu'une partie a donné son consentement à la convention, elle a consenti à tous les termes de la convention, et ce incluant l'engagement d'arbitrer le litige à venir. La Cour de cassation a ainsi pu déduire cette acceptation de l'exécution sans réserve du contrat dans laquelle elle est insérée. Dans un arrêt en date du 17 juin 1997¹⁷⁸, la Cour de cassation a en effet censuré un arrêt qui avait imposé que cette preuve soit rapportée par un écrit, reprochant à la cour son formalisme et la non prise en compte de l'exécution sans réserve de la convention de base. Dans un arrêt en date du 25 juin 1991¹⁷⁹, la Cour de cassation s'est même refusée à dépecer le contrat selon la nature de la clause envisagée, et a relevé qu'en acceptant d'intervenir dans l'exécution d'un accord, Cotunav avait « *nécessairement souscrit aux obligations définies par celui-ci à la charge du transporteur et en a accepté les modalités techniques parmi lesquelles la clause compromissoire ; qu'en retenant ainsi que la Cotunav, en exécutant l'accord en connaissance de cause, avait, en réalité, ratifié celui-ci y compris la clause l'arbitrage* ». Plus récemment, dans les célèbres arrêts *Bomar Oil*¹⁸⁰ rendus en matière de clause par référence, la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'une clause compromissoire écrite, il convenait d'abandonner toute règle de formalisme afin de déterminer l'acceptation d'une partie à la clause compromissoire. Ainsi, dès lors qu'une partie a eu connaissance de cette clause, le silence de cette partie à qui l'on oppose cette clause vaut acceptation. Mais ainsi entendu, l'écrit n'est qu'une condition de forme¹⁸¹.

¹⁷⁸ Cass. Com. 17 juin 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 569 : « Vu l'article 1443 du NCPC [...] Attendu que, pour rejeter l'exception d'incompétence, l'arrêt retient que le contrat [...] n'a pas été signé par l'acheteur, que le cabinet de courtage a bien établi un projet de contrat faisant référence à la charte RUFRA adressée aux deux parties contractantes, mais en leur laissant le soin de donner leur accord, qui n'a été matérialisé par aucun écrit ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si la société Jouandin, en exécutant sans réserve le contrat faisant référence à la charte RUFRA, n'avait pas accepté cette clause portée à sa connaissance par l'envoi de la convention et la lettre du courtier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 453.

¹⁸⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 108 : « En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat ».

¹⁸¹ T. LANDAU, « The Written Form Requirement for Arbitration Agreements: When 'Written' Means 'Oral' », *ICCA Congress series*, No. 11 (2003), Kluwer.

110. Le droit chinois de l'arbitrage rejette également l'oralité de la convention d'arbitrage et requiert l'écrit : « *une convention d'arbitrage inclut les clauses compromissoires stipulées dans un contrat et les compromis d'arbitrage qui sont conclus sous une autre forme écrite [...]* »¹⁸². Cette « *autre forme écrite* » inclut l'enregistrement de la clause dans « *un contrat, des lettres et textes électroniques (y compris télégraphe, télex, facsimilé, échange de données informatiques et courrier électronique), etc.* »¹⁸³. Selon certains auteurs, la signature de la convention d'arbitrage écrite ne semble pas requise par les textes¹⁸⁴. Toutefois, dans sa décision *Concordia Trading B.V. c/ Nantong Gangde Oil C., Ltd.*¹⁸⁵, la Cour suprême a refusé d'exequaturer une sentence arbitrale, rendue sous l'égide de la Federation of Oils, Seeds and Fats Associations (FOSFA) à Londres, en application de clauses compromissoires écrites et contenues dans des contrats non signés, au motif que ces clauses ne constituaient pas une « *convention d'arbitrage écrite* » au sens de la Convention de New York. De même, dans *Andre Juice Inc. c/ Qing Yang Heng Shang Co.*, rendue le 8 décembre 2010¹⁸⁶, la Cour suprême a conditionné la validité d'une clause compromissoire à sa signature, se rapprochant ainsi du standard posé dans la convention de New York, et rejetant l'acceptation de la clause tirée du comportement d'une partie¹⁸⁷. La Cour suprême pose donc l'écrit non seulement comme preuve du contenu des obligations des parties, mais également comme mode de preuve du consentement des parties. Ce faisant, l'interprétation du consentement en matière de convention d'arbitrage s'éloigne du consensualisme adopté en droit des contrats chinois, depuis la loi sur les contrats de 1999, qui permet désormais de tirer du comportement d'une

¹⁸² Art. 16, loi sur l'arbitrage.

¹⁸³ Art. 1^{er}, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage 2006.

¹⁸⁴ V. en ce sens, XIAO Yongping, LONG Weidi, « Enforcement of international arbitration agreement in Chinese courts », *Arbitration International*, 2009, Vol. 25 Issue 4, pp. 574-575.

¹⁸⁵ *Concordia Trading B.V. c/ Nantong Gangde Oil C., Ltd.*, (Cour suprême, 9 août 2009), [2009] Minsi Tazi No. 22, publié sur <http://www.cnarb.com>, résumé en anglais par TAO Jingzhou, ITA Arbitration report, Vol. No. XI, Issue No. 4, 19 avril 2013.

¹⁸⁶ *Andre Juice Inc. c/ Qing Yang Heng Shang Co.* (Cour suprême, 8 décembre 2010), [2010] Minsi Tazi No. 76, publié en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 22, pp. 129-133. Dans cette affaire, les parties avaient conclu un contrat de vente contenant une clause compromissoire. Ultérieurement, Heng Shang avait « créé » six exemplaires à partir de l'original, et en avait modifié un certain nombre de stipulations. En dépit de la clause compromissoire contenue dans le contrat d'origine, la Cour suprême a estimé que la clause compromissoire contenue dans les six autres contrats était unilatérale, et l'a donc invalidée en application du droit chinois de l'arbitrage.

¹⁸⁷ Sur une application du critère posé par la Convention de New-York, V. décision de la cour d'appel du 2^{ème} Circuit des Etats-Unis, *Kahn Lucas Lancaster Inc. v. Lark International Ltd* 186 F3d 210 (1999), invalidant une clause compromissoire contenue dans un bon de commande exécuté mais non-contresigné.

partie, en particulier l'exécution des obligations contenues dans le contrat, la preuve de l'acceptation de ce contrat¹⁸⁸.

2. L'identification de l'arbitrage comme mode de résolution du litige

111. La compétence des arbitres est issue d'une volonté exprimée par les parties de faire de l'arbitrage le mode de règlement du litige. La Cour de cassation l'a rappelé dans une affaire relative à la qualification d'une clause de règlement des litiges contenue dans un accord franco-chinois entre clause prévoyant un arbitrage assorti d'un préliminaire de conciliation obligatoire, d'une part, et clause n'identifiant pas l'arbitrage comme mode de règlement, d'autre part¹⁸⁹. Dans cette affaire, la société chinoise Hainan Yangpu Xindadao Industrial avait conclu avec la société française Séribo un contrat établi dans une version chinoise et dans une version anglaise. La clause compromissoire était particulièrement mal rédigée et son texte était différent dans la version anglaise et dans sa version chinoise. Selon Séribo, dans sa version anglaise, l'article 20 du contrat (traduit en français) stipulait que « *les litiges survenant à propos de l'exécution du contrat entre les Parties seront réglés par concertation amicale* », que « *les litiges ne pouvant se régler de cette façon seront soumis à la Commission d'arbitrage de l'économie et du commerce extérieur du Conseil pour la promotion du commerce international de la Chine pour mener une médiation et un arbitrage* » ; et que « *s'il avère impossible de conclure un arrangement par les moyens ci-dessus, tous les litiges survenant du ou en relation avec le présent contrat seront réglés de façon définitive selon les règles de conciliation et d'arbitrage de la Chambre du commerce international par un ou plusieurs arbitre(s) nommé(s) conformément auxdites règles [...]* »

112. La version chinoise de la même clause stipulait « *En cas de conflit [...] les parties s'efforceront de trouver une solution à l'amiable* » ; qu'« *à défaut, ce conflit doit être remis d'abord au CIETAC (China international economic and trade arbitration Commission), pour trancher* » ; et que « *le lieu d'arbitrage sera à Beijing ; si les deux parties sont consentantes, il peut être tranché par la Chambre de commerce international [...] le lieu d'arbitrage sera Paris [...]* ». Un litige étant survenu entre les parties au contrat, Hainan Yangpu Xindadao

¹⁸⁸ V. en ce sens ZHU Weidong, « Determining the validity of arbitration agreements in China : Towards a new approach », *Asian International Arbitration Journal*, 2010 Vol. 6 n°1, pp. 57-58.

¹⁸⁹ Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2012, pourvoi 11-10.347, *Société de réalisations et d'études pour les industriels du bois (Séribo) c/ Hainan Yangpu Xindadao Industriel Co Ltd*, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025603566&fastReqId=1865477954&fastPos=1>

Industriel a saisi le CIETAC d'une demande d'arbitrage fondée sur la version chinoise de la clause compromissoire, à l'encontre de Séribo. Le tribunal arbitral a tranché le litige dans une sentence arbitrale rendue le 22 décembre 2004 à Pékin, condamnant Séribo. Hainan Yangpu Xindadao Industriel a obtenu l'exequatur en France de la sentence et Séribo a fait appel, au motif que la reconnaissance et l'exécution de la sentence litigieuse, « *prononcée par une institution (CIETAC) qui n'avait pas la qualité d'arbitre* », constitueraient une violation de l'ordre public international de façon flagrante, effective et concrète.

113. Dans son arrêt du 19 octobre 2010¹⁹⁰, la Cour d'appel de Paris a analysé la clause compromissoire comme prévoyant une concertation amiable et a recherché si cette concertation constituait un préalable obligatoire. Elle a considéré que dans les deux versions, en cas de litige, les deux parties devaient s'efforcer de trouver une solution « *par concertation amicale* » ou « *à l'amiable* » au cours d'une phase préalable à la procédure d'arbitrage proprement dite, et que cette « *procédure* » destinée à rapprocher les parties et à favoriser la conclusion d'un accord amiable « *n'est, dans la traduction du texte anglais, ni dans la traduction du texte chinois, stipulée comme étant une formalité préalable et obligatoire dont l'omission serait de nature à les priver du droit de saisir l'arbitre ; que laissée à leur bon vouloir, elle ne saurait être regardée comme étant prévue par une clause de conciliation obligatoire dont la violation entraîne, en droit interne, une fin de non recevoir qui s'impose au juge lorsque l'une des parties s'en prévaut.* ». La Cour d'appel a rejeté cet appel au motif que « *la clause de conciliation invoquée [...] n'était pas prescrite à peine d'irrecevabilité ou d'incompétence du tribunal arbitral* ». Dans son arrêt du 28 mars 2012, la Cour de cassation, se fondant sur la traduction française de la version anglaise du contrat, s'est concentrée sur la phase litigieuse du processus de résolution des litiges visé dans la clause et la qualification de la mission confiée au CIETAC. Elle a censuré l'arrêt pour n'avoir pas recherché si le CIETAC avait effectivement été investi d'une mission d'arbitrage (dans la version chinoise) ou seulement d'une mission de conciliation (version anglaise), et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

114. Le droit chinois ne valide pas les clauses optionnelles de règlement des litiges aux termes desquelles les parties se laissent la liberté de choisir entre le recours à l'arbitrage ou aux tribunaux étatiques¹⁹¹. En application du principe « *soit arbitrage, soit contentieux*

¹⁹⁰ CA Paris Pôle 2, ch. 1, 19 octobre 2010, RG : 08/13182. Inédit.

¹⁹¹ Art. 7, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage. Sur la nullité en droit chinois d'une clause optionnelle dans un contrat de vente internationale, v., *Zhejiang Yishun import and Export Co., Ltd c/ Mohamed*

judiciaire », la clause compromissoire sera considérée comme invalide si le défendeur objecte avant la première audience¹⁹². En revanche, une clause de résolution du litige prévoyant une option entre arbitrage et médiation, « *by friendly negotiations or arbitration by the International Chamber of Commerce* », a été validée par le tribunal intermédiaire de Xiamen dans une décision du 2 juillet 1996¹⁹³.

115. La subordination de l'arbitrage, dans la clause compromissoire, à l'échec d'un règlement amiable constitue une obligation dont le respect est apprécié strictement par les tribunaux chinois. Le défaut de respect de la phase de conciliation contractuellement prévue a été sanctionné, lors de l'exécution en Chine d'une sentence rendue à l'étranger, par un refus d'exequatur pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral. Dans les affaires *Pepsi Inc c/ Sichuan Lurun Co.* et *Pepsi China c/ Lurun Co.*, la clause compromissoire suivante, contenue dans un *trademark license contract* et dans un *concentrate supply agreement*, stipulait (i) une période de consultation amiable entre les parties, et en l'absence d'une résolution amiable dans un délai de 45 jours, (ii) le recours à l'arbitrage sous l'égide de la Stockholm Chamber of Commerce à l'initiative de la partie la plus diligente : « *Any dispute between the parties arising during the performance of this contract shall be resolved in the first instance through friendly consultation by the parties. If the dispute has not been resolved though consultation within 45 days following the date on which one party gave notice to the other, any party can apply to the [arbitration institution] for arbitration of the disputes and the other party shall agree to carry out the arbitration at the institution* »¹⁹⁴.

Mohamoud Ould Mohamed (Cour suprême, 7 avril 2011) publiée en chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 1(2011), résumée en anglais par TAO Jingzhou, ITA Arbitration report, Vol. No. XI, Issue No. 4, 19 avril 2013. Sur la validité des clauses optionnelles en droit français de l'arbitrage, v. J. BARBET et P. ROSHER, « Les clauses de résolutions de litiges optionnelles », *Rev. arb.*, 2010, pp. 45-84.

¹⁹² Art. 7, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006. V. également A. MA, B. MAIO et H. HUI, « People's Republic of China », in *Asia Arbitration Handbook*, Moser M., Choong J. (eds), Oxford University Press, 2011, paragr. 3.96-9.97. En revanche, dans la décision rendue à Hong Kong, *William Co c/ Chu Kong Agency Co Ltd* [1995] 2 HKLR 139, la cour a estimé qu'une clause compromissoire prévoyant que « *tous les litiges doivent être, conformément au droit chinois, tranchés par les tribunaux de la RPC ou par arbitrage en RPC* » (« *all disputes shall, in accordance with Chinese Law, be resolved in the courts of the People's Republic of China or be arbitrated in the People's Republic of China* ») signifie que le demandeur peut choisir l'arbitrage ou le tribunal étatique sans que le défendeur ait son mot à dire, et est donc valable.

¹⁹³ *Taiwan Fuyuan Enterprise Co. Ltd c/ Xiamen Weige Wood Products Co. Ltd.* (Tribunal intermédiaire de Xiamen, 2 juillet 1996), citée par CHI Chung, « *The Judicial determination of the validity of arbitration agreements in the People's Republic of China* », 3 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 99 2010, page 105, note 26.

¹⁹⁴ ZHAO Lanming, « Chinese court refused to enforce award for failure to satisfy pre-arbitration consultation provision », *Arbitration Committee Newsletter*, IBA legal Practice Division, March 2009, pp. 43-44. V.

116. Le tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la Chambre de commerce de Stockholm, avait décidé que la consultation amiable d'une durée de 45 jours convenue par les parties constituait une clause prévoyant un préliminaire obligatoire à l'examen par le tribunal arbitral du fond de l'affaire, et non une condition prévoyant un préliminaire obligatoire à l'introduction de la demande d'arbitrage¹⁹⁵. Constatant que cette condition avait été remplie, le tribunal a examiné le fond du litige, et a condamné le partenaire chinois. PepsiCo a sollicité l'exequatur des sentences arbitrales devant le tribunal intermédiaire de Chengdu (Sichuan). Le tribunal intermédiaire de Chengdu a estimé que la clause compromissoire contenait une obligation pré-arbitrale de consultation amiable et que cette obligation était un préliminaire à l'introduction de toute demande d'arbitrale. Le tribunal intermédiaire a refusé l'exequatur de la sentence arbitrale sur le fondement de l'article V(1)(d) de la Convention de New York, au motif que le tribunal arbitral n'avait pas été régulièrement constitué, dès lors que PepsiCo n'avait pas respecté l'obligation contractuelle de consultation préliminaire.

3. L'identification d'une commission d'arbitrage

117. Les articles 16 et 18 de la loi chinoise sur l'arbitrage imposent aux parties, à peine de nullité de la clause compromissoire, de désigner une commission d'arbitrage dans la clause compromissoire ou dans un accord subséquent¹⁹⁶. Dès lors, l'imprécision dans la désignation de la commission d'arbitrage a nourri une abondante jurisprudence et littérature allant de l'absence de désignation de la commission à la désignation d'une commission étrangère moyennant un siège en Chine. A titre d'exemple, en matière de joint venture, dans l'affaire *Yonghua Investment Co. c/ Underground Construction, Inc.*¹⁹⁷, la société hongkongaise Zhenhua Trading Co. (ultérieurement remplacée par Yonghua Investment Co.) et la société chinoise de Harbin, Underground Space Development Company (ultérieurement remplacée par Underground Construction Inc.) avaient conclu un contrat de joint venture qui comportait une clause compromissoire stipulant « *all disputes arising out of the performance of, or related to, this contract shall be resolved by friendly negotiation ; if negotiation fails, shall be*

également N. DARWAZEH and F. YEOH, « Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention--China and Hong Kong Perspectives » 25 *Journal of International Arbitration*, (2008), p. 842.

¹⁹⁵ ZHAO Lanming, *op. cit.*

¹⁹⁶ Sur l'obligation de recourir à l'arbitrage institutionnel, v. TAO Jingzhou et C. von WUNSCHHEIM, « Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: the Great Wall of China for international arbitration institutions », *International Arbitration*, 2007 Vol. 23 Issue 2, pp. 309-325.

¹⁹⁷ *Yonghua Investment Co. c/ Underground Construction Inc.* (Cour suprême, 25 avril 2005), Minsi Zhongzi No. 13, cité dans CHI Chung, *op. cit.*, p. 103, note 11.

submitted to an arbitration institution, whose arbitral award shall be final and binding on both parties »¹⁹⁸. Le tribunal supérieur du Heilongjiang a été saisi d'un litige introduit par Yonghua Investment Co. à l'encontre d'Underground Construction Inc., et cette dernière a soulevé une exception fondée sur la clause compromissoire du contrat de joint venture. Le tribunal intermédiaire, approuvé par la Cour suprême dans la réponse de cette dernière du 25 avril 2005, a rejeté l'exception d'incompétence, et a déclaré la clause nulle au motif qu'elle ne contenait ni le lieu de l'arbitrage ni le mode de formation du tribunal arbitral, et que les parties n'étaient convenues d'aucun accord supplémentaire concernant le lieu de l'arbitrage ou la formation du tribunal arbitral.

118. La réception par les tribunaux chinois de la validité de la clause CCI, avec choix du siège en Chine (« CCI à Pékin » ou « CCI à Shanghai »), a nourri de nombreux commentaires. Malgré une décision du tribunal intermédiaire de Xiamen qui avait reconnu en 2004 la validité d'une clause « CCI à Pékin »¹⁹⁹, la validité de cette formulation avait été remise en cause dans *Züblin I*. Dans *Züblin I*, la Cour suprême approuvait la décision du tribunal intermédiaire de Wuke, qui lui était soumise, d'invalider, au regard du droit chinois, une clause dite « CCI à Shanghai », formulée selon la clause-type CCI, au motif que : « *According to Chinese law, a valid arbitration clause should include an intention to refer disputes to arbitration, the scope of matters so referred, and the choice of an arbitration institution. In the present case, the arbitration clause contains an intention to refer disputes to arbitration, the arbitration rules to be applied and the place of arbitration, but did not specify the arbitration institution. Therefore the arbitration clause should be deemed invalid* »²⁰⁰.

119. Prenant acte de cette censure tirée du défaut d'indication d'une commission d'arbitrage, la clause-type de la CCI, recommandée pour la Chine, désigne désormais « *la Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce Internationale* »²⁰¹. Par ailleurs, en avril 2009, le tribunal intermédiaire de Ningbo²⁰² a ordonné l'exécution en Chine de deux

¹⁹⁸ Traduite par Chi Chung, *op. cit.*, p. 103, note 11.

¹⁹⁹ *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (14 décembre 2004), v. note 90 *supra*.

²⁰⁰ Traduction en anglais de BIN Yuan, « The invisible seat », *China Law & Practice*, novembre 2010.

²⁰¹ « *All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be submitted to the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce and shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules* », disponible sur <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-Clauses/>

²⁰² S. GREENBERG, Ch. KEE, & R. WEERAMANTRY, *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011, paragr. 9.144, note 195. V. également, WU Zhanghui,

sentences arbitrales rendues à Pékin par un tribunal constitué sous l'égide de la CCI, dans les affaires *Duferco c/ Ningbo City Arts & Crafts Import & Export Co* (affaire CCI 14005/MS/JB/JEM) et *Duferco c/ Ningbo Foreign Trade Co* (affaire CCI, 14006/MS/JB/JEM), relatives à des litiges soumis à des clauses compromissoires « *CCI en Chine* », de sorte qu'il semble que l'interprétation jurisprudentielle antérieure de ce type de clause est désormais abandonnée.

120. Il ressort de l'examen du régime juridique chinois de l'arbitrage qu'il ne s'agit pas d'un arbitrage international au sens où il est entendu dans les régimes juridiques français, anglais ou de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage international. Si les règlements d'arbitrage commencent à s'émanciper du modèle classique avec des « caractéristiques chinoises », l'arbitrage international chinois reste ancré dans l'ordre juridique interne posé par la loi de 1994 et que la Cour suprême n'a, ni dans ses textes législatifs ni dans sa jurisprudence, cherché à faire évoluer en près de trente années. Ce cadre juridique étant dressé, il convient à présent d'examiner le second aspect de l'accès des parties à l'arbitrage en Chine, à savoir l'étendue de la compétence de l'arbitre.

Chapitre 2 – Une compétence arbitrale contrastée

121. L'étendue de la compétence des arbitres, établie par le consentement des parties, doit être appréciée dans une double dimension. D'une part, les parties ne peuvent soumettre à l'arbitrage que les litiges que le législateur désigne comme arbitrables. A cette première dimension s'ajoute celle de l'étendue du consentement des parties à l'arbitrage. Si l'arbitrabilité du litige est entendue de façon large (section I), l'analyse des sentences arbitrales et de la jurisprudence rendues révèle une interprétation de l'étendue du consentement inadaptée aux litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères (section II.)

Section I – Un domaine arbitrable large

122. L'arbitrabilité détermine la licéité de la clause compromissoire, et s'apprécie tant au regard des parties, on parle d'arbitrabilité subjective, qu'au regard du litige envisagé, on parle alors d'arbitrabilité objective. L'étude des deux aspects de l'arbitrabilité révèle que l'arbitrage

« Chinese arbitration for Chinese foreign disputes, emerging choices in 2012 », *International Law News*, Volume 41, n° 2, printemps 2012.

des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères ne se heurte, en droit chinois de l'arbitrage, à aucune illicéité, et accorde aux parties un domaine arbitral très large.

§ 1 Une arbitrabilité subjective non définie

123. La question principale qui occupe l'arbitrabilité subjective est celle de l'aptitude des Etats et des personnes morales de droit public à compromettre²⁰³. Le droit positif chinois ne contient pas de disposition interdisant à l'Etat chinois ou aux personnes morales chinoises de droit public de compromettre²⁰⁴. Cette absence de prohibition semble s'expliquer, d'une part, par l'absence de distinction en droit chinois entre les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public, et, d'autre part, en raison de la structure même de l'économie chinoise qui, jusqu'à une date récente, faisait des entreprises d'Etat les partenaires normaux des relations économiques et financières avec les entreprises étrangères.

124. En matière de contrats d'Etats, la Chine a historiquement accepté l'insertion de clauses compromissoires dans les contrats qu'elle a conclu directement avec des sociétés étrangères. A titre d'exemple, la République de Chine (ci-après la « ROC »)²⁰⁵, représentée par le Conseil national de la reconstruction, avait conclu le 10 novembre 1928 un *traffic agreement* avec la société américaine Radio Corporation of America (RCA). Aux termes de ce *traffic agreement*, la ROC autorisait RCA, qui possédait des antennes radio sur la côte est des Etats-Unis et dans le Pacifique, à mettre en place un circuit de radio entre la Chine et les Etats-Unis, pour une durée expirant en 1940. En 1932, la ROC concluait un second *traffic agreement* avec une autre société américaine, Mackay Radio and Telegraph Company (Californie), autorisant cette dernière à établir une liaison radio entre la Chine et la côte ouest des Etats-Unis. Les deux *traffic agreements* étaient soumis aux droits de l'Etat de New York et de la Chine (paragr. 13) et comportaient une clause d'arbitrage (paragr. 11). Arguant que la conclusion du second *traffic agreement* violait l'exclusivité que la ROC lui avait consentie, RCA a mis en œuvre la clause compromissoire du premier *traffic agreement* à l'encontre de la ROC. Le tribunal arbitral *ad-hoc* (Van Hamel, A. Hubert, Furrer) a, à l'issue de la procédure d'arbitrage²⁰⁶,

²⁰³ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 534.

²⁰⁴ YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 426 à 447, CHEN Xi, « Arbitrage international et contrats publics en Chine », in *Contrats publics et arbitrage international*, sous la direction de M. AUDIT, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 195-213.

²⁰⁵ En Chine continentale de 1919 à 1949, à Taiwan depuis 1949.

²⁰⁶ Audience des 11 et 12 avril 1935 au Bureau International de la Cour Permanente de d'Arbitrage.

tranché le litige en faveur de la ROC au motif que ce *traffic agreement* ne comportait aucun engagement d'exclusivité au profit de RCA²⁰⁷.

125. Depuis l'ouverture de la RPC dans les années 1980, la pratique arbitrale confirme que les personnes morales de droit public, qu'il s'agisse de collectivités territoriales ou d'entités économiques publiques, concluent des contrats économiques et participent à des procédures d'arbitrage en matière économique sans qu'aucune objection, tirée d'une nullité de la clause compromissoire, ne soit soulevée durant l'arbitrage ou dans la phase de contrôle de la sentence arbitrale. Les auteurs rapportent plusieurs affaires CIETAC dans lesquelles des gouvernements locaux chinois étaient parties à l'instance, sans que cette qualité ait été censurée par une inarbitrabilité. Ainsi, dans l'affaire *Baosheng c/ Bureau de l'environnement, ville de Hefei*, la Cour suprême a confirmé et ordonné l'exequatur d'une sentence arbitrale CIETAC rendue le 2 juin 2003 à l'encontre de la ville de Hefei (Anhui), en application d'une clause d'arbitrage CIETAC contenue dans un contrat de vente d'équipement et de transfert de technologie pour la modernisation d'une usine de traitement de déchets municipaux, auquel la ville de Hefei était partie, sans que la question d'une éventuelle inarbitrabilité subjective du litige ait été soulevée²⁰⁸.

126. Dans l'affaire *Dongxun (HK) c/ Hengtong (PRC), ville de Yulin (PRC)*²⁰⁹, la société de Hong Kong Dongxun avait constitué, avec la société chinoise Hengtong, une joint venture afin de participer à un marché de construction de routes en Chine. Dongxun bénéficiait également d'une garantie, fournie par le gouvernement local de la ville de Yulin (Shaanxi). Dongxun a mis en jeu la clause compromissoire CIETAC, contenue seulement dans le contrat de joint venture conclu avec Hengtong (et non dans la garantie), à l'encontre de Hengtong et de la ville de Yulin. Le tribunal arbitral sous l'égide du CIETAC s'est estimé compétent à l'encontre des deux défendeurs et a rendu une sentence arbitrale, le 23 juin 2005, sans qu'ait été soulevée une objection tirée d'une inarbitrabilité ou d'une incapacité de la ville de Yulin à compromettre. Par décision de la Cour suprême du 13 septembre 2006, cette sentence

²⁰⁷ *Radio Corporation of America c/ the National Government of the Republic of China*, sentence arbitrale *ad-hoc* rendue le 13 avril 1935 à La Haye, 3 *Report of International Arbitral Awards*, p. 1623.

²⁰⁸ Von WUNSCHHEIM, *op. cit.*, note 84 *supra*, App. D-21 ; YANG Caixia, *op. cit.*, note 107 *supra*, paragr. 446 ; Chen Xi, *op. cit.*, p. 197-198. Voir également, le contrat de partenariat, conclu entre EDF-Alstom et le gouvernement chinois pour la construction de la centrale nucléaire de Laibin B, comportant une clause CIETAC et soumis au droit chinois. V. GANEM, P. H. « Financements de grands projets internationaux » (deuxième partie), *RDAI*, No. 4, 1997 ; (troisième partie), *RDAI*, No. 5, 1997.

²⁰⁹ Von WUNSCHHEIM, *op. cit.*, note 84 *supra*, App. D-23.

CIETAC a été confirmée à l'encontre de Hengtong, mais a été censurée par la Cour suprême, pour inopposabilité de la clause compromissoire du contrat de joint venture à l'égard de la ville de Yulin, émettrice de la garantie, et non au titre une invalidité tirée d'une inarbitrabilité²¹⁰.

127. Il semble, comme le souligne un auteur²¹¹, que le véritable critère d'arbitrabilité subjective repose sur l'égalité de position entre les parties à la convention d'arbitrage²¹². Le concept d'égalité des parties est particulièrement présent, comme condition de validité des conventions soumises au droit chinois²¹³. De fait, ce critère a bien été utilisé afin d'écarter indirectement les effets d'une convention d'arbitrage à l'encontre d'un gouvernement local. Dans l'affaire *Paper Mill 2000*²¹⁴, le tribunal arbitral CIETAC a déclaré un contrat d'EJV comportant une clause compromissoire CIETAC, conclu entre un investisseur canadien et une société d'Etat chinoise, inopposable au gouvernement local non signataire, au motif que, selon le principe d'égalité des parties énoncé en droit chinois des investissements, il était impossible à un organe de l'Etat de conclure un contrat de joint venture sino-étrangère, comme associé local de la joint venture²¹⁵.

128. En matière d'arbitrage relatif aux investissements internationaux fondé sur les TBI²¹⁶, la Chine a accepté, de longue date, le recours à l'arbitrage international pour la résolution des différends entre l'investisseur étranger et l'Etat récepteur. Antérieurement à son adhésion, en

²¹⁰ V. paragr. 196 *infra*.

²¹¹ YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 427.

²¹² L'art. 2 de la loi sur l'arbitrage dispose : « *Le recours à l'arbitrage est autorisé pour les différends [...] existant entre les sujets égaux tels que citoyens, personnes morales, et autres entités* ».

²¹³ V. paragr. 465 *infra*.

²¹⁴ Sentence arbitrale CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, publiée en chinois dans le *Recueil de sentences CIETAC*, 《中国国际经济贸易仲裁委员会裁决书汇编》, Vol. 2000.2, p. 721 et s., traduction de l'auteur.

²¹⁵ Art. 1^{er}, loi sur les EJV, v. paragr. 153 *infra*.

²¹⁶ Sur l'arbitrage des investissements internationaux fondé sur les TBI, v. M. AUDIT, « Droit des investissements internationaux », *Jurisclasseur international*, « Contentieux arbitral international – Droit commun » [2009], Fasc. 572-65 ; J. A. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », 10 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 232-257 ; E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 853-878. Sur les TBI chinois, v. CHEN Haijuan, *Les traités bilatéraux d'investissements conclus par la Chine*, Thèse dactylographiée, Paris I, 14 septembre 2009 ; N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Oxford University Press 2009 ; S. SCHILL, « Tearing down the Great Wall : the New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China », *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, 118 (2007) ; KONG Qingjiang, « Bilateral Investment Treaties : The Chinese Approach and Practice », in *Asian Yearbook of International Law*, Volume 8, Brill, 1988/99, pp. 105-136.

1993, à la Washington du 18 mars 1965²¹⁷, la Chine acceptait le recours à l'arbitrage *ad-hoc* (TBI France-Chine 1984, Annexe, article 8.3)²¹⁸. Dès après 1993, elle consentait, dans ses TBI, au recours à l'arbitrage sous l'égide du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « CIRDI »)²¹⁹. De fait, une procédure arbitrale fondée sur le TBI Chine-Malaisie 1988 était pendante depuis mai 2011 devant le CIRDI²²⁰. Cette procédure avait été initiée par la société malaisienne Ekran Berhad à l'encontre de la RPC, en relation avec un investissement touristique sur l'île chinoise de Hainan, réalisé par l'intermédiaire de la joint venture chinoise d'Ekran Berhad, dénommée Sino-Malaysia Culture & Art Co. Ltd. Le TBI Chine-Malaisie ne prévoyant pas de clause d'arbitrage CIRDI, le tribunal arbitral, constitué sous l'égide du CIRDI, aurait certainement, faute d'accord des parties, dû trancher tant la question de l'existence d'un consentement à un arbitrage sous l'égide du CIRDI, que celle de l'étendue *ratione materiae* du consentement²²¹.

§ 2 Une arbitrabilité objective étendue

129. Chaque ordre juridique détermine l'étendue des litiges qu'il accepte de voir soumettre à l'arbitrage. En déclarant non-arbitrables les matières extrapatrimoniales concernant le mariage,

²¹⁷ La Convention de Washington du 18 mars 1965 est disponible sur https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf.

²¹⁸ Certains TBI, tel que le premier TBI Suède-Chine 1982, anticipaient l'adhésion de la Chine à la Convention de Washington du 18 mars 1965. Sur l'arbitrage du CIRDI, v. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004 ; S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, 2004, Litec. Sur l'arbitrage du CIRDI et les TBI chinois, v. J. WILLEMS, « The Settlement of Investor-State disputes and the PRC: New developments on ICSID Jurisdiction », *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 8 (Automne 2011), pp. 1-62 ; M. CYMROT, « Investment Disputes with China », 61(3), *Dispute Resolution Journal*, 80, 80-7 (2006) (R 16.4) ; M. HEYMANN, « International Law and the Settlement of Investment Disputes relating to China », *Journal of International Economic Law* 2008, 11(3), pp. 507-526 ; K. ROONEY, « ICSID and BIT Arbitrations and China », 24 *Journal of International Arbitration*, n°6 (2007), pp. 689-712.

²¹⁹ TBI Chine-Pérou 1994, art. 8(3). Certains TBI chinois, postérieurs à 1993, prévoient toujours le recours à l'arbitrage *ad-hoc*. V. TBI Chine-Indonésie du 18 novembre 1994, art. 9(4) : « *If a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation cannot be settled as specified in paragraph 1 of this Article within six months, it may be submitted to an ad-hoc arbitral tribunal* ».

²²⁰ *Ekran Berhad c. République populaire de Chine*, affaire CIRDI No. ARB/11/15 enregistrée par le CIRDI le 24 mai 2011. La procédure d'arbitrage a été suspendue par accord des parties le 22 juillet 2011. Le 16 mai 2013, le Secrétaire-général du CIRDI a rendu une ordonnance de procédure prenant note de la fin de l'instance, conformément à l'article 43(1) du règlement d'arbitrage CIRDI (règlement du différend à l'amiable).

²²¹ Le TBI Chine-Malaisie 1988 prévoit un arbitrage *ad-hoc* selon les règlements d'arbitrage de la CNUDCI ou du CIRDI (art. 7(3)), et les Etats parties au TBI s'engageaient, dès après l'adhésion de la Chine à la Convention de Washington du 18 mars 1965, à recourir à l'arbitrage CIRDI et à élargir le champ d'application du consentement à l'arbitrage : « *the Contracting Parties shall promptly enter into negotiations on the possibility to expand the area of investment disputes which may be submitted of Investment Disputes established by the Convention. In relation to the expanded area agreed upon between the Contracting Parties following such negotiations, the People's Republic of China shall accord Malaysia treatment no less favourable than that which would be accorded by it in the same circumstance to any other State* ».

l'adoption, la tutelle, la reconnaissance et les successions (art. 3(1), loi sur l'arbitrage), le droit chinois ne fait que confirmer l'exclusion d'un certain nombre de matières communes à d'autres ordres juridiques²²². En revanche, deux questions appellent des observations pour le sujet qui nous occupe : l'exclusion des « *différends administratifs qui doivent, selon la loi, être soumis à des autorités administratives* »²²³ (A) et l'inarbitrabilité non explicitement prévue par la législation chinoise (B).

A. Les différends administratifs

130. L'inarbitrabilité des différends administratifs que la loi chinoise soumet aux autorités administratives laisse, pour ce qui concerne les investissements étrangers, à ce jour irrésolue le sort de l'arbitrabilité des différends relatifs aux contrats administratifs, aucun texte ne tranchant cette question²²⁴. En termes de compétence d'attribution, les chambres administratives des tribunaux étatiques chinois n'ont pas vocation à entendre les litiges nés des contrats administratifs. En effet, la loi chinoise sur les litiges administratifs²²⁵ ne prévoit qu'une compétence limitée aux recours contre les actes administratifs unilatéraux individuels.

131. En outre, dans la classification juridique chinoise, il n'existe pas de régime juridique relatif aux contrats administratifs. Dès lors, hormis les dispositions spéciales relatives aux contrats de concession - Built-Operate-Transfer, BOT²²⁶ et attribution de contrats de marchés publics relatifs aux industries de l'eau, du gaz, du chauffage, des transports publics, de traitement des eaux usées et de traitement des déchets²²⁷ - les contrats administratifs sont soumis au droit commun des contrats. Ces dispositions spéciales n'excluent d'ailleurs pas le

²²² V. Art. 2060, al. 1^{er}, Code civil : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps [...]* ».

²²³ Art. 3(2), loi sur l'arbitrage.

²²⁴ YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 444 ; CHEN Xi, *op. cit.*, p. 199.

²²⁵ Adoptée en 1989, en vigueur en octobre 1990. Sur le champ d'application de cette loi, v. R. HEUSER, « The Role of the Courts in Settling Disputes between the Society and the Government in China », *Perspectives chinoises*, [En ligne], 49 | septembre-octobre 2003, mis en ligne le 17 janvier 2007, consulté le 28 août 2013. URL : <http://chinaperspectives.revues.org/646>.

²²⁶ Avis sur l'Approbation et l'Administration des Investissements Etrangers dans les Projets Pilotes de Concession, conjointement promulgué par les Ministères chinois des Statistiques, de l'Energie Electrique et des Transports, promulgué le 21 août 1995. Sur les contrats de BOT, v. Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, pp. 46-47.

²²⁷ Mesures administratives sur la concession de services publics municipaux (ci-après les « mesures nationales sur la concession ») (市政公用事业特许经营管理办法), ordonnance n°126 du 19 mars 2004, promulguée par le ministère chinois de la construction, en vigueur au 1^{er} mai 2004, version bilingue chinois-anglais disponible sur <http://www.hetong365.com/07b/39.html>.

recours à l'arbitrage international²²⁸. En outre, la pratique confirme l'arbitrabilité des litiges nés des contrats administratifs internationaux. Le contrat de BOT Laibin B, soumis au droit chinois, contenait une clause compromissoire CIETAC qui a été mise en œuvre sans que soit objectée une inarbitrabilité objective²²⁹.

B. Les différends inarbitrables non explicitement prévus par la législation chinoise

132. Un certain nombre de matières se révèlent non-arbitrables. Il existe en droit français de l'arbitrage une réserve d'inarbitrabilité objective, issue de concepts français tels que l'indisponibilité des droits (anc. article 2059 du Code civil) ou des matières qui intéressent l'ordre public (article 2060 du Code civil). Pour ce qui concerne ce second concept, les matières qui intéressent l'ordre public, l'analyse de Ph. FOUCHARD, relative à l'arbitrabilité du droit français de la faillite, montre que l'exception d'ordre public doit être comprise comme la réserve de ce contentieux à une juridiction étatique déterminée : « *Le fondement de l'inarbitrabilité doit être bien compris. L'inarbitrabilité ne résulte pas du caractère impératif de ses règles. Elle tient simplement à ce que leur objet est étroitement lié à l'organisation de la faillite. La cohérence de leur application suppose que celle-ci soit assurée de manière centralisée par une seule juridiction. Une fois de plus, l'inarbitrabilité d'un litige ne tient donc pas à l'intervention de l'ordre public mais à la réservation expresse d'un contentieux à une juridiction étatique déterminée* »²³⁰. Entendu comme la réservation du contentieux à une juridiction étatique déterminée, il ne semble pas exister un tel fondement d'inarbitrabilité en droit chinois. Ainsi, l'arbitrabilité *ratione materiae* des litiges est, en droit chinois de l'arbitrage, plus large qu'en droit français.

133. Le droit chinois autorise la résolution, par arbitrage, des litiges du droit de la consommation et du droit du travail, devant des commissions arbitrales spécialisées²³¹. Il semble que la culture chinoise de la résolution des litiges, qui privilégie la voie amiable par la

²²⁸ L'article 9(10) des mesures nationales sur la concession dispose seulement que le contrat de concession doit contenir une clause relative au « mode de résolution du litige ».

²²⁹ V. GANEM, P. H. « Financements de grands projets internationaux » (deuxième partie), *RDAI*, No. 4, 1997 ; (troisième partie), *RDAI*, No. 5, 1997.

²³⁰ Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.*, 1998, pp. 471 et s. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 559-589. W. PARK, « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », 13 *ICCA Congress Series* (2006), p. 55. Sur une analyse critique de ce critère, v. Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrétien, 2013, n° 114.

²³¹ V. par exemple, la compétence exclusive de commissions arbitrales spécialisées prévue pour les litiges des contrats de travail et des contrats agricoles (art. 77, loi sur l'arbitrage, art. 79 et 81, loi sur le travail), A. MA, B. MAIO et H. HUI, *op. cit.*, paragr. 3.92-3.95 ; YANG Caixia, *op. cit.*, paragr. 203-204 et paragr. 230-232.

conciliation (ou médiation), même devant le juge et l'arbitre, ne se traduit pas par une méfiance de l'intervention de l'arbitre dans les rapports contractuels internes ou internationaux. Ainsi, le droit des baux tant d'habitation que professionnels (ou commerciaux) n'est pas du ressort exclusif des juridictions étatiques. Une part importante de l'activité des commissions d'arbitrage locales, telles que la BAC, découle des litiges relatifs aux baux. Dans *Hemofarm* sus-visée²³², le tribunal intermédiaire de Jinan a refusé d'exequaturer une sentence arbitrale CCI pour violation de l'ordre public. Dans cette affaire, les associés de la joint venture s'opposaient sur les conséquences, pour la survie de la joint venture, de la rupture par l'associé chinois (Yongning) du bail conclu entre lui et la joint venture, et des mesures de saisie autorisées par les tribunaux chinois au profit de Yongning contre la joint venture. Le refus d'exequatur sanctionnait non pas le fait que le tribunal arbitral ait examiné un litige relatif à un bail. En effet, le contentieux des baux est arbitral en droit chinois. Ce que le juge de l'exécution semblait reprocher à la sentence tiendrait (i) à la violation, par un tribunal arbitral étranger, de l'autorité d'une décision judiciaire chinoise ayant déjà tranché le litige relatif au bail, et (ii) au traitement, par un tribunal arbitral siégeant hors de Chine, d'un litige issu d'une relation contractuelle de droit interne, entre parties chinoises. De fait, l'examen ci-dessous de l'étendue *ratione materiae* et *ratione personae* du consentement à la clause compromissoire du contrat de joint venture permet d'éclairer la décision *Hemofarm*, décision par ailleurs critiquée par de nombreux auteurs²³³.

134. Le droit des investissements étrangers autorise non seulement la soumission, à l'arbitrage, des litiges liés aux contrats d'EJV et de CJV, mais également ceux relatifs aux statuts des EJV et des CJV²³⁴. L'arbitrabilité des litiges entre associés, relatifs au fonctionnement des sociétés, est donc affirmée très largement en droit chinois de l'arbitrage. Il n'en va pas de même dans d'autres systèmes juridiques, où la clause compromissoire n'est valable que lorsqu'interviennent dans les statuts, ou les pactes séparés, des partenaires de différences nationalités²³⁵. Cette large arbitrabilité des conflits relatifs aux statuts de la joint

²³² Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 27 juin 2008, traduction en anglais, van den Berg (ed.) in *Yearbook Commercial Arbitration* 2009, Volume XXXIV (2009).

²³³ V. Section II, § 2 *infra*.

²³⁴ « Les litiges découlant de l'interprétation ou de l'exécution de l'accord, du contrat ou des statuts entre les parties à la joint venture... », art. 109, décret d'application 1983 (désormais art. 97, décret d'application 2001) de la loi sur les EJV (souligné par nous).

²³⁵ V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 578 ; COHEN D., *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993 ; v. Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrétien, 2013, n° 655.

venture doit toutefois être pondérée. En effet, il semble que le domaine de la liquidation de la joint venture ressort de la compétence exclusive de ses organes de liquidation, et ne puisse être soumis aux arbitres²³⁶. Une des difficultés en matière de joint venture sino-étrangères réside dans la conduite et la résolution de la dissolution et des opérations de liquidation d'une joint venture, postérieurement à la résiliation du contrat de joint venture, par accord partie ou ordonnée par un tribunal arbitral. La réglementation a, tout d'abord, lié de plein droit la résiliation du contrat de joint venture à la dissolution de la joint venture²³⁷. La décision de lier le commencement des opérations de liquidation de la filiale commune au prononcé de la résiliation du contrat de joint venture répond à une préoccupation pratique. Les parties ne sollicitaient pas toujours du tribunal arbitral qu'il ordonne la dissolution de la joint venture, en plus de la résiliation du contrat, de sorte que les opérations de liquidation restaient suspendues au bon vouloir des deux parties. La réglementation a également soumis la conduite des opérations de liquidation, qui commencent dès le prononcé de la dissolution de la joint venture, à l'autorité du « comité de liquidation », composé des administrateurs de la joint venture, qui représente cette dernière durant toutes les opérations de liquidation²³⁸ et conduit les opérations de liquidation selon le guide des mesures.

135. Les sentences arbitrales publiées, qui prononcent la résiliation du contrat, prononcent la dissolution la plupart du temps, et renvoient les parties à se conformer à la procédure de dissolution fixée par la loi²³⁹. D'autres décisions vont plus loin, et donnent les lignes

²³⁶ Sur l'inarbitrabilité du droit français de la faillite, v., Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrétien, 2013, n° 656 ; Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.*, 1998, pp. 471 et s.

²³⁷ Les Procédures de liquidation des entreprises à capitaux étrangers (外商投资企业清算办法) approuvées par le Conseil des affaires d'Etat le 15 juin 1996, décret n° 2 du Ministère du commerce extérieur du 9 juillet 1996, abrogées le 15 janvier 2008 et remplacées par les Lignes directrices pour mener à bien de façon satisfaisante la dissolution et la liquidation des entreprises à capitaux étrangers (商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见), promulguées par le Bureau Général du Ministère du Commerce le 5 mai 2008, disponibles sur <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=6829&CGid=>. L'article 5 dispose : « La liquidation d'une entreprise à capitaux étrangers doit débuter à la date d'expiration de la durée de l'exploitation de l'entreprise à capitaux étrangers, à la date de la clôture de l'entreprise à capitaux étrangers autorisée par le département de vérification et d'approbation, ou à la date de la résiliation du contrat d'entreprise à capitaux étrangers prononcée par un tribunal populaire ou par une commission d'arbitrage », traduction anglaise dans *China Law & Practice*, 1996.

²³⁸ Art. 91 et 92, décret d'application de la loi sur les EJV.

²³⁹ V. *XX Technology JV Case 1998*, sentence CIETAC (14 juin 1998), rendue à Shenzhen, dans laquelle le tribunal arbitral a prononcé la résiliation avant son terme du contrat d'EJV, pour faute d'un des associés (Article 102 du décret d'application de la loi sur les EJV, et Article 44 des statuts de l'EJV) et ordonne la liquidation de l'EJV « selon les lois applicables ». Dans le même sens, v. *Yan'an Rd Shanghai Garment JV 1998*, sentence CIETAC (23 Octobre 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, pp. 263-269. En revanche, pour la résiliation d'un contrat d'EJV sans que soit prononcée la dissolution de l'EJV, v. *Port Project JV 2001*, sentence CIETAC (17 janvier 2001), rendue à Pékin : « En conséquence le tribunal considère que, si le

directrices à suivre pour le calcul des opérations de liquidation et de partage entre les associés de la joint venture²⁴⁰.

136. En présence d'une contractualisation du processus de dissolution de la joint venture, certains arbitres ont validé l'accord, constaté sa mise en oeuvre partielle par les parties, et ordonné la reprise du processus. Ainsi, dans l'affaire *Fashion Retail JV 1998*, les associés d'une EJV, parties au litige, avaient conclu un accord de retrait concernant l'un d'eux (*Agreement*), et l'associé qui s'était retiré demandait au tribunal arbitral de prononcer la dissolution et la liquidation de l'EJV. Le tribunal a prononcé la résiliation du contrat d'EJV, et ordonné la mise en oeuvre de la procédure de dissolution selon la procédure prévue dans cet *Agreement*²⁴¹.

137. La responsabilité délictuelle n'est pas un domaine inarbitrable. En effet, les parties peuvent convenir de soumettre à l'arbitre les litiges de nature délictuelle. La difficulté de soumettre des litiges délictuels à l'arbitrage réside plutôt dans l'interprétation, par l'arbitre ou

défendeur omet de verser l'apport en capital conformément au délai contractuellement prévu, il appartient au demandeur de le sommer de payer, dans un délai donné, l'apport qui reste en attente de réalisation et de déposer une demande de dissolution de l'EJV auprès de l'autorité d'examen et d'approbation initiale », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, pp. 816-82, traduction du chinois par l'auteur.

²⁴⁰ Pour la résiliation d'un contrat de CJV, et le prononcé de l'ouverture de la liquidation d'une CJV, *Real Estate JV Case 1999*, sentence CIETAC (10 février 1999) rendue à Shenzhen, « *Selon le droit chinois, la liquidation est de la CJV commence lors de la résiliation du contrat de CJV. Durant cette procédure de liquidation, la défenderesse versera la totalité de l'apport du capital social de 48 millions RMB, afin de répondre des dettes de la joint venture, et si ce capital social ne suffit pas à répondre des dettes, le droit d'usage immobilier [apporté par le demandeur] sera également inclus dans le cadre de la liquidation afin de partager les dettes. Après la clôture de la liquidation, si les actifs immobilisés et les actifs circulants, en plus du droit d'usage immobilier, suffisent à apurer les dettes, le solde des biens susvisés sera la propriété de la défenderesse alors que si les actifs immobilisés et les actifs circulants à l'exclusion du droit d'usage immobilier suffisent à apurer les dettes, le solde des actifs immobilisés et les actifs circulants appartiendra à la défenderesse, et le droit d'usage immobilier sera restitué au demandeur* ». *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 353, traduction du chinois par l'auteur. V. dans le même sens, *Precision Stationary JV Case 1999*, sentence CIETAC (8 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 635.

²⁴¹ *Fashion Retail JV 1998*, sentence CIETAC (20 février 1998) rendue à Shenzhen : « *Le tribunal estime que les parties ne se sont pas accordées sur le point de savoir si c'est un tiers ou le défendeur qui devait acheter les parts du demandeur, mais elles sont convenues du retrait du demandeur de l'EJV. Le retrait du demandeur induit la résiliation du contrat d'EJV. En conséquence, le tribunal n'accepte pas l'argument susmentionné du défendeur. Le tribunal considère également que le demandeur s'est en réalité retiré de l'EJV depuis qu'il a signé l'Agreement, et que les parties ne disposaient plus de fondement pour leur coopération, de sorte que l'EJV ne pouvait plus atteindre les objectifs commerciaux. Le tribunal fait donc droit à la demande de dissolution et de liquidation de l'EJV formée par le demandeur. Le tribunal constate que le demandeur a rempli ses obligations au titre de l'Agreement. De plus, les parties sont convenues que les créances et les dettes de l'EJV seraient transmises au défendeur, lequel a été en charge des affaires au nom de l'EJV depuis plus d'une année. En conséquence, la liquidation de l'EJV sera réglée comme suit : Une fois que les parties auront exécuté toutes leurs obligations au titre de l'Agreement dont elles se prévalent, le défendeur devra bénéficier de toutes les créances et supporter toutes les dettes de l'EJV, et tous les actifs restant postérieurement à la liquidation appartiendront au défendeur* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 104, traduction du chinois par l'auteur.

par le juge, de l'étendue du consentement des parties à l'arbitrage, issu de la formule « litige découlant du contrat » contenue dans la clause compromissoire, qui exclut, en l'état du droit chinois, les litiges non-contractuels²⁴². Il convient d'examiner ci-après les limites du consentement à la convention d'arbitrage, sont appréciées plus sévèrement que le critère de l'arbitrabilité objective ou subjective.

Section II – Une conception restrictive du consentement à la convention d'arbitrage

138. La seconde limite de la compétence des arbitres réside dans l'interprétation de l'étendue du consentement des parties à la convention d'arbitrage. L'interprétation de la volonté des parties à la convention d'arbitrage doit être restituée dans son contexte et l'examen de la question se heurte à deux obstacles. Tout d'abord, le droit chinois des contrats d'investissement étrangers soumet leur validité à un certain nombre de conditions de forme²⁴³, notamment l'écrit et l'approbation du contrat, qui, combinées aux conditions de formes de validité des clauses compromissoires du droit chinois de l'arbitrage, forment un cadre juridique peu favorable à une interprétation souple de l'étendue du consentement dans les conventions d'arbitrage.

139. Par ailleurs, contrairement aux lois sur l'arbitrage, notamment celles issue de la loi-type de la CNUDCI, la loi chinoise sur l'arbitrage ne définit pas ce que l'on entend par convention d'arbitrage, et se contente d'énoncer un certain nombre de conditions relatives à sa validité. La seule disposition se rapprochant d'une définition est contenue dans le règlement d'arbitrage du CIETAC : « *une convention d'arbitrage est une clause compromissoire, d'un contrat conclu entre les parties, ou toute autre forme d'accord écrit prévoyant la résolution des différends par arbitrage* »²⁴⁴. Cependant, le règlement d'arbitrage du CIETAC ne définit ce qui est entendu par « *différend* », ni l'étendue de ce terme. Les clauses-types du CIETAC et de la BAC, similaires à celle d'autres institutions internationales telles que la CCI ou la *Hong Kong International Arbitration Court* (ci-après la « HKIAC »), stipulent : « *any dispute arising from or in connection with this contract [...]* ». Ce type de formulation est qualifié de

²⁴² V. Section II, § 2 *infra*. Pour ce qui concerne l'arbitrabilité du droit de la concurrence, l'article 50 de la loi chinoise antitrust du 30 août 2007 prévoit que tout exploitant d'entreprise qui, par sa situation de monopole, cause un préjudice à d'autres entités ou personnes physiques doit en supporter la responsabilité civile, et ouvre la voie aux recours devant les tribunaux judiciaires. Il reste à déterminer si ce contentieux peut être soumis à l'arbitrage.

²⁴³ V. Partie II, Section I *infra*.

²⁴⁴ Art. 5(2), règlement d'arbitrage du CIETAC 2005.

large par la jurisprudence occidentale, notamment de *common law*²⁴⁵. En présence d'une telle formulation, les sentences arbitrales et la jurisprudence chinoises adoptent, quant à elles, une interprétation stricte de l'étendue de la clause compromissoire. Le consentement à l'arbitrage est réputé limité aux litiges (i) de nature contractuelle, (ii) issus de ce seul contrat et (iii) entre les seules parties signataires du contrat. On examinera ce mode d'interprétation, peu adapté à la résolution des litiges en matière de joint ventures, en se fondant sur la distinction, adoptée en droit français de l'arbitrage, entre l'étendue *ratione personae* (§ 1) et l'étendue *ratione materiae* du consentement à la convention d'arbitrage (§ 2).

§ 1 L'étendue *ratione personae* du consentement

140. Les auteurs spécialistes du droit chinois de l'arbitrage international constatent l'émergence du phénomène et son ampleur : les litiges relatifs aux joint ventures sino-étrangères, dans lesquels les parties qui ont signé le contrat de joint venture (les associés) sont souvent différentes des entités non-signataires du contrat de joint venture (souvent la joint venture elle-même, objet du contrat) qui exécutent les obligations principales de ce contrat, sont le vivier d'un type particulièrement répandu d'objections formées par les non signataires à l'encontre de la compétence du tribunal arbitral tiré d'un défaut de consentement à l'arbitrage²⁴⁶. Afin d'étudier l'étendue *ratione personae* du consentement à la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture sino-étrangère, il apparaît opportun de reprendre la distinction entre l'extension aux non signataires fondée sur le consentement, (A) et l'extension fondée sur le droit des sociétés (B)²⁴⁷.

A. L'extension fondée sur le consentement

141. L'opposabilité de la clause compromissoire à une entité, partie chinoise ou partie étrangère, qui n'y a pas souscrit, repose principalement, au vu de la jurisprudence arbitrale et étatique chinoise en matière de contrat de joint venture sino-étrangère, sur les trois catégories

²⁴⁵ V. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, chapitre 8 « Interpretation of international arbitration agreements », Kluwer Law International, 2009, pp. 1059-1083 ;

²⁴⁶ V. en particulier, A. MA, B. MAIO, H. HUI, *op. cit.*, paragr. 3.193 : « *a particular common ground for objecting to the tribunal's jurisdiction in Chinese arbitration is found in disputes concerning joint venture, where the parties which signed the underlying contract are frequently not the same as the entities which carry out the major obligations under such contracts* ». V. également les cas n°1 et 2 relatifs aux joint ventures rapportés par CHEN Dejun, M. MOSER, WANG Shengchang, *International Arbitration in the People's Republic of China, commentary, Cases and Materials*, Butterworths Asia, Hong Kong, Singapore, Malaysia, 2^{ème} édition, 2000, pp. 196-197.

²⁴⁷ V. W. PARK, « Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma », *Multiple Party Actions in International Arbitration* 3 (2009).

suivantes : mandat de représentation (1), consentement tiré de la négociation et de l'exécution du contrat principal (2) et consentement par référence à la clause compromissoire du contrat principal (3)²⁴⁸. On ajoutera, enfin, l'opposabilité de la clause compromissoire dans le cadre la transmission des droits d'associé d'une joint venture sino-étrangère (4)²⁴⁹.

1. Mandat de représentation

142. L'écrit comme condition de validité tant de la convention d'arbitrage que des contrats d'investissements étrangers en droit chinois, fait supporter un fardeau de la preuve élevé (i) au signataire qui prétend n'être que le représentant d'un mandant, non signataire, mais seul lié par la convention, ou (ii) à la partie co-contractante qui entend étendre les effets de la clause d'arbitrage à une entité non-signataire, au motif que le signataire intervenait en son nom et pour son compte. Cette difficulté est renforcée par la complexité du régime juridique du mandat en droit chinois²⁵⁰.

143. Deux sentences arbitrales témoignent des difficultés de cette extension. Dans l'affaire *Hainan Construction Materials JV 1991*²⁵¹, l'investisseur japonais, défendeur à une procédure d'arbitrage introduite par l'associé chinois pour défaut de contribution aux apports, prétendait que le contrat de joint venture était dépourvu d'effet à son encontre, au motif qu'il l'avait conclu en qualité de représentant d'un tiers, une société taiwanaise, qui seul était le véritable associé de la joint venture. Le défendeur prétendait avoir conclu et signé le contrat de joint

²⁴⁸ Sur les cas d'extension de la clause compromissoire au tiers en droit français de l'arbitrage, V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 489-411 ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrétien, 2013, n° 193-200, n° 712 (stipulation pour autrui – promesse de porte-fort – cautionnement – garantie à première demande – groupes de sociétés et rapport entre la société et ses associés).

²⁴⁹ Sur la distinction entre extension et circulation de la clause compromissoire, v. Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 193.

²⁵⁰ TAO Jingzhou distingue quatre types de mandats : (i) le mandat direct, dit moyennant mandant désigné (*agency of a named principal*), soumis au droit commun du mandat (article 63(2), PGDC), en vertu lequel le contrat principal est réputé lier le mandant et le tiers contractant ; (ii) le mandat, dit moyennant mandant non nommé (*agency of an unnamed principal*), au termes duquel le mandataire conclut le contrat principal avec le tiers en son nom, et pour le compte d'un mandant dont l'identité n'est pas révélée (art. 402, loi sur les contrats) ; (iii) le mandat non révélé (*agency of an undisclosed principal*), selon lequel l'existence même du mandat n'est pas révélée au tiers contractant (art. 403, loi sur les contrats), et (iv) le courtage (art. 421, loi sur les contrats). Dans les deux premiers régimes juridiques, la clause compromissoire du contrat principal, qui lie le mandant et le tiers contractant, n'est en principe pas opposable au mandataire. Selon le régime du mandat non révélé, une opposabilité sélective de la clause intervient, le mandant peut mettre la clause compromissoire en œuvre à l'encontre du tiers contractant en cas de faute de ce dernier, et en cas de faute du mandant, le mandataire doit révéler l'identité de son mandant au tiers contractant, et ce dernier peut mettre en œuvre la clause à l'encontre du mandant ou du mandataire. Dans le cas du courtier, ce dernier seul est tenu de l'obligation d'arbitrer. V. *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International 2012, pp. 60-63.

²⁵¹ Sentence CIETAC (12 avril 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°66, pp. 379-386.

venture au nom et pour le compte de cette société taiwanaise, de sorte que son intention se limitait à « *promouvoir la coopération entre le demandeur et la société taiwanaise pour la signature du contrat* »²⁵². La société japonaise prétendait également que le souhait du demandeur, d'importer un équipement et une technologie en provenance de Taiwan, se heurtaient à l'interdiction des échanges commerciaux entre la Chine continentale et Taiwan alors en vigueur. Dès lors, le demandeur chinois avait, au cours des négociations qui avaient eu lieu en Chine en présence de la partie taiwanaise, demandé à la société japonaise de constituer une joint venture et de signer ce contrat de joint venture au nom de la partie taiwanaise. La société japonaise ajoutait, qu'au cours des négociations relatives à la répartition des apports, elle avait indiqué n'avoir aucune intention de prendre part à la coopération entre les parties chinoises et taiwanaises, et avait décliné l'offre qui lui avait été faite de souscrire des parts dans la joint venture. Le tribunal arbitral a rejeté cette objection, et affirmé la force obligatoire du contrat à l'encontre du signataire japonais au contrat de joint venture, en se fondant uniquement sur les éléments matériels tirés de la signature, par le défendeur, du contrat de joint venture et de l'approbation du contrat par les autorités compétentes. Le tribunal arbitral a rejeté, pour défaut de preuve, l'allégation du défendeur selon laquelle il était intervenu au nom d'un tiers, et a conclu que le contrat de joint venture, signé par le demandeur et le défendeur, les liait juridiquement pour avoir été signé de ces deux parties et approuvé officiellement conformément à la procédure du droit des investissements étrangers²⁵³.

144. Plus fréquemment la découverte d'un élément de représentation intervient lorsqu'il s'avère que l'entité chinoise désignée au contrat de joint venture sino-étrangère a perdu ses attributs de personne morale ou a été radiée du registre d'enregistrement des entreprises. Une réponse de la Cour suprême de 1994²⁵⁴ prévoit que l'entreprise-investisseur doit supporter la responsabilité des dettes de la société qu'elle a constituée dans un certain nombre de circonstances : si la société investie est dépourvue de statut juridique, si le capital social n'a pas été libéré, ou si ce capital social est inférieur au minimum légal. Les conventions qui

²⁵² Sentence CIETAC (12 avril 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°66, pp. 379-386.

²⁵³ « *The joint venture contract signed both by the claimant and the respondent on February 21, 1989, was legally binding on the parties because it was signed by both parties and approved officially in accordance with the legal procedure. The statement that this contract was made in the name of the respondent should not be established* », *Ibid.*

²⁵⁴ Réponse aux questions relatives à la responsabilité civile supportée par les entreprises à capitaux après que la résiliation ou la cessation d'exploitation de la société de capitaux, de la Cour suprême, de 1994.

comportent une clause compromissoire deviennent-elles dès lors opposables à l'entreprise-investisseur ?

145. Dans l'affaire *Wuxi Chemical JV 1997*²⁵⁵, le CIETAC a étendu à un non-signataire, entreprise-investisseur de l'associé chinois de la joint venture, les effets de la clause compromissoire contenue dans un contrat de CJV, après avoir constaté que le partenaire chinois, signataire du contrat, avait perdu sa personnalité juridique antérieurement à la signature du contrat, et que le non-signataire avait repris les droits et obligations de la partie signataire. Il ressort des faits qu'en 1993, un investisseur de Hong Kong avait conclu un accord d'EJV avec une entité chinoise, l'usine B. L'usine B était une entreprise personne morale constituée par une entreprise-investisseur dénommée A. En 1995, les associés de l'EJV décidaient en conseil d'administration de transformer leur filiale commune en CJV. Deux semaines après l'adoption de cette décision par le conseil d'administration, et sans en informer l'associé Hongkongais, la société A sollicitait de l'administration chinoise la cessation des activités de l'usine B et se déclarait auprès de l'administration comme l'entité qui répondrait de la disposition des créances et des dettes de l'usine B, dans le cadre de sa liquidation. En novembre 1995, le contrat de CJV était conclu entre l'associé de Hong Kong et l'usine B, moyennant l'utilisation du sceau commercial de B par A (ce sceau aurait dû, selon la réglementation, être restitué aux autorités chargées de la liquidation de l'usine B). Le contrat d'EJV conclu en 1994 comportait une clause compromissoire alors que le contrat de CJV de 1994 en était dépourvu. En 1997, sur le fondement de la clause compromissoire du contrat d'EJV, l'associé de Hong Kong a introduit une procédure d'arbitrage à l'encontre de la société A seule, sollicitant la résiliation du contrat de CJV aux torts de A, et la dissolution de la CJV. La défenderesse, A, a contesté la compétence du CIETAC aux motifs que (i) l'usine B était la véritable partie à l'arbitrage puisqu'elle disposait d'une personnalité juridique distincte de celle de A, (ii) A n'était que le « sponsor de création » (*start-up sponsor*) de B et son obligation se limitait à la disposition des créances et dettes de B, et (iii) A n'avait signé aucun contrat d'EJV ou de CJV, et n'était donc pas liée par la clause compromissoire.

146. La décision de compétence du CIETAC, reproduite dans la sentence arbitrale, repose sur une double motivation. En premier lieu, le CIETAC a décidé que la société A était partie à l'arbitrage en sa qualité de « *repeneur des droits et obligations de l'usine B* » : « *alors même*

²⁵⁵ *Wuxi Chemical JV 1997*, sentence CIETAC (15 décembre 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 66, traduction du chinois par l'auteur.

que la partie tierce à l'arbitrage [B] ne possédait plus la capacité de personne morale, le Bureau a confirmé que la défenderesse [A] était le repreneur compétent des dettes et créances de la partie tierce [B] »²⁵⁶. En second lieu, le CIETAC a considéré que la clause compromissoire du contrat d'EJV était opposable à la société A, car la clause compromissoire avait été incorporée par référence dans un accord de garantie tripartite, conclu entre la société A, l'associé de Hong Kong et l'usine B. Aux termes de la garantie tripartite émise au profit de l'associé de Hong Kong, la société A se portait garante des obligations de l'usine B, et il était prévu que (i) en cas de contradiction entre la garantie et le contrat d'EJV, ce dernier prévalait, et (ii) pour les besoins de l'exécution du contrat d'EJV, l'associé de Hong Kong et la société A avaient une « *relation de coopération* », au sein de laquelle la société A était la « partie chinoise ». Le CIETAC a qualifié cette garantie tripartite de « partie supplémentaire » au contrat d'EJV. Puisque cette garantie ne contenait pas de clause incompatible avec la clause compromissoire du contrat d'EJV, le tribunal a estimé que la garante, A, était partie à la clause compromissoire du contrat d'EJV et devait reprendre les droits et obligations de l'usine B dans la procédure d'arbitrage.

147. En 2003, la Cour suprême a adopté une approche plus restrictive que celle du CIETAC dans l'appréciation de la reprise par un tiers des droits et obligations d'une partie, en limitant les titulaires du pouvoir de représentation d'une personne morale radiée à son seul « comité de liquidation ». Dans sa décision *Longqiao Village Committee c/ Gao Fu Zhong*²⁵⁷, la Cour suprême a approuvé l'annulation d'une sentence arbitrale CIETAC rendue en 2002, par le tribunal supérieur de Pékin, dans laquelle le tribunal arbitral avait étendu, au comité villageois de Longqiao, les effets d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de joint venture conclu en 1995 entre M. Gao (investisseur de Taiwan) et l'hôtel Longqiao. Selon les faits, postérieurement à la conclusion du contrat de joint venture, la licence commerciale et le sceau de l'hôtel Longqiao, partenaire chinois de la joint venture, lui avaient été retirés, et l'hôtel avait perdu sa personnalité juridique. M. Gao a alors conclu avec le comité villageois de Longqiao un avenant au contrat de joint venture, qui stipulait que l'avenant aurait une force équivalente à celle du contrat de joint venture initial. En 2001, un différend étant

²⁵⁶ Sur le fond, le tribunal arbitral a décidé que le contrat de CJV avait été conclu par la société A « en utilisant le nom de » l'usine B, et que ce contrat de CJV était nul pour dol, pour dissimulation par la société A de la liquidation de l'usine B (art. 58(3), PGDC ; art. 68, avis de la Cour suprême sur les PGDC). V. paragr. 484 *infra*.

²⁵⁷ *Longqiao Village Committee c/ Gao Fuzhong*, Réponse de la Cour suprême du 8 mai 2003 au tribunal supérieur de Pékin relative à la sentence arbitrale CIETAC [2002] Mao Zhongcai Ci No. 0237. V. CHI Jung, « The Judicial Determination of the Validity of Arbitration Agreements in the People's Republic of China », 3 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 99 (2010), p. 107.

survenu entre les parties à l'avenant, le comité villageois de Longqiao a mis en œuvre la clause compromissoire du contrat de joint venture. Le CIETAC a déclaré la clause compromissoire opposable à ce comité villageois sur un fondement identique à celui retenu dans la sentence CIETAC susvisée *Wuxi Chemical JV 1997*, à savoir que le comité villageois de Longqiao avait assumé tous les droits et obligations de l'hôtel Longqiao lorsque la licence de ce dernier avait été annulée²⁵⁸. La sentence a été annulée par la Cour suprême, au motif que le comité villageois n'était pas partie à l'arbitrage, que la « personnalité morale économique » de l'hôtel Longqiao avait survécu à la radiation de sa licence, et que la procédure d'arbitrage ne pouvait être introduite que par l'hôtel Longqiao ou par son comité de liquidation. Avec l'affirmation de la survivance de la personnalité morale pour les besoins de sa liquidation, disparaît la notion de reprise, par une société « sponsor » ou par un tiers, des créances et dettes, voire des droits et obligations contenus dans le contrat antérieur, de la société en faillite.

148. On remarquera que, dans la sentence *Wuxi Chemical JV 1997*, il existait une garantie tripartite, qui comportait une référence expresse à l'accord de joint venture bipartite, sur laquelle le CIETAC a pu se fonder afin d'incorporer par référence, dans la garantie tripartite, la clause compromissoire contenue dans l'accord de joint venture bipartite. Dans l'affaire *Longqiao*, aucun accord tripartite, entre le comité villageois et les deux partenaires de la joint venture, n'avait été conclu antérieurement à l'annulation de la licence de l'hôtel Longqiao, de sorte que la Cour suprême a pu estimer que le comité villageois était demeuré un tiers au premier contrat de joint venture.

2. Consentement tiré de la négociation et de l'exécution du contrat

149. Le respect du caractère écrit du consentement à la convention d'arbitrage contraint les tribunaux arbitraux à porter une attention moindre à l'argument tiré de l'existence d'un consentement d'un non-signataire, fondé sur sa participation à la négociation, à la conclusion ou à l'exécution du contrat qui contient la clause compromissoire, voire sur son « implication » directe dans l'exécution du contrat dès lors que sa situation et ses activités font présumer qu'il a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause

²⁵⁸ V. CHI Jung, « The Judicial Determination of the Validity of Arbitration Agreements in the People's Republic of China », 3 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 99 (2010), p. 107.

compromissoire²⁵⁹. La jurisprudence arbitrale internationale a eu recours à la théorie des groupes de sociétés, qui permet d'opposer la clause compromissoire à d'autres sociétés du même groupe qui ont participé à l'opération économique pour laquelle la clause a été stipulée²⁶⁰. Les solutions arbitrales plus récentes retiennent toutefois que la position des sociétés non-signataires dans un « groupe de sociétés » constitue seulement un indice de la volonté commune de ces sociétés non-signataires, dès lors qu'elles ont participé à la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat comportant la clause compromissoire²⁶¹. Les affaires dans lesquelles l'examen du consentement d'une entité non-signataire du contrat de joint venture, fondé sur le fait qu'il a pu, par son comportement, consentir au contrat et à la clause compromissoire qu'il contient, restent rares dans le contentieux arbitral des joint ventures sino-étrangères.

150. L'extension de la clause compromissoire à l'Etat, en matière d'arbitrage commercial international fait reposer le consentement de l'Etat, partie non nommée au contrat, sur la preuve d'une acceptation claire et non équivoque de ce dernier, a participé à la négociation, à la conclusion ou à l'exécution du contrat principal, autrement que par une ratification administrative²⁶². L'affaire *Paper Mill JV 2000* susvisée offre toutefois une illustration²⁶³. Une entreprise d'Etat, Paper Mill XX, avait introduit une demande d'arbitrage contre son

²⁵⁹ CA Paris, 7 décembre 1994, *Jaguar*, *Rev. arb.*, note Ch. JARROSSON ; Cass. Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS et AGF c/ Amcor Technologies et autres*, *RTDCom*, 2007, p. 677, obs. E. LOQUIN.

²⁶⁰ La théorie des groupes de sociétés, définie comme un « ensemble des sociétés qui possèdent une unité économique et une direction unique en dépit de la personnalité juridique distincte de chacune des sociétés » (D. HASCHER, obs. Affaire CCI n° 8910, *JDI* 2000, p. 1085 et s.) a été adoptée dans la sentence CCI n° 4131 *Dow Chemical* (23 septembre 1982), *JDI* 1983, p. 899, obs. Y. DERAÏNS, *Rev. arb.*, 1984, p. 137, sentence confirmée par CA Paris, 21 octobre 1983, *Rev. arb.*, 1984, 98, obs. CHAPELLE.

²⁶¹ V. en ce sens, sentence CCI n° 6519 (1991), *JDI*, 1986, p. 1118, extension de la clause compromissoire de la société holding à la joint venture, qui avait été au cœur de toutes ces négociations ; sentence CCI n° 8910, *JDI* 2000, p. 1085 et s. V. également la typologie des solutions retenues dans les sentences arbitrales internationales CCI fondées sur le consentement in W. PARK, « Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma », *Multiple Party Actions in International Arbitration* 3 (2009).

²⁶² Sentence CCI n° 3493 (16 février 1983) *SPP c/ EGOth, République d'Egypte*, *Rev. arb.*, 1986, p. 105, qui a déclaré que la clause compromissoire incluse dans un contrat était opposable à la République d'Egypte. La cour d'appel de Paris a annulé cette sentence au motif que le consentement de la République d'Egypte à devenir partie au contrat contenant la clause compromissoire ne pouvait se déduire d'une signature « approbation ratification et agrément » apposée par cette dernière sur le contrat au titre d'un agrément administratif, CA Paris, 12 juillet 1984, *JDI*, 1985, p. 130. Voir également sentence CCI n° 6401, *Westinghouse International Projects Company, Westinghouse Electric SA, Westinghouse Electric Corporation, Barns & Roc Enterprises, Inc. c/ National Power Corporation, République des Philippines*, preliminary award (19 décembre 1991), publiée dans *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 7 n° 1, janvier 1992, dans laquelle le tribunal arbitral a refusé d'étendre les effets du contrat principal, conclu entre diverses sociétés de Westinghouse et National Power Company, à l'Etat non nommé comme partie mais ratifié par le président de la République des Philippines. V. également Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 507-511

²⁶³ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*.

associé canadien pour inexécution par ce dernier de ses obligations contractuelles au titre d'un contrat d'EJV conclu entre les parties. La société canadienne prétendait que le véritable demandeur, et associé de la joint venture, n'était pas l'entreprise d'Etat Paper Mill, mais la collectivité locale (ci-après le « Gouvernement Local »). Il convient de noter que la défenderesse n'a pas mis en cause le Gouvernement Local dans l'instance arbitrale, et qu'il n'était pas partie à la procédure d'arbitrage. Le raisonnement de la partie canadienne reposait, en premier lieu, sur le consentement du Gouvernement Local qui s'était, par sa participation à la négociation, à la conclusion, et à l'exécution du contrat d'EJV, comporté comme une partie au contrat de joint venture ; en deuxième lieu, sur le contrôle exercé par le Gouvernement Local sur l'entreprise d'Etat la privant de toute indépendance économique et juridique et ; en troisième lieu, sur la signature entre le Gouvernement Local et la société canadienne d'un certain nombre d'accords de principe, le jour même de la signature du contrat d'EJV.

151. L'investisseur canadien prétendait avoir négocié le contrat d'EJV avec le Gouvernement Local, et que le Gouvernement Local avait directement exécuté ce contrat d'EJV, en versant lui-même l'apport en capital de 700.000 RMB qui incombait à la partie chinoise : *« Tous les apports effectués par la partie chinoise l'ont été par le Gouvernement Local : le prêt bancaire initial de la Demanderesse a été endossé par le Gouvernement Local ; le nouvel investissement de 700.000 RMB a été apporté par le Gouvernement Local. C'est la raison pour laquelle le Certificat de Vérification d'Apport a été adressé au Gouvernement Local et non à la Demanderesse. [...] De plus, c'est le Gouvernement Local qui a négocié avec la Défenderesse l'accord relatif à l'EJV. Tous les documents du Gouvernement Local démontrent qu'il est le partenaire chinois »*.²⁶⁴

152. Paper Mill prétendait de son côté que le Gouvernement Local s'était limité à une intervention de nature administrative : *« [...] lorsqu'il attire les investissements étrangers, le Gouvernement Local tient son rôle conformément à la maxime : « le gouvernement dresse la scène, et les entreprises font le spectacle » (zhengfu datai, qiye chang xi, 政府搭台, 企业唱戏). Mais ce rôle de facilitateur n'affecte en rien le statut juridique de la Demanderesse, en tant que personne morale indépendante, et ne peut non plus supplanter l'obligation légale de la Demanderesse de répondre de façon indépendante de ses obligations civiles »*²⁶⁵. Le tribunal arbitral a relevé que le Gouvernement Local avait effectivement été impliqué dans la

²⁶⁴ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*. Traduction de l'auteur.

²⁶⁵ *Ibid.*

conclusion et l'exécution du contrat de joint venture, mais a considéré que sa participation à la mise en place de l'EJV avait un caractère administratif, et consistait à « *attirer les investissements étrangers et développer l'économie* » ... « *son action était une action administrative, et elle diffère de celle de la Demanderesse qui est une personne morale indépendante et qui agissait, en qualité d'entreprise, dans la mise en place de l'EJV* ».

153. Tout en estimant que le Gouvernement Local avait exécuté certaines des obligations contractuelles incombant à Paper Mill XX, et que cette attitude était « *inappropriée* » (*bu dang*, 不当), le tribunal arbitral s'est refusé à déclarer le contrat de joint venture opposable au Gouvernement Local, aux motifs que :

- (i) il existerait une interdiction légale faite aux organes administratifs étatiques chinois de conclure des contrats de joint ventures sino-étrangères : « *En vertu des dispositions légales chinoises en la matière, les joint ventures ne peuvent être créées qu'entre les sociétés, entreprises et autres organisations économiques ou particuliers étrangers, d'une part, les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises, d'autre part. Les parties doivent être d'égalité réciproque. Cependant, les organes administratifs de l'Etat (zhengfu xingzheng bumen, 政府行政部門) ne sont pas autorisés à devenir les partenaires d'une EJV* »²⁶⁶ ; et,
- (ii) le Gouvernement Local n'était pas signataire du contrat d'EJV : « *Même si certaines des actions du Gouvernement Local, dans le processus de l'EJV, ont consisté à exécuter certains des droits et obligations de la Demanderesse, et en dépit de leur caractère inapproprié, les conséquences juridiques de ces actions, visant à la création de l'EJV, doivent être supportées uniquement par la Demanderesse, dès lors que le contrat d'EJV a été signé uniquement par la Demanderesse et la Défenderesse. Le Gouvernement Local n'est pas partie au contrat d'EJV* »²⁶⁷.

154. En décidant ainsi, le tribunal arbitral a, par une répartition catégorielle du rôle de chaque intervenant et par un raisonnement circulaire, opposant le consentement à la condition de signature du contrat, affirmé clairement que la négociation et l'exécution d'obligations contractuelles, aussi essentielles que l'apport en capital à la joint venture, par un non-

²⁶⁶ *Ibid.* V également Art. 1^{er}, loi sur les EJV.

²⁶⁷ *Ibid.*

signataire – en l'occurrence l'Etat - ne permettent pas de faire du non-signataire une partie au contrat de joint venture.

155. Cette analyse est contestable au regard de la jurisprudence arbitrale internationale en la matière. Or, le comportement d'un Etat dans la négociation, l'exécution et la résiliation d'un contrat, dont il n'est ni signataire ni une partie nommée, peut être retenu comme un consentement à ce contrat et rendre opposable à l'Etat l'ensemble des obligations qu'il contient, dès lors que l'Etat « *s'est comporté comme si le contrat était le sien* » et que « *le Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses [...] s'est comporté comme la véritable partie pakistanaise lors de l'opération économique* »²⁶⁸. De même, il n'est pas rare, en matière de joint ventures internationales que le tribunal arbitral estime que l'Etat non signataire du contrat de joint venture a pu valablement devenir partie à ce contrat et se voir opposer la clause compromissoire. Ainsi, dans l'affaire *Bridas S.A.P.I.C. (Argentine), Bridas Energy International Ltd. (Iles Vierges britanniques), International Oil & Gas Ventures, Ltd (Iles Vierges britanniques) c/ Gouvernement du Turkménistan, Concern Balkannebitgazsenatgat (Turkménistan)*²⁶⁹, la majorité du tribunal arbitral a estimé que l'Etat du Turkménistan, non-signataire d'un contrat de joint venture (JV Kemir) conclu entre les demandeurs et Concern Balkannebitgazsenatgat, était partie à ce contrat au motif que certaines des stipulations contractuelles « *contain commitments that only the Government could give or fulfil* »²⁷⁰ et que « *Taken in isolation, none of these provisions would be conclusive support for the proposition that is was the intention of the parties for the Government to be bound by the provisions of the contract, but cumulatively they constitute a significant involvement of the government powers and interests in the contractual*

²⁶⁸ CA Paris, 17 février 2011, n° 09/28533, *Gouvernement du Pakistan, ministère des Affaires religieuses c/ Sté Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, *Rev. arb.*, 2012, p. 369, note F.X. TRAIN ; v. dans la même affaire, la décision de refus d'exequatur de la Cour suprême du Royaume-Uni au motif que l'Etat Pakistanais n'était pas devenu partie à la clause compromissoire, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c/ Government of Pakistan* [2010] UKSC 46, *Rev. arb.*, 2012, p. 427.

²⁶⁹ *Partial award* rendue le 25 juin 1999 à Houston, Affaire CCI No. 9058 (ci-après « partial award »), disponible sur <http://italaw.com/documents/BridasICC9058FirstPartial.pdf>. Les sentences arbitrales CCI rendues sur le fond dans cette affaire en 2000 et 2001 ont condamné le Turkménistan au paiement de la somme de 495 millions USD. Les sentences CCI ont été confirmées par la Cour d'appel du 5ème district des Etat-Unis à l'encontre du Turkménistan sur le fondement de la théorie de l'*alter ego* et de la levée du voile social, *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan, et al.*, 447 F.3d 411, 419-20 (5th Cir. 2006) (ci-après « *Bridas II* »). V. Commentaire T. NELSON, « *BRIDAS v. Government of Turkmenistan: U.S. Courts Uphold an Arbitrator's Power to Hold A Foreign Sovereign Liable for the Acts of its State-Owned Enterprise* », 24 *ASA Bulletin* 3/2006, pp. 584-599.

²⁷⁰ *Ibid.*, *partial award*, pp. 15-17.

relationship »²⁷¹. Le tribunal arbitral concluait « *Insofar as any of these provisions may be characterized as obligations of the Government to JV Kemir, they also are representations by the Government to the Claimants. They are contractual commitments of the Government to the Claimants that the vehicle in which they are investing will have certain rights and privileges* »²⁷².

156. Dans *Paper Mill 2000*, l'investisseur canadien n'avait pas établi que le contrat d'EJV contenait des obligations que seul le Gouvernement Local pouvait exécuter. Au contraire, d'une part, l'engagement spécifique du Gouvernement Local était contenu dans les accords de principe, distincts du contrat d'EJV, et, d'autre part, il était argué que le Gouvernement Local s'était comporté comme le véritable partenaire local, en exécutant les engagements de ce partenaire, telle l'obligation d'apport, en lieu et place du partenaire local.

3. Incorporation par référence

157. La validité de la clause compromissoire stipulée par écrit dans un document auquel le contrat principal fait référence²⁷³ est également reconnue en droit chinois de l'arbitrage. Le droit chinois dispose que, dès lors que le contrat principal qui lie les parties stipule qu'une clause compromissoire valable, contenue dans un autre document ou contrat, s'appliquera à la résolution du litige découlant de ce contrat principal, les parties sont liées par cette clause compromissoire²⁷⁴. On remarque en droit chinois que le critère retenu est plus étroit qu'en droit français de l'arbitrage puisque que le contrat principal doit, en droit chinois, faire référence à la clause compromissoire contenu dans un document externe, alors que le droit français de l'arbitrage retient qu'il suffit que le contrat principal fasse référence au document externe²⁷⁵. Le critère du droit chinois semble plus proche de celui adopté en *common law*, notamment du droit anglais de l'arbitrage, qui énonce que la référence, faite dans le contrat à

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*, p. 19.

²⁷³ Art. 1443, Code de procédure civile ; Cass. Civ. 1^{ère}, *Bomar Oil*, 9 novembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 108, note Ch. KESSEDJIAN.

²⁷⁴ Art. 11, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006.

²⁷⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. arb.*, 1998, p. 432 note E. GAILLARD.

la clause compromissoire ou au document qui la contient, constitue une convention d'arbitrage seulement si la clause compromissoire est incorporée au contrat²⁷⁶

158. On trouve peu d'exemples d'incorporation par référence de clause compromissoire dans les sentences arbitrales examinées, à l'exception de l'affaire *Wuxi Chemical JV 1997* susvisée²⁷⁷. On remarquera que le CIETAC a utilisé la notion d'incorporation par référence, moins pour incorporer la clause compromissoire du contrat de joint venture afin de résoudre un litige né des obligations issues de la garantie dépourvue de clause compromissoire, que pour étendre, au garant A, non-signataire du contrat de joint venture, les effets de l'ensemble des obligations contenues dans le contrat de joint venture.

159. Cette possibilité n'a pas été exploitée dans *Paper Mill 2000*²⁷⁸ déjà mentionnée ci-dessus. Pour prétendre que le Gouvernement Local était également partie à l'arbitrage, la partie canadienne, se fondait notamment sur le fait que, le jour où elle avait conclu le contrat d'EJV avec Paper Mill, elle avait également conclu un certain nombre d'accords de principe avec le Gouvernement Local. Selon elle, ces accords de principe portaient sur les éléments clés de l'opération de joint venture, et contenaient des prérequis fondamentaux à la conclusion du contrat d'EJV : « *La 'Demande d'approbation sur les questions liées à Paper Mill JV, créée par Paper Mill Cie et la société canadienne X', en date du 2 août 1995 et la réponse de la municipalité montrent que le contrat d'EJV et les accords de principe sont les fondements de base auxquels les deux parties doivent se conformer* ». Le tribunal arbitral a effectivement constaté que les accords de principe contenaient des stipulations différentes de celles contenues dans le contrat d'EJV et qu'il était prévu, dans les accords de principe, que ces derniers étaient d'une portée juridique équivalente à celle du contrat d'EJV. Toutefois, le tribunal arbitral s'est contenté de constater qu'il n'existait pas de clause compromissoire entre, la défenderesse canadienne et le Gouvernement Local, signataires des accords de principe, et s'est abstenu de rechercher si la/les références au contrat d'EJV, contenues dans ces accords de principe, ne permettaient pas d'incorporer la clause compromissoire du contrat d'EJV dans les accords de principe : « *De plus, cet arbitrage a été introduit sur le fondement d'une clause d'arbitrage convenue entre la Demanderesse et la Défenderesse. Or, il n'existe pas de clause d'arbitrage entre le Gouvernement Local et la défenderesse, de sorte qu'il n'y a*

²⁷⁶ Art. 7(1) : « ... si la référence est telle qu'elle permet de faire de cette clause compromissoire une partie du contrat ».

²⁷⁷ Sentence CIETAC (15 décembre 1997) rendue à Shanghai, v. note 255 *supra*.

²⁷⁸ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*.

pas de fondement juridique qui permette d'adjoindre le Gouvernement Local comme co-demandeur »²⁷⁹.

4. Transmission de droits d'associé d'une joint venture

160. La transmission de la clause compromissoire suppose qu'une personne différente que celle qui était initialement partie à la convention d'arbitrage se voit opposer - ou entend se prévaloir de - cette convention d'arbitrage²⁸⁰. Dès lors, en cas de transmission à un tiers du contrat ou d'un droit né de ce contrat, dans quelles conditions le tiers peut-il se voir automatiquement imposer la convention d'arbitrage ? L'interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 prévoit le transfert de la convention d'arbitrage en accessoire au transfert des obligations et en accessoire au transfert d'une créance. Elle dispose que la convention d'arbitrage est opposable (i) au successeur en droit et obligation d'une partie, sauf disposition contraire dans la clause compromissoire (article 8) et (ii) au cessionnaire de toute créance et dette transférée en tout ou partie, à moins que les parties n'en aient disposé autrement, ou que le cessionnaire a clairement objecté, ou ignorait, au moment du transfert, l'existence de la clause compromissoire distincte (article 9).

161. A la fin des années 1990s, un grand nombre de sociétés chinoises constituées ont été restructurées, et une proportion importante de joint ventures a changé de détenteurs, quelquefois plusieurs fois. Les cessions de parts sociales de ces joint ventures ne comportent pas toujours de clause d'arbitrage. De plus, les cessionnaires ne ratifient pas toujours l'accord de joint venture contenant la clause compromissoire. Dans quelle condition la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture est-elle transmise au cessionnaire des parts de la joint venture, et au cessionnaire subséquent des mêmes parts ? L'affaire *Bao Yangbo c/ Chongqing Shangqiao Industries* (ci-après « *Bao* »)²⁸¹ apporte un éclairage sur les conditions d'opposabilité de la clause d'arbitrage du contrat de joint venture au cessionnaire

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 690 ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 201-207 ; P. MAYER, « La 'circulation' des conventions d'arbitrage », *JDI*, 2005.251 ; Ph. DELEBECQUE, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1991, p. 19 ; E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007, p. 704.

²⁸¹ *Bao Yangbo c/ Chongqing Shangqiao Industries Co. et al.* (Cour suprême, 27 Mai 2003) [2002] Minsi Tazi No. 39 5, publié en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 5(2003), pp. 30-42. Commenté dans HUANG et DU, « Private International Law in China 2003 », *Chinese Journal of International Law* (2008), pp. 251-253 ; Friven YEOH et Yu FU, « The People's Courts and Arbitration, a Snapshot of Recent Attitudes on Arbitrability and Enforcement », *24 Journal of International Arbitration* (2007) n° 6, pp. 635-649, en particulier pp. 642-643.

final des parts sociales de la joint venture. Ainsi, ce cessionnaire final peut-il se voir opposer la clause compromissoire du contrat de joint venture par les cessionnaires intermédiaires et par les associés d'origine de la joint venture. Dans *Bao*, M. Bao Yangbo, de Taiwan, avait conclu un contrat de joint venture, avec les sociétés chinoises Chongqing Shangqiao Industrial (Shangqiao) et Chongqing Shaping Dam District Materials (Shaping), qui comportait une clause compromissoire CIETAC, Shenzhen. M. Bao avait ultérieurement cédé ses parts au groupe Chongqing Chengguan Industrial & Development (Chengguan) tandis que, de son côté, Shaping cédait ses parts à Shangqiao et que cette dernière les cédait à son tour à Chengguang.

162. Un litige étant survenu entre M. Bao, d'une part, et Shaping, Shangqiao et Chengguang, d'autre part, M. Bao a mis en œuvre la clause compromissoire CIETAC du contrat de joint venture à l'encontre de ces trois sociétés, et demandé au tribunal arbitral de prononcer (i) l'annulation des cessions au motif qu'elles n'avaient pas été approuvées par les autorités chinoises, (ii) la restitution, par Chengguang, de la gestion de la joint venture, et (iii) sa propre réintégration comme président du conseil d'administration de la joint venture. Chengguan a contesté la compétence du CIETAC, au motif qu'elle n'était pas partie au contrat de joint venture et n'avait pas eu connaissance de la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture. Le tribunal arbitral s'est déclaré compétent à l'égard (i) des cédants des parts qui avaient été parties au contrat de joint venture (Shaping et Shangqiao) et (ii) du cessionnaire final (Chengguang), au motif que Chengguang avait accepté d'entrer dans le capital de la joint venture, devenant ainsi partie à la joint venture dans la forme et sur le fond, et qu'elle avait participé à la conduite des affaires de la joint venture. Mr. Bao a également obtenu gain de cause sur le fond et toutes les cessions de part ont été déclarées non valables par le tribunal arbitral.

163. Mr. Bao a ensuite demandé l'exécution de cette sentence arbitrale CIETAC à l'encontre de Shaping, Shangqiao et Chengguang. Dans sa décision du 27 mai 2003, la Cour suprême a confirmé la sentence arbitrale pour partie seulement. Elle a déclaré que la clause compromissoire était opposable seulement aux trois parties au contrat de joint venture, à savoir Bao, Shaping et Shangqiao, et en conséquence a confirmé la sentence du CIETAC qui avait invalidé les cessions de parts les concernant. En revanche, elle a déclaré la clause d'arbitrage du contrat de joint venture inopposable à Chengguang, au motif que cette dernière n'était pas partie au contrat de joint venture, mais cessionnaire des parts sociales. Comme

l'ont relevé les commentateurs, le refus de permettre ainsi la transmission aisée de la clause compromissoire, dans une chaîne de cession de parts, jusqu'au cessionnaire final conduit à une situation absurde, qui annule les cessions intermédiaires mais maintient la cession finale, et prive de toute portée pratique l'annulation de ces cessions intermédiaires. Sur un plan juridique, on peut s'interroger sur l'ignorance légitime du cessionnaire final quant à l'existence de la clause compromissoire, alors que ce dernier a exercé un contrôle sur la société et l'a gérée sur le fondement des obligations contenues dans le contrat de joint venture, dont l'une d'elle est l'obligation de soumettre, à l'arbitrage, les litiges nés du contrat de joint venture.

B. L'extension fondée sur le droit des sociétés

164. A l'instar des autres systèmes juridiques, le droit chinois énonce que les personnes morales jouissent des droits civils et assument les obligations civiles, en toute indépendance, conformément à la loi²⁸², que la société à responsabilité limitée et la société anonyme répondent des dettes sociales sur l'ensemble de leurs biens, la responsabilité de l'associé d'une société à responsabilité limitée étant limitée à son apport et celle de l'actionnaire de la société anonyme aux actions qu'il détient²⁸³. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'avère que la société a été créée, ou a été utilisée, par les associés au préjudice des tiers. Dans les systèmes de *common law*, les théories de la levée du voile social (*piercing the corporate veil*) et de l'*alter ego*, offrent une sanction au comportement frauduleux des associés. On examinera ci-dessous la question de la loi applicable (1) puis, la mise en œuvre de ces théories dans le cadre des litiges sino-étrangers (2 et 3).

1. La loi applicable au statut de la société

165. La théorie de la levée du voile social est couramment utilisée dans les arbitrages internationaux multipartites, aussi bien en cours d'arbitrage afin d'opposer la clause d'arbitrage aux associés de la société signataire que dans la phase d'exécution de la sentence arbitrale devant les tribunaux étatiques²⁸⁴. Toutefois, l'applicabilité de la doctrine, dont la portée n'est pas transnationale, est soumise à sa reconnaissance par le droit national auquel est soumis la société, objet de la levée du voile. En effet, l'éventuel abus de la personnalité

²⁸² Art. 36, PGDC.

²⁸³ Art. 3(2), loi sur les sociétés.

²⁸⁴ Y. KRYVOI, « Piercing the Corporate Veil in International Arbitration », 1 *The Global Business Law Review*, 169 (2010-2011).

morale est sanctionné selon les règles posées par la *lex societatis*²⁸⁵. Ainsi, dans l'affaire *Coating Equipment 2002*²⁸⁶, les demandeurs, une joint venture sino-américaine et son associé chinois, ont sollicité l'extension de la responsabilité contractuelle à six défendeurs à l'arbitrage (dont l'associé américain) sur le fondement de la théorie de *common law* de levée du voile social. Dans cette affaire, il ressort des faits que la demanderesse No. 2 et la défenderesse No. 3 avaient conclu le 15 janvier 1994 un contrat de joint venture, et que la demanderesse No. 2 avait conclu, au nom et pour le compte de la filiale commune à constituer (demanderesse No. 1), avec son associé américain (défenderesse No. 3) un contrat d'achat d'équipement d'un montant de 5,5 millions USD. Un litige était survenu dans l'exécution de ce contrat d'achat d'équipement, l'associé chinois et la joint venture ont conjointement mis en œuvre la clause compromissoire CIETAC de ce contrat, à l'encontre de l'associé américain, vendeur (défenderesse No. 3), mais également à l'encontre de cinq autres défendeurs : deux sociétés de droit américain (défenderesses Nos. 2 et 4) prétendument également parties au contrat d'achat d'équipement, d'une part, et trois personnes physiques (défendeurs Nos 1, 5 et 6)²⁸⁷, sur le fondement de la théorie de la levée du voile social, d'autre part. Le tribunal a retenu que le « *droit des Etats-Unis* » s'appliquait comme étant le « *droit du pays* » des défendeurs (à savoir la loi nationale des personnes morales et physiques concernées) : « *Pour ce qui concerne l'opposabilité aux Défendeurs Nos. 1, 2, 5 et 6 des obligations et responsabilités contenues dans le contrat d'achat d'équipement, la question-clé est la capacité des [acheteurs] d'établir leur allégation de « levée du voile social ». Conformément à la décision du Tribunal Arbitral au point 1 ci-dessus, la qualification et le statut doivent être soumis au droit de leur pays, c'est à dire, les Etats-Unis. Les [Acheteurs] sont également d'accord sur ce point* ». Le tribunal arbitral semblait disposé à examiner l'abus de la personnalité morale, selon la théorie de *common law* (*piercing the corporate veil*), contenue dans la *lex societatis*. En l'espèce, le tribunal arbitral n'a pas statué sur la demande en droit américain, faute pour les demanderesses d'avoir rapporté, devant le tribunal arbitral, la preuve du contenu du droit applicable : « *Le droit des Etats-Unis est un droit étranger pour un tribunal arbitral en Chine. La partie qui propose l'application de la loi des Etats-Unis doit*

²⁸⁵ En principe, les droits des associés, des porteurs de parts de fondateur, sont soumis à la *lex societatis*, v. Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU, R. SOTOMAYER, « Conflits de lois en droit des sociétés », *Jurisclasseur International*, fasc. 570-40, n° 70 et s.

²⁸⁶ *Coating Equipment Case*, sentence CIETAC (15 juillet 2002), disponible en anglais sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020715c1.html>.

²⁸⁷ Les défendeurs Nos 1 et 5 étaient administrateurs des sociétés défenderesses Nos. 2 et 4. Le défendeur No. 6 était *general engineer* et associé dans le capital des défenderesses Nos. 2 et 4.

supporter la charge de prouver les dispositions pertinentes du droit des Etats-Unis. Or, les [Acheteurs] n'ont pas satisfait à la charge de la preuve. Lorsque le droit américain applicable ne peut être identifié, le tribunal arbitral doit appliquer le droit du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire le droit chinois »²⁸⁸.

166. Pour le cas où la société est chinoise, ou que le tribunal décide comme ci-dessus que le droit chinois s'applique par défaut, le droit chinois ainsi désigné par la règle de conflit ne comportait pas, antérieurement à la révision de la loi sur les sociétés en 2005, de disposition relative à l'abus de personnalité morale²⁸⁹. Aussi les arbitres ont été amenés à rejeter purement et simplement une demande de levée du voile social. Dans l'affaire *Coating Equipment 2002* mentionnée ci-dessus²⁹⁰, le tribunal a appliqué le droit chinois aux entités de droit américain, faute pour les demanderessees d'avoir établi le contenu du droit américain. Dans sa sentence, le tribunal arbitral a considéré que seules les Défenderesses Nos. 3 et 4 étaient parties au contrat, et a rejeté la demande fondée sur la levée du voile social au motif que cette théorie juridique n'existait pas en droit chinois des sociétés : « *Il n'existe pas, dans la loi chinoise sur les sociétés, de disposition relative à la « levée du voile social ». En conséquence, le Tribunal Arbitral ne peut faire droit à l'allégation des [Acheteurs] que les Défendeurs Nos. 1, 2, 5 et 6 sont également parties aux obligations et responsabilités contenues dans le contrat d'achat d'équipement* ».

167. La révision de la loi sur les sociétés du 27 octobre 2005 (entrée en vigueur le 1er janvier 2006), qui a complètement remanié le texte datant de 1993, a introduit, en droit chinois, le concept de *common law* de levée du voile social en cas d'abus de personnalité morale²⁹¹. L'article 20(3) dispose : « *lorsque l'un quelconque des actionnaires d'une société cause un dommage quelconque à la société ou aux autres actionnaires en abusant des droits*

²⁸⁸ Sur le statut du droit étranger en droit chinois, v. paragr. 353 et s. *infra*.

²⁸⁹ Sur la situation juridique antérieure à l'entrée en vigueur de la loi sur les sociétés de 2005, v. FENG Jinwei, « Piercing the corporate veil », *China Law & Practice*, février 2001 ; D. ALBERT « Addressing abuse of the corporate entity in the People's Republic of China : new thoughts on China's need for a defined veil piercing doctrine », *University of Pennsylvania Journal of International and Economic Law*, 2002 23:4, 873-897 ; HUI Huang, « Piercing the corporate veil in China : where is it now and where is it heading ? », 60 *American Journal of Comparative Law*, 743 2012, pp. 770-772.

²⁹⁰ *Coating Equipment Case*, sentence CIETAC (15 juillet 2002), disponible en anglais sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020715c1.html>.

²⁹¹ HUI Huang, « Piercing the corporate veil in China : where is it now and where is it heading ? », 60 *American Journal of Comparative Law* 743 2012 ; XI Chao, « Piercing the Corporate Veil in China: How Did We Get There? » *Journal of Business Law*, No. 5, p. 413, 2011 ; SHEN Wei, « China's Dilemma: How Can a Weak Company Law Regime Support a Strong Market for International Private Equity Investments? A Real 'Piggybacking' Case », *Business Law International*, Vol. 11, No. 3, Septembre 2010.

de l'actionnaire, il est tenu d'une réparation. Quand l'un quelconque des associés d'une société se soustrait au paiement de ses dettes en abusant du statut de personne morale indépendante ou de la responsabilité limitée des actionnaires, et cause ainsi un préjudice sérieux aux intérêts d'un créancier, il répondra solidairement des dettes de la société ».

168. On examinera ci-dessous la question de la levée du voile de la personnalité morale des sociétés dans la jurisprudence étatique et arbitrale, tout particulièrement en matière d'investissements étrangers en Chine.

2. La sanction de l'abus de personnalité morale dans la jurisprudence étatique chinoise

169. Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 20(3) de la loi sur les sociétés de 2005, il semble que le mécanisme, permettant de déclarer une société fictive, reposait plutôt sur la recherche d'une irrégularité formelle dans la constitution de la société, que sur la recherche d'un dommage causé aux créanciers de la société et d'un recours abusif à une forme sociale. La décision *US Minmetals, Inc. c/ Xiamen United Development (Group) Co.*²⁹², rendue par la Cour suprême un an avant l'entrée en vigueur en 2006 de l'article 20(3) de la loi sur les sociétés, illustre la réponse judiciaire apportée alors à une demande fondée sur un abus de personnalité morale. Une société incorporée dans l'Etat du New Jersey, US Minmetals Inc., – après avoir cherché en vain à exécuter une sentence arbitrale contre la partie chinoise condamnée (U&D Trading) – tentait, devant les tribunaux chinois, d'opposer cette sentence à une autre entité chinoise (Xiamen U&D), sur le fondement de la responsabilité pour abus de personnalité morale. Une CJV, dénommée United Development Co. Ltd. (ultérieurement, Xiamen U&D), au capital social de 250 millions de RMB, avait été constituée par contrat de joint venture conclu le 2 septembre 1983 à Xiamen entre des investisseurs chinois et des banques de Hong Kong et de Macao. La CJV, Xiamen U&D, avait été immatriculée le 18 octobre 1983. En 1986, Xiamen U&D déposait un rapport sur l'activité d'une autre entité chinoise constituée en 1984, dénommée U&D Trading, sans investissement étranger, et sollicitait des autorités l'autorisation que U&D Trading d'adopte la forme d'une entreprise d'Etat. Xiamen U&D déclarait dans ce rapport : « Depuis le 30 octobre 1984, lorsque [Xiamen U&D] a été créée avec l'approbation de votre Commission [...], cette société a géré ses affaires sans heurt et a généré, par l'export en 1985, 3.3 millions de dollars US de

²⁹² *US Minmetals, Inc. c/ Xiamen United Development (Group) Co.* (Cour suprême, 4 janvier 2005), Jugement No. 4 (2004) de la 4^{ème} chambre civile, traduction anglaise in *Chinese Journal of International Law* (2008), Vol. No. 1, pp. 257-266.

revenus en devises étrangères. Bien que le capital de la [nouvelle] société provienne d'une allocation de United Development Co., elle ne comporte aucun actionnariat étranger. Afin de distinguer entre les EJV et des entreprises détenues par l'ensemble du peuple, nous sollicitons par la présente la création de la société Xiamen United Development Import & Export Trading Company. Elle sera une société détenue par l'ensemble du peuple, dotée d'un système comptable indépendant et assumant complètement ses profits et pertes ». La demande d'immatriculation de Xiamen U&D (devenue ultérieurement U&D Trading) fut accordée et elle obtint sa licence import-export en qualité de société détenue par l'ensemble du peuple²⁹³.

170. Ultérieurement, entre août et octobre 1992, Minmetals a conclu neuf contrats de vente d'aluminium avec U&D Trading. A la suite d'un litige, Minmetals a mis en jeu la convention d'arbitrage CIETAC, contenue dans ces contrats de vente, à l'encontre d'U&D Trading pour paiement du prix de vente. Dans une sentence arbitrale CIETAC du 6 novembre 1995 (inédate), le tribunal arbitral a condamné d'U&D Trading à payer à Minmetals la somme de 7.495.343 USD. Lors de la procédure d'exécution en Chine de cette sentence à l'encontre d'U&D Trading Co, il s'est avéré que cette dernière ne disposait d'aucun actif permettant l'exécution de cette sentence, à raison des graves pertes qu'elle avait subies. De plus, le droit d'exercice d'U&D Trading avait été révoqué en 1998 et sa licence résiliée en 2001. Minmetals a alors intenté, en 2003, une action devant les tribunaux chinois afin de mettre en jeu la responsabilité conjointe de la joint venture Xiamen U&D.

171. Dans son arrêt du 4 janvier 2005, la Cour suprême a en réalité examiné la régularité formelle de la constitution d'U&D Trading et a, au vu de ce seul critère et en l'absence d'autre élément de preuve, rejeté toute allégation de fraude dans la constitution de U&D Trading par la joint venture Xiamen U&D. La cour a relevé que le principal objectif de l'action de *Minmetals Inc.* était de contester la personnalité morale d'U&D Trading. S'inspirant en partie de la définition de l'article 20(3) de la loi sur les sociétés de 2005 (pas encore en vigueur), la Cour suprême a formulé les critères suivants afin de qualifier un abus de personnalité morale : « *Quand un actionnaire abuse de la personnalité morale et viole les intérêts de la société et des créanciers de la société, derrière le voile de la société à responsabilité limitée, cela signifie en réalité que l'actionnaire transfère les biens, se soustrait aux dettes et crée une nouvelle société avec ces biens, retire son capital après la création de*

²⁹³ Le terme d'entreprise « détenue par l'ensemble du peuple » a, dans la loi sur les entreprises d'Etat de 1993, été remplacé par celui d'entreprise « d'Etat ».

la nouvelle société, opère une confusion entre les biens de la société et ceux de l'actionnaire, ou interfère arbitrairement dans les affaires de la société et fait du droit de la société à une gestion indépendante un droit purement théorique ». Au vu de ces critères, on constate que la définition va au-delà de la définition légale d'abus de personne morale, et s'apparente également à celle de l'*alter ego*²⁹⁴. La Cour suprême s'est également fondée sur le principe selon lequel l'acquisition de la personnalité morale en Chine reposait sur un processus d'enregistrement et de vérification de nature administrative : *« Dans le système de l'administration de l'enregistrement des sociétés, la Chine a principalement recours à l'enregistrement des entreprises auprès de l'AIC afin de déterminer l'étendue de l'application de la responsabilité limitée. Le fondateur ou l'investisseur de toute entreprise enregistrée comme personne morale ne supporte qu'une responsabilité limitée sur les dettes de l'entreprise. Du point de vue de l'administration de la société, en enregistrant les entreprises personnes morales, l'AIC n'est pas en mesure de procéder à un examen de fond et rigoureux de toutes les entreprises sollicitant une sociétéisation, afin de rechercher si elles ont la qualification de personne morale. Afin de prévenir les abus de responsabilité limitée, les éléments seuls formels sont insuffisants et des éléments de fond sont requis »*.

172. Cumulant ces deux principes (définition de l'abus de personne morale et approbation administrative de la qualification de personne morale), la Cour suprême a rejeté l'allégation d'abus de personnalité morale : *« Les faits de l'espèce montrent que tant le processus de création que la modification du capital social de U&D Trading ont été approuvés par l'autorité étatique compétente. Minmetals Inc. n'a aucune preuve qui démontre que Xiamen U&D a transféré des biens et s'est de mauvaise foi soustraite à ses dettes, ou qui démontre que Xiamen U&D a retiré son capital. De plus, Minmetals Inc. a été en relation commerciale avec U&D Trading six années après la création de cette société. En conséquence, aucun élément de fait ne permet de contester la personnalité morale de U&D Trading »*.

173. Cette décision, rendue au visa de l'article 36(1) des PGDC et de l'article 3(2) de la loi sur les sociétés de 1993, avait également pour objet de poser le principe de l'indépendance de la personnalité morale d'une société chinoise dans un contexte juridique de systématisation de

²⁹⁴ *« A corporation used by an individual in conducting personal business, the result being that a court may impose liability on the individual by piercing the corporate veil when fraud has been perpetrated on someone dealing with the corporation »*, *Black's Law Dictionary*, 8^{ème} édition, Saint Paul, Etats-Unis, Thomson West, 2004.

la sociétéisation des activités économiques²⁹⁵. Plus encore, la société dont il s'agissait de lever le voile, U&D Trading, était devenue une société d'Etat, et non une société dont le capital était détenu par des personnes physiques ou d'autres personnes morales. Xiamen U&D, bien que fondatrice d'U&D Trading, bien qu'ayant financé l'entreprise, ne détenait plus son capital social. Le caractère public de la propriété du capital des sociétés d'Etat ne le permet pas²⁹⁶. La détention du capital d'une société d'Etat rend par ailleurs très difficile la levée de la personnalité morale, car la responsabilité de l'Etat serait engagée. C'est une des difficultés à laquelle Minmetals était confrontée, elle avait contracté six ans après sa création avec une société d'Etat et elle ne demandait pas la mise en cause du détenteur du capital social, mais celle de son « *sponsor* », ou fondateur.

174. Comme l'a relevé HUI Huang dans son analyse de la jurisprudence rendue en application de l'article 20(3) de la loi sur les sociétés de 2005²⁹⁷, sur les 96 décisions judiciaires rendues entre 2006 et 2010 et publiées, les sociétés d'Etat, malgré leur importance dans la vie économique, ont paradoxalement été assez isolées des procédures fondées sur une levée du voile social. Parmi les décisions qu'il a analysées, HUI Huang n'a recensé qu'une espèce rendue en 2010, *entreprise de bourg de village Heluo de la ville de Gongyi (Henan) c/ Liu Baoshen et autres*, qui concerne en réalité une société collective, et non une société d'Etat²⁹⁸. Dans cette affaire, le tribunal intermédiaire de Zhengzhou a ordonné la levée du voile social de la société collective, et engagé la responsabilité du gouvernement local au motif que la société détenue par le gouvernement local avait été dissoute afin de se soustraire au paiement des dettes sociales.

3. La sanction de l'abus de personnalité morale dans les sentences arbitrales chinoises

175. En raison du caractère récent de l'affirmation de la notion de personnalité morale (art. 36, PGDC ; art. 3(2), loi sur les sociétés de 1993) et celui, encore plus récent, de l'adoption de la théorie de la levée de la personnalité morale, les sentences arbitrales publiées, remettant en cause l'indépendance de la personnalité morale du partenaire chinois, sont pratiquement

²⁹⁵ V. Seconde partie *infra*.

²⁹⁶ Sur la détention du capital dans les sociétés d'Etat, v. paragr. 398 et s. *infra*.

²⁹⁷ HUI Huang, « Piercing the corporate veil in China : where is it now and where is it heading ? », 60 *American Journal of Comparative Law* 743 2012.

²⁹⁸ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 2010, Zheng Minsi Zhongzi No. 922, décision citée par HUI Huang, « Piercing the corporate veil in China : where is it now and where is it heading ? », 60 *American Journal of Comparative Law* 743 2012, p. 773. Sur la distinction entre entreprise collective et entreprise d'Etat, V. paragr. 409 *infra*.

inexistantes. Bien que les entreprises d'Etat soient les partenaires chinois privilégiés des joint ventures sino-étrangères, les investisseurs étrangers ne semblent pas avoir cherché à lever le voile de la personnalité d'une société d'Etat ou d'une société collective, afin de mettre en cause la responsabilité du gouvernement central ou local. La sentence arbitrale *Paper Mill 2000*²⁹⁹ est un des rares exemples dans lequel un investisseur étranger a contesté, devant des arbitres, l'indépendance de la personnalité morale de son associé, une entreprise d'Etat, et tenté d'opposer la clause compromissoire et les autres obligations du contrat de joint venture à un gouvernement local. L'investisseur canadien alléguait que son partenaire, Paper Mill XX était la « couverture » (coquille) (*waike*, 外壳) du Gouvernement Local, qu'elle était contrôlée financièrement et administrativement par le Gouvernement Local, et que ce dernier représentait l'entreprise d'Etat au sein de la joint venture. L'investisseur canadien arguait également que le Gouvernement Local avait en réalité fait apport, à la joint venture, de l'ensemble des actifs de l'entreprise d'Etat Paper Mill XX, à tel point que Paper Mill XX ne disposait plus d'aucun actif lui permettant de survivre, après la conclusion du contrat d'EJV : « Lorsque l'EJV a été créée, la Demanderesse n'était que la coquille du Gouvernement Local. A l'origine, la Demanderesse était une petite usine appartenant au district. Le Gouvernement Local a décidé d'agrandir l'usine et d'augmenter la production annuelle qui s'élevait à 11.000 tonnes de papier. En 1992, il a débuté la construction, qui n'était financée que par un prêt bancaire. Lorsque l'EJV a été créée, la totalité des actifs de la Demanderesse (locaux, équipements, etc., évalués à 570.000 RMB) ont été inclus dans l'apport du Gouvernement Local »³⁰⁰. L'investisseur canadien ajoutait que l'entreprise d'Etat n'était pas représentée par les personnes physiques mandatées par elle, mais mandatées par des représentants du Gouvernement Local³⁰¹. Paper Mill XX contestait cette allégation et affirmait être restée une personne morale indépendante au motif qu'elle avait été dûment enregistrée, qu'elle détenait un capital social, et qu'elle avait elle-même effectué les apports à la joint venture³⁰².

²⁹⁹ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin. v. note 214 *supra*. Traduction de l'auteur.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ « Les administrateurs représentant le partenaire chinois se divisaient entre dirigeants du Gouvernement Local, du comité du parti communiste chinois et membres de l'Assemblée populaire nationale. La personne qui a signé le contrat d'EJV pour le partenaire chinois cumule la qualité de directeur de l'entreprise d'Etat Paper Mill XX et de directeur-assistant du Gouvernement Local. Ceci démontre que le partenaire chinois est le Gouvernement Local et non la Demanderesse ». *Ibid.*

³⁰² « La Demanderesse est une entreprise de taille importante, établie et enregistrée conformément à la loi. En 1995, avant la création de l'EJV, ses actifs étaient valorisés à 30 M RMB. Lors de la constitution de l'EJV, outre le capital social, elle a également fait apport de locaux, d'équipement et de numéraires, d'un montant de 12 M RMB sous forme d'un crédit (sans compter la réduction de 10 M RMB fait à l'EJV conformément à la « politique

176. Le tribunal arbitral a constaté qu'une relation étroite (*miqie de guanxi*, 密切的关系) liait l'entreprise Paper Mill XX au Gouvernement Local, relation qui avait joué un rôle important pour la conclusion du contrat de joint venture, et avait pu justifier l'allégation de l'investisseur étranger³⁰³. Le tribunal arbitral s'est ensuite abstenu d'examiner la contestation de l'investisseur canadien, relative à l'absence de personnalité morale distincte et indépendante, à savoir l'absence de patrimoine propre de Paper Mill XX, l'absence de comptabilité distincte, le caractère fictif de l'autonomie de gestion de Paper Mill XX à raison de (i) la triple qualité des administrateurs chinois de la joint venture, également dirigeants du gouvernement local, membre du Comité du parti communiste chinois et membres de l'Assemblée populaire nationale, et de (ii) la double qualité du signataire du contrat de joint venture pour la partie chinoise Paper Mill XX, exerçant à la fois la fonction de directeur de Paper Mill XX et celle d'assistant-directeur du gouvernement local. Le tribunal arbitral n'a pas recherché si ces éléments pouvaient justifier l'assimilation de la société d'Etat à une émanation du gouvernement local chinois, en raison d'une indépendance insuffisante. Le tribunal arbitral s'est contenté, par un raisonnement peu convaincant, similaire à celui que l'on retrouve dans la décision *US Minmetals, Inc. c/ Xiamen United Development (Group) Co*, de confirmer que Paper Mill XX était dotée d'une personnalité morale distincte, puisqu'elle qu'elle avait respecté la procédure de vérification administrative annuelle des entreprises personnes morales³⁰⁴.

177. Les rares occasions dans lesquelles les juridictions étrangères ont été sollicitées afin d'examiner la relation entre une société d'Etat chinoise et la RPC n'ont pas été plus fructueuses. Dans *First Investment Corporation c/ Fujian Mawei Shipbuilding, Ltd, Fujian Shipbuilding Industry Group Corp., and the People's Republic of China*³⁰⁵, la demanderesse tentait d'exécuter aux Etats-Unis une sentence arbitrale d'un montant de 26 millions USD,

de faveur »). Le statut juridique de la Demanderesse, en tant que personne morale indépendante, n'a pas été affecté par la constitution de l'EJV. De 1995 à 1999, elle s'est conformée à l'inspection annuelle des entreprises personnes morales. Elle a été également constituée conformément à toutes les conditions requises d'une personne morale, énoncées à l'article 37 des PGDC ». Ibid.

³⁰³ « Au vu des faits vérifiés par le tribunal arbitral, le Gouvernement Local et la Demanderesse étaient étroitement liés ce qui a joué un rôle important dans le processus de signature de contrat d'EJV. Pour cette raison, la Défenderesse soutient que le Gouvernement Local est le réel partenaire chinois ». Ibid.

³⁰⁴ « De plus, selon les preuves produites par la Demanderesse, la création de l'EJV n'a pas affecté son rôle comme personne morale indépendante. De 1995 à 1999, chaque année, elle s'est soumise à la vérification de l'entreprise personne morale, et a entièrement rempli les conditions posées à l'article 37 des PGDC, et a une existence juridique. Ainsi, les allégations du défendeur selon lesquelles la Demanderesse n'aurait pas survécu, après la constitution de l'EJV ne sont pas en cohérence avec les faits »

³⁰⁵ No. 12-30377 (5th Cir. 2006), revised decision du 17 février 2013.

rendue le 19 juin 2006 à Londres par un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la *London Maritime Arbitrators Association*, à l'encontre des deux sociétés d'Etat chinoises, Fujian Mawei Shipbuilding Ltd. (Mawei) et Fujian Shipbuilding Industry Group Corp. (FSIGC), parties au contrat litigieux et défenderesses dans la procédure l'arbitrage, d'une part, et à l'encontre de la RPC, qui n'avait pas été partie à la procédure arbitrale, d'autre part. First Investment entendait exécuter la sentence à l'encontre de l'Etat chinois au motif que les deux sociétés d'Etat chinoises étaient l'*alter ego* de la RPC³⁰⁶. First Investment Corporation prétendait que FSIGC était détenue en totalité par la RPC et qu'une agence de la RPC (*branch of the PRC*) désignait les membres de son conseil d'administration et les cadres supérieurs de FSIGC, et exerçait les droits d'actionnaire.

178. La district court a relevé que dans les déclarations produites par First Investment, il était également concédé que FSIGC était détentrice de l'autorité opérationnelle et directionnelle ; que le directeur juridique de FSIGC avait déclaré que les salariés de FSIGC étaient payés par FSIGC et non par la RPC, que FSIGC déposait des états financiers indépendants ; que la RPC n'avait fourni aucun financement en dehors de celui récolté par la vente des actions de FSIGC ; que les administrateurs de FSIGC agissaient dans le meilleur intérêt de FSIGC ; que FSIGC était responsable de ses propres dettes, lesquelles n'étaient ni réglées ni garanties par la RPC ; et que FSIGC gérait ses propres opérations quotidiennes sans le concours de la RPC.

179. La district court a estimé que l'actionnariat unique de la RPC dans FSIGC ne permettait pas, en l'absence d'autres éléments démontrant la manipulation par l'Etat à son profit d'une forme sociale susceptible de causer un préjudice aux tiers, d'établir une relation d'*alter ego* entre la RPC et chacune des sociétés d'Etat : « *Comme précédemment établi, le simple fait qu'un gouvernement détient 100 % des actions d'une société n'est pas suffisant pour établir un contrôle [...]. Les déclarations ne fournissent pas non plus d'indication que les représentants (officers) de FSIGC agissaient dans l'intérêt de la RPC et contrôlaient les opérations au jour le jour de FSIGC pour le compte de la RPC. Les déclarations n'établissent pas non plus une quelconque injustice qui découlerait du fait de respecter la forme sociale de FSIGC.*

³⁰⁶ Sur l'utilisation de la théorie de l'*alter ego*, devant les arbitres et dans la phase d'exécution des sentences arbitrales, afin d'opposer les clauses compromissoires et les sentences arbitrales aux Etats non signataires, v. TYLER, T., KOVARSKY L., STEWART R., « Beyond consent : applying alter ego and arbitration doctrines to bind sovereign parents », in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 149-188.

*First Investment n'a pas non plus présenté d'éléments d'équité (equitable considerations) suffisants pour contester l'identité sociale de FSIGC. [...] First Investment doit montrer comment la RPC a manipulé la forme sociale de FSIGC pour commettre une fraude ou une illégalité. Voir *Bridas UU*, 447, F.3d à 417 (l'imposition de l'interdiction d'export relevait de l'exercice de pouvoirs souverains qui ont pu causer un dommage au demandeur, mais « il ne s'agissait pas d'un dommage fondé sur un détournement de la forme sociale »). Dans la présente affaire, First Investment a échoué à démontrer que la RPC utilisait la forme sociale de FSIGC pour manipuler les circonstances, de sorte à pouvoir faire une chose qu'il ne lui aurait autrement pas été possible de faire. First Investment n'a pas non plus pas montré que la RPC protégeait FSIGC d'une sentence arbitrale adverse au motif que le fardeau réel de cette sentence pèserait sur la RPC. La seule preuve qu'avance First Investment est que la RPC est l'unique actionnaire de FSIGC. Comme exposé précédemment, ceci est insuffisant pour établir une relation d'alter ego. [...]*

*Tout comme la détention par la RPC de 100% de l'actionnariat de FSIGC est insuffisante à établir le degré nécessaire de contrôle en application de l'arrêt *Bancec*, la participation majoritaire de FSIGC au capital de Mawei est également insuffisante à démontrer que la RPC, à travers FSIGC, contrôlait Mawei et a créé une relation d'alter ego. [...] Pour les raisons déjà exposées, First Investment n'a pas non plus montré que la RPC a manipulé la forme sociale de Mawei pour commettre une fraude ou une injustice ».*

180. L'étendue *ratione personae* du consentement à l'arbitrage est une matière du droit chinois de l'arbitrage en construction car elle doit concilier deux principes récents - l'affirmation de l'existence d'une personnalité juridique indépendante et l'effet relatif des contrats - avec la pratique complexe des joint ventures, qui suppose souvent la participation de non-signataires. Cette difficulté est accrue lorsque le litige met en cause une pluralité de contrats, conclus entre les associés de la joint venture ou avec des tiers.

§ 2 L'étendue *ratione materiae* du consentement

181. La compétence du tribunal arbitral est également limitée par la matière que les parties sont convenues de lui soumettre. Le tribunal arbitral ne peut trancher au-delà des questions que les parties ont accepté de voir trancher par voie d'arbitrage. Les parties sont libres de décider des questions qui seront soumises à l'arbitrage, dans la limite de l'arbitrabilité objective, définie par la loi applicable à la convention d'arbitrage, à savoir, en droit chinois de

l'arbitrage, les « *litiges contractuels et les autres litiges relatifs aux droits et intérêts patrimoniaux* »³⁰⁷. L'analyse par les tribunaux arbitraux de l'accord des parties, sous le contrôle des juridictions étatiques, montre que le champ des litiges acceptés par les tribunaux arbitraux reste limité, qu'il s'agisse de litiges nés d'un contrat unique (A), de litiges issus d'une pluralité de contrats (B) ou de litiges incluant des questions non contractuelles (C).

A. L'appréciation *ratione materiae* des litiges soumis à la clause compromissoire

182. Les tribunaux chinois examinent deux types de contestations dans le cadre du contrôle de la compétence arbitrale *ratione materiae*. Tantôt la contestation porte sur la compétence *ratione materiae* du centre d'arbitrage, tantôt elle porte sur l'étendue *ratione materiae* de la convention d'arbitrage soumise aux arbitres.

1. La compétence *ratione materiae* de l'institution d'arbitrage

183. Dans le premier cas, la vérification de la compétence *ratione materiae* du centre d'arbitrage consiste à comparer la nature des litiges soumis aux arbitres avec l'étendue des litiges que le centre d'arbitrage est habilité à connaître. La contestation de la compétence d'attribution du centre d'arbitrage s'apparente à la contestation de la compétence *ratione materiae* que l'on peut relever dans les litiges, tels que ceux soumis au CIRDI, aux termes de laquelle l'Etat défendeur conteste la compétence du CIRDI, limitée aux litiges relatifs à un « investissement », au motif que le litige n'est pas « *en relation directe avec un investissement* ». En effet, la compétence d'attribution du CIRDI est limitée aux litiges relatifs aux investissements³⁰⁸. Qu'il s'agisse d'arbitrage fondé sur un contrat, ou sur une disposition législative, ou encore sur un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement, le litige que l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil sont convenus de porter devant le CIRDI ne relève de la compétence du CIRDI que pour le cas où il porte sur un investissement. Sont dès lors exclus de la compétence du CIRDI, les litiges en matière commerciale ou financière. La décision de compétence du CIRDI, fondée sur la qualification d'investissement, n'est pas soumise au contrôle *a posteriori* des juridictions étatiques, les sentences rendues sous l'égide du CIRDI n'étant soumises ni au recours en annulation devant les tribunaux étatiques du siège, ni aux stipulations de la Convention de New York en matière d'exécution des sentences. La compétence *ratione materiae* du CIRDI n'est donc examinée que par le

³⁰⁷ Art. 2, loi sur l'arbitrage.

³⁰⁸ Art. 25, Convention de Washington du 18 mars 1965.

Secrétariat du CIRDI d'une part, et le tribunal arbitral, et le cas échéant le comité *ad-hoc* du CIRDI en cas de recours, d'autre part.

184. En droit chinois de l'arbitrage, l'arbitrage institutionnel étant la norme, la contestation de la compétence des arbitres peut emprunter la voie d'une contestation de la compétence d'attribution de la commission d'arbitrage, désignée par les parties dans la convention d'arbitrage, au motif que le litige n'entre pas dans la compétence d'attribution de cette commission d'arbitrage. Deux décisions judiciaires, respectivement du tribunal intermédiaire de Zuzhou et de la Cour suprême, témoignent de l'incohérence des solutions dégagées dans l'appréciation de l'étendue de la compétence de l'institution d'arbitrage au regard du litige soumis à cette institution.

185. Dans la première affaire, *Hôpital Municipal de Zhuzhou c/ M. Ding*³⁰⁹, un litige avait été porté par M. Ding contre l'Hôpital Municipal de Zhuzhou (l'« Hôpital »), en exécution d'un compromis d'arbitrage, devant la commission d'arbitrage de Zhuzhou. La sentence avait constaté la responsabilité, pour produit défectueux, de l'Hôpital. Ce dernier avait alors formé un recours en annulation contre la sentence, devant le tribunal intermédiaire de Zhuzhou, au motif que le tribunal arbitral avait statué sur des litiges délictuels qu'il n'était pas autorisé à trancher. Le tribunal intermédiaire de Zhuzhou s'est fondé sur la définition de la compétence *ratione materiae* de la Commission d'arbitrage de Zhuzhou contenue dans son règlement d'arbitrage, qui prévoit qu'elle est compétente pour trancher les « *litiges relatifs à l'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accidents de la route, ainsi que les autres préjudices matériels* »³¹⁰. Le tribunal a estimé que tout litige en dehors du champ d'application, ainsi défini dans le règlement d'arbitrage, devait être exclu. Après avoir constaté, au vu des faits de l'espèce, que les deux types de litiges concernés, à savoir responsabilité pour produit défectueux ou dommage corporel, entraient tous deux dans le champ de la compétence d'attribution de la Commission d'arbitrage de Zhuzhou visé à l'article 3 de son règlement, le tribunal intermédiaire de Zhuzhou a confirmé la sentence arbitrale.

³⁰⁹ *Hôpital Municipal de Zhuzhou c/ M. Ding* (Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, 2009) Zhu Zhing Fa Min Te Zi n° 5, résumé par LIN Yifei, « Judicial Review of Arbitration Agreements in China », *Arbitration International*, Volume 28 (2012), Issue 2, p. 251.

³¹⁰ « [...] *disputes relating to compensation for personal injury damages arising from traffic accidents, as well as other related property damages* » (art. 3, règlement d'arbitrage de la Commission d'arbitrage de Zhuzhou).

186. Si cette décision est conforme, il est permis de penser que la solution retenue par la Cour suprême dans une seconde affaire plus ancienne, *Misuer 2002*³¹¹, relative à l'appréciation de la compétence *ratione materiae* du CIETAC, repose sur un raisonnement erroné. Dans cette affaire, un litige avait été porté devant le CIETAC par les trois partenaires chinois d'une joint venture à l'encontre de leur partenaire étranger, Simuer. Dans sa sentence finale rendue le 30 juillet 1996 (non publiée), le tribunal arbitral, constitué sous l'égide du CIETAC, a condamné ces trois partenaires chinois à verser une compensation à Misuer. Les trois partenaires chinois ont alors formé un recours en annulation devant le tribunal intermédiaire de Shenzhen au motif, notamment, que la sentence arbitrale portait sur un litige de nature délictuelle, litige non couvert par le champ de la clause compromissoire et en conséquence en dehors de la compétence du tribunal. La Cour suprême a décidé que, dans sa sentence finale rendue le 30 juillet 1996 (non publiée), le tribunal avait statué en matière délictuelle, ce qui excédait le champ de compétence du CIETAC, au vu de l'article 2 de son règlement d'arbitrage. Or, si l'on examine le règlement d'arbitrage alors en vigueur, qu'il s'agisse du règlement provisoire CIETAC ou du règlement d'arbitrage du CIETAC 1995, l'article 2 prévoit que le CIETAC « [...] *résout, de manière indépendante et impartiale par voie d'arbitrage, les différends résultant de transactions commerciales et économiques de nature contractuelle et non contractuelle* [...] »³¹². Or, comme le relevait un auteur³¹³, les litiges de nature non-contractuelle sont bien inclus dans la compétence d'attribution du CIETAC, de sorte que la décision de la Cour suprême est mal fondée. C'est en revanche au regard de l'appréciation de l'étendue *ratione materiae* du consentement des parties et de la formulation de la clause compromissoire que la Cour suprême aurait pu trouver à exclure le litige, mais elle n'a pas abordé ce point.

³¹¹ *Misuer Co., Ltd. c/ Shenzhen Guangxia Culture and Industry Corporation, Ningxia International Islamic trust and Investment Company, Shenzhen Xingqing Electronics Company* (Cour suprême, 20 avril 2002), refusant l'exequatur d'une sentence CIETAC, v. Von WUNSCHHEIM, *op. cit.*, App. D-15.

³¹² V. Règlement d'arbitrage CIETAC 2005 : « *différends résultant de transactions commerciales et économiques de nature contractuelle et non-contractuelle* » (Art. 2). L'art. 3 « Compétence » du règlement CIETAC 2012 dispose que « *CIETAC accepts cases involving [...] contractual or non-contractual disputes, based on an agreement of the parties [...]* ».

³¹³ Von WUNSCHHEIM, *op. cit.*

2. L'étendue des litiges couverts par la convention d'arbitrage

187. Dans le second cas, la contestation de compétence devant l'arbitre ou devant les juridictions étatiques porte sur l'étendue *ratione materiae* de la convention d'arbitrage soumise aux arbitres.

188. Le droit chinois des investissements étrangers et le droit chinois de l'arbitrage comportent des dispositions relatives à l'étendue du consentement des parties. La loi relative aux EJV adopte une formulation neutre qui étend le consentement des parties aux « *différends surgis entre les parties* » qui ne pourraient pas être réglés par voie de consultations ou au sein du conseil administration³¹⁴. Toutefois, l'étendue du consentement autorisé par le règlement d'application de la même loi sur les EJV est limitée au litige de « *l'interprétation et l'exécution* » du contrat, omettant ainsi celui de la validité du contrat : « *les litiges découlant de l'interprétation ou de l'exécution de l'accord, du contrat ou des statuts entre les parties à la joint venture* »³¹⁵. La loi sur les CJV comporte une formulation encore plus restrictive puisqu'elle limite le consentement au seul litige découlant de l'exécution du contrat de CJV³¹⁶.

189. Les clauses compromissoires types proposées par le CIETAC et par la BAC comportent une formulation plus générale de l'étendue des litiges couverts, « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci...* », et qui ne se limite pas aux litiges relatifs à « *l'interprétation et à l'exécution* » du contrat. Cette formulation large, sans référence à la typologie des litiges, est identique à celle de la clause-type CCI : « *Tout différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci...* ».

190. L'examen des quelques clauses compromissoires, citées dans les sentences arbitrales rendues en matière de joint venture, révèle trois types de rédaction :

³¹⁴ Art. 15, loi sur les EJV.

³¹⁵ Art. 109, décret d'application 1983 de la loi sur les EJV, désormais art. 97, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV.

³¹⁶ L'art. 26 de la loi sur les CJV dispose « *tous différends entre la partie chinoise et la partie étrangère découlant de l'exécution du contrat ou des statuts d'une CJV [...]* ».

- quelques clauses reprennent la formulation des clauses types CIETAC ou CCI : « *tout litige découlant ou en relation avec le contrat* »³¹⁷ ;
- une clause compromissoire, contenue dans un contrat de cession de parts de CJV de décembre 1994, adopte la formulation contenue dans la loi sur les CJV : « *tout litige découlant de l'exécution du contrat* »³¹⁸ ;
- enfin, un plus grand nombre de clauses compromissoires, tant dans les contrats relatifs aux EJV qu'aux CJV, adoptent, en les combinant, une partie de la formulation contenue dans la réglementation chinoise relative aux CJV, « *les litiges découlant de l'exécution du contrat* », et une partie de la clause-type CIETAC, « *en relation avec le contrat* » :

*« La clause d'arbitrage contenue dans le contrat d'EJV stipule que tout différend découlant de l'exécution du contrat ou en relation avec le contrat devra être résolu par une négociation amiable et qu'en cas d'échec, les parties soumettront le litige au CIETAC pour arbitrage. La sentence sera finale et revêtra un caractère obligatoire pour les parties. La partie qui succombera supportera les coûts de l'arbitrage »*³¹⁹.

*« La clause d'arbitrage contenue dans le contrat de CJV stipule que tous différends découlant de l'exécution du contrat ou en relation avec le contrat seront résolus par des négociations amiables entre les parties, et qu'en cas d'échec chaque partie pourra, dans un délai de 60 jours à compter de la négociation, saisir le CIETAC pour un arbitrage selon son règlement d'arbitrage. La sentence sera finale et revêtra un caractère obligatoire pour les parties. Tous les coûts de l'arbitrage seront supportés par la partie succombante ou selon la répartition décidée par le tribunal arbitral. Toute sentence du tribunal arbitral devra pour être exécutée par tout tribunal compétent au regard de la partie condamnée ou du lieu de situation des actifs de la partie condamnée. Pendant la durée du litige, les autres stipulations contractuelles non litigieuses continueront d'être exécutées »*³²⁰.

³¹⁷ *Guangzhou Deying JV 1998*, sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73, clause compromissoire insérée dans un contrat de CJV en date du 20 décembre 1993 ; *The Real Estate Construction and Management JV 1998*, sentence CIETAC (2 avril 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 137, clause compromissoire insérée dans un contrat de CJV en date du 18 Novembre 1994.

³¹⁸ *The Transfer of JV Equity Share Case 1998*, sentence CIETAC (22 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 98, traduction de l'auteur.

³¹⁹ *Resin Product JV Case 1998*, sentence CIETAC (18 novembre 1994) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168, traduction de l'auteur.

³²⁰ *Guangzhou XX Building JV Case 1999*, sentence CIETAC (1er avril 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375, traduction de l'auteur.

« *La clause d'arbitrage du contrat d'EJV stipule que tout différend découlant de l'exécution du contrat ou en relation avec le contrat devra être résolu par des négociations amiables entre les parties, faute de quoi les parties devront recourir à l'arbitrage de la sous-commission de Shenzhen du CIETAC, selon le règlement d'arbitrage du CIETAC. La sentence sera finale et revêtra un caractère obligatoire pour les parties. La partie succombante supportera les coûts de l'arbitrage* »³²¹.

191. La clause compromissoire CCI insérée dans le contrat de joint venture, relatif à la sentence rendue dans l'affaire *Hemofarm DD, MAG Intertrate Holding DD et Suram Media Ltd. c/ Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd (Yongning)* adopte également cette formulation hybride, et stipule : « *Any disputes arising from the execution of, or in connection with the joint venture contrat [...]* »³²². Il semble, au vu des clauses compromissoires précitées, que la pratique adjoint, dans le texte, la clause-type recommandée par la commission d'arbitrage, afin de pallier le consentement étroit à l'arbitrage prévu dans la réglementation relative aux joint ventures sino-étrangères. On examinera ci-après la portée de ces formulations.

- *Pour ce qui concerne la formulation restrictive*

192. Le droit français de l'arbitrage interne et international fait une application large des formulations restrictive en se fondant sur l'effet utile de la convention et en recherchant la volonté réelle des parties au delà sans s'en tenir au sens littéral des termes³²³. Ainsi la formulation telle que « *litiges survenus l'occasion de l'exécution du contrat* » est interprétée par la jurisprudence comme incluant les demandes de dommages-intérêts pour résiliation abusive du contrat³²⁴ et la formulation ne visant que l'interprétation et l'exécution, inclut le litige de la validité du contrat³²⁵. Le droit chinois de l'arbitrage ne préconise pas une telle interprétation large de la formulation restrictive. Comme le souligne TAO Jingzhou³²⁶, le

³²¹ *XX Boutique JV Case 1999*, sentence CIETAC (6 avril 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375 ; *Real Estate JV Case 1999*, sentence CIETAC (10 février 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 353.

³²² ICC Case No. 13464/MS/JB/JEM, sentence arbitrale (7 mars 2007) rendue à Paris, non publiée. Des extraits de cette sentence sont reproduits dans le jugement du tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong rendu le 27 juin 2008 refusant l'exequatur de cette sentence en Chine, traduction en anglais, van den Berg (ed.) in *Yearbook Commercial Arbitration 2009*, Volume XXXIV (2009).

³²³ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 702.

³²⁴ Cass. Com., 13 mars 1978, *Rev. arb.*, 1979, p. 339, note Ph. FOUCHARD.

³²⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2004, *Rev. arb.*, 1979, p. 446.

³²⁶ TAO Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2012, pp. 69-70.

tribunal intermédiaire de Pékin avait déjà défini en 1999³²⁷, pour les besoins du contrôle par le juge de la validité de la clause compromissoire et de la sentence arbitrale, les termes « *tout litige découlant de l'exécution du contrat* », à l'aide d'une liste illustrative, plutôt large, des types de questions se rattachant à l'« *exécution* » du contrat. Cette liste comprend l'observation et l'exécution des obligations contenues dans le contrat, les conséquences découlant d'une inexécution contractuelle. Cette interprétation judiciaire confirme également que le contentieux de la formation du contrat n'est pas inclus dans une clause visant les litiges découlant de « *l'exécution du contrat* ».

193. De fait, si le libellé de la réglementation relative aux joint ventures semble à première vue également exclure les contentieux de la validité et, potentiellement, de la résiliation, la lecture des sentences arbitrales chinoises montre que les tribunaux arbitraux ne vérifient ni la réglementation applicable ni la formulation de la clause compromissoire, et affirment *de facto* leur compétence pour trancher les litiges relatifs à la formation, à la validité des contrats de joint venture et à leur résiliation.

194. La réelle question de compétence qu'analyse le tribunal arbitral réside dès lors dans l'interprétation de la formulation d'une clause portant sur les « *litiges découlant du contrat de joint venture* » et non d'un éventuel dépeçage des litiges au regard d'une formulation restrictive de la loi sur les investissements étrangers. Dans une décision sur la compétence rendue par le CIETAC en 1999³²⁸, il apparaît que le CIETAC était saisi d'une demande de résolution (*jiechu*, 解除) d'un contrat de joint venture, et devait statuer sur sa compétence, au regard d'une clause compromissoire qui prévoyait : « *Pour tous les différends survenus pendant l'exécution ou la résolution du présent contrat, ou les litiges relatifs au contrat, les deux parties à la joint venture doivent d'abord procéder à une conciliation, puis saisir la CIETAC au cas où la conciliation n'a pas abouti à un résultat. Le tribunal d'arbitrage mettra en place une audience conformément au Règlement d'arbitrage de la commission [...]* ». Le défendeur objectait que « *les différends survenus pendant (sic) la résolution du contrat* » signifiait les « *différends relatifs aux intérêts pendant (sic) la résolution du contrat, mais pas les différends causés par celle-ci* », et que selon les stipulations contractuelles et l'article 101 du décret d'application de la loi sur les CJV, la résolution ou la résiliation du contrat de joint

³²⁷ Avis sur quelques questions relatives à la résolution de demande d'affirmation de la validité d'une convention d'arbitrage et d'annulation de sentence arbitrale, du tribunal intermédiaire de Pékin de 1999.

³²⁸ CIETAC, *op. cit.*, note 86 *supra*, pp. 361-363, traduction du chinois vers le français par Philippe Kantor.

venture devait faire l'objet d'une décision unanime du conseil d'administration qui devait être approuvée par l'autorité compétente. Dès lors, le défendeur arguait qu'aucune partie n'avait le droit ni de résilier unilatéralement le contrat, ni de saisir la commission d'arbitrage pour faire trancher cette question. Le CIETAC a écarté cet argument, a qualifié le litige entre les parties de litige « *relatif au contrat de joint venture* », et, se fondant sur la loi sur les contrats économiques étrangers, la loi sur les CJV et son décret d'application et la loi sur l'arbitrage, dans leur ensemble, s'est déclaré compétent au motif que la demande de résolution entrait dans le champ de la clause : « *Aux termes de la clause susvisée, les parties au contrat de joint venture, y compris les deux parties en l'espèce, ont exprimé la volonté commune que le différend relatif au contrat de joint venture soit soumis [à la commission d'arbitrage] pour le cas où la conciliation ne puisse pas mettre fin à ce différend. Attendu que le différend en l'espèce est un différend relatif au contrat de joint venture, la commission d'arbitrage se reconnaît compétente pour statuer sur le litige. Quant aux demandes du requérant, elles seront examinées par le tribunal arbitral constitué conformément aux lois pertinentes* ».

- *Pour ce qui concerne la formulation large*

195. Dans son interprétation de la loi sur l'arbitrage, la Cour suprême définit, au moyen d'une liste illustrative non exhaustive, la notion de « *litige en relation avec un contrat* » mentionnée à l'article 3 de la loi sur l'arbitrage, par : « *la formation, la validité, la modification, la transmission, l'exécution, la responsabilité pour inexécution, l'interprétation, la résolution, etc. du contrat* »³²⁹. Cette liste large inclut effectivement toutes les typologies de litiges pouvant naître à l'occasion ou en relation avec un contrat. Une double question se pose en matière de joint ventures : la clause compromissoire relative aux litiges en relation avec le contrat de joint venture s'étend-elle aux litiges extracontractuels, et s'étend-elle également à tous les litiges en relation avec la joint venture ?

196. Pour ce qui concerne les différends extracontractuels, si le litige résulte de la mise en œuvre d'un compromis, la définition du litige déjà né est généralement suffisamment précise dans le compromis pour éviter toute difficulté sur l'interprétation de la compétence des arbitres³³⁰. La décision susvisée, *Hôpital de Zhuzhou c/ Ding*, du tribunal intermédiaire de Zhuzhou démontre toutefois que la compétence des arbitres n'a pas été examinée au regard du

³²⁹ Art. 2, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006.

³³⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 524.

compromis, mais au regard de la compétence d'attribution de la commission saisie du litige³³¹.

197. Le consentement large inclut-t-il les litiges extracontractuels ? Lorsque le tribunal arbitral est saisi d'un litige extracontractuel en application d'une clause compromissoire, la détermination de l'étendue de sa compétence doit également résider dans l'interprétation du consentement des parties. Les arbitres du commerce international estiment, qu'en présence de clauses visant tous litiges « *en relation avec le présent contrat* » ou « *à l'occasion de l'exécution du présent contrat* », leur compétence s'étend aux litiges extra-contractuels³³². De même, la jurisprudence française a affirmé la compétence du tribunal arbitral pour entendre les litiges extracontractuels fondés sur la responsabilité délictuelle³³³. Dans la sentence *Seafood JV 1989*, le tribunal arbitral chinois a refusé d'examiner une demande de remboursement de frais de voyage, au motif qu'elle était au-delà des limites du litige en relation avec la joint venture contractuelle : « *beyond the scope of the dispute concerning the CJV and this claim should not be considered by the arbitral tribunal* »³³⁴. Il n'est pas clair, au vu de la décision, si la nature de la demande était testée au regard de l'étendue *ratione materiae* des types de contentieux contenus dans la clause compromissoire ou bien si elle était testée au regard des types de contentieux visés dans la réglementation relative aux joint ventures.

198. L'étendue du consentement aux litiges extracontractuels se pose très souvent à l'occasion de procédures judiciaires « multipartites », opposant dans la même instance des parties liées par une clause compromissoire et des tiers, donnant lieu également à des « questions multiples » (v. C ci-dessous)³³⁵. Pour ce qui concerne l'étendue de la clause compromissoire à tous les litiges de la joint venture, la question résulte le plus souvent de litiges liés à des contrats multiples et nécessite une appréciation, par l'arbitre ou par le juge, de l'interaction du contrat de joint venture avec d'autres contrats conclus, pour les besoins de

³³¹ *Hôpital Municipal de Zhuzhou c/ M. Ding* (Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, 2009) Zhu Zhing Fa Min Te Zi n° 5, résumé par LIN Yifei, « Judicial Review of Arbitration Agreements in China », *Arbitration International*, Volume 28 (2012), Issue 2, p. 251.

³³² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 524, note 241 ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 703.

³³³ CA Paris, 17 mars 2011, *Rev. arb.*, 2011, 575.

³³⁴ *Seafood Restaurant Case* (1989), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°1, paragr. 6.

³³⁵ B. HANOTIAU, *Complex arbitrations – Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005.

la joint venture, entre les partenaires ou entre un associé de la joint venture et des tiers (B, ci-dessous).

B. Litige lié à des contrats multiples

199. Le contentieux des contrats de joint ventures sino-étrangères offre, comme toutes les joint ventures, un exemple typique de la possibilité d'extension de la clause compromissoire qu'il contient à d'autres contrats, conclus entre les partenaires ou avec des tiers. Le contrat de joint venture n'est pas isolé, il s'analyse comme un contrat-cadre ou contrat fondamental, et prévoit que les parties concluront d'autres contrats tels que les statuts de la filiale de participation ou des contrats d'application, conclus en même temps que le contrat de joint venture ou ultérieurement. Entendu comme un contrat-cadre, l'interaction entre ce contrat et les autres contrats³³⁶ est décisive quant à l'applicabilité de stipulations, telles que les clauses compromissoires, les clauses de choix de loi applicable, les clauses relatives au régime de responsabilité, aux autres contrats conclus pour les besoins de la même opération de joint venture. Le degré de dépendance des conventions les unes entre elles est apprécié par les arbitres et les juges eu égard à la volonté commune des parties, telle qu'exprimée dans le contrat ou telle qu'elle résulte de l'économie de l'opération. Le degré de dépendance créé entre les contrats donne naissance à un ensemble contractuel, à un « groupe de contrats », à des « contrats liés », qui permet, en principe, l'extension de la clause compromissoire contenue dans un contrat à un autre contrat qui lui est lié. En matière de contrat de joint venture, la tentation de considérer *a priori* l'existence d'un groupe de contrats est accentuée lorsque les autres contrats présentent des liens économiques ou portent sur une opération globale.

200. Les sentences arbitrales relatives aux joint ventures sino-étrangères étudiées font régulièrement état d'autres conventions, à savoir d'autres contrats de joint ventures : contrats antérieurs conclus entre les mêmes partenaires de la joint venture³³⁷ ; contrat de joint venture conclus avec un tiers³³⁸ ; des accords relatifs à la modification³³⁹ ou à la résiliation³⁴⁰ du

³³⁶ V. PIRONON, *op. cit.*, n° 688.

³³⁷ *The Socks JV 1999*, sentence CIETAC (18 octobre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 574.

³³⁸ *The Tripartite JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 janvier 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 753.

³³⁹ *Pressure Containers JV Case 1998*, sentence CIETAC (29 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 200 ; *Real Estate JV Case 1999*, sentence CIETAC (10 février 1999) rendue à Shenzhen, *Ibid.*, p. 353 ; *Sino-US Garment JV Case 1999*, sentence CIETAC (3 septembre 1999) rendue à

contrat de joint venture. Les sentences font également état de contrats accessoires³⁴¹ et de contrats d'application, tels qu'un accord sur la propriété de la technologie³⁴², un bail de terrain³⁴³, un contrat d'achat³⁴⁴, un contrat d'exploitation de la joint venture (*chengbao jingying hetong*, 承包经营合同)³⁴⁵, un mandat de gestion (*weituo jingying hetong*, 委托经营合同)³⁴⁶, une lettre d'intention relative à un mandat³⁴⁷, une cession d'un droit d'usage immobilier³⁴⁸ et une cession d'une technologie³⁴⁹. Enfin, les sentences se réfèrent aux conventions relatives à la structure sociale et à la détention de la joint venture : les statuts³⁵⁰,

Shenzhen, *Ibid.*, p. 518 ; *The Shanghai YY Club JV 1999*, sentence CIETAC (21 septembre 1999) rendue à Shanghai, *Ibid.*, p. 531 ; *ABC Real Estate JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 juillet 2000) rendue à Shenzhen, *Ibid.*, p. 792. V. également *Solar Energy JV 1990*, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39, p. 220 ; *United Industries JV 1991*, contrat portant sur une compensation pour violation du contrat, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°65, p. 378.

³⁴⁰ *Sino-US Garment JV Case 1999*, sentence CIETAC (3 septembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 518.

³⁴¹ Tels qu'une garantie, *Contribution Transfer JV 1999*, sentence CIETAC (2 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, p. 597.

³⁴² *Biological Project JV Case 1997*, sentence CIETAC (28 juillet 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, p. 33.

³⁴³ *Storage and Carriage JV Case 1998*, sentence CIETAC (13 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89

³⁴⁴ *XX Paper Machinery JV Case 1999*, sentence CIETAC (18 mai 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 413 ; *Tripartite JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 janvier 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 753. V. également *Nanyang Hotel JV 1989*, sentence CIETAC (10 décembre 1987), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°30, p. 105 ; *Zipper Production JV 1990*, sentence CIETAC (2 mars 1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°25, p. 132.

³⁴⁵ *Ruber Product JV Case 1998*, sentence CIETAC (30 septembre 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 254 ; *XX Curtain JV Case 1999*, sentence CIETAC (2 juillet 1999), *Ibid.*, p. 476 ; *XX Great Hotel JV Case 1999*, sentence CIETAC (9 décembre 1999), *Ibid.*, p. 653 ; *Washing Power JV Case 2000*, sentence CIETAC (11 décembre 2000), *Ibid.*, p. 852.

³⁴⁶ *DY Entertainment House JV Entrusted Management JV Case 1999*, sentence CIETAC (28 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 291.

³⁴⁷ *Trademarks A&B JV Case 1999*, sentence CIETAC (13 février 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 369.

³⁴⁸ *Commercial Real Estate Development JV Case 1999*, sentence CIETAC (13 septembre 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 521.

³⁴⁹ *Technology Development JV Case 2000*, sentence CIETAC (16 février 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 764.

³⁵⁰ *Storage & Carriage JV Case 1998*, sentence CIETAC (13 janvier 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89 ; *Container Terminal JV Case 1998*, sentence CIETAC (1er juin 1998), *Ibid.*, p. 211 ; *Commercial Real Estate Development JV Case 1998*, sentence CIETAC (13 septembre 1998), *Ibid.*, p. 521 ; *Ruber Product JV Case 1998*, sentence CIETAC (30 septembre 1998), *Ibid.*, p. 254 ; *XX Technology JV Case 1999*, sentence CIETAC (14 juin 1999), *Ibid.*, p. 442 ; *XX Curtain JV Case 1999*, sentence CIETAC (2 juillet 1999), *Ibid.*, p. 476 ; *XX Great Hotel JV Case 1999*, sentence CIETAC (9 décembre 1999), *Ibid.*, p. 653 ; *Artistic Craftis JV Case 2000*, sentence CIETAC (14 avril 2000), *Ibid.*, p. 784 ; *ABC Real Estate JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 juillet 2000), *Ibid.*, p. 792 ; *Beijing XX Building JV Case 2000*, sentence CIETAC (5 décembre 2000), *Ibid.*, p. 799 ; *Port Project JV Case 2001*, sentence CIETAC (17 janvier 2001), *Ibid.*, p. 816 ; *Beijing*

les conventions de dissolution de la société³⁵¹, les cessions de parts sociales³⁵². On distinguera l'appréciation de l'application de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats quand les parties contractantes sont identiques, d'une part (1), et quand les parties contractantes sont différentes, d'autre part (2).

1. Extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats lorsque les parties sont identiques

201. Le droit chinois des investissements étrangers prévoit que les différends « *surgis entre les partenaires* » peuvent être soumis à l'arbitrage³⁵³, et que les litiges relatifs à « *l'interprétation ou à l'exécution* », de l'accord d'EJV, du contrat d'EJV et des statuts de la filiale commune peuvent être tranchés par voie d'arbitrage³⁵⁴. Cette disposition a-t-elle pour effet d'investir un même tribunal arbitral des litiges relatifs aux trois conventions, accord de joint venture, contrat de joint venture et statuts, conclus entre les partenaires ou bien a-t-elle pour effet de permettre l'insertion d'une clause compromissoire dans chacun des contrats et la constitution d'un tribunal arbitral pour chaque contrat ?

202. Les sentences arbitrales examinées se réfèrent pour la plupart à la clause compromissoire insérée dans le contrat de joint venture, dont le consentement s'étend « *aux litiges en relation avec le contrat* » (*hetong*, 合同) seulement, sans faire mention de l'accord (*xiayi*, 协议) ni des statuts (*zhangcheng*, 章程). Toutefois, il arrive que les parties rédigent la clause compromissoire de sorte qu'elle puisse étendre son champ d'application à d'autres contrats. Ainsi, dans une affaire rendue en matière de pluralité de contrats de ventes (dans lesquels une seule partie était commune), la clause compromissoire CIETAC, contenue dans le second contrat, prévoyait qu'elle s'étendait également aux litiges découlant du premier

Fastfood JV Case 2002, sentence CIETAC (30 avril 2002), *Ibid.*, p. 780. V. également *Zipper Production JV 1990*, sentence CIETAC (2 mars 1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°25, p. 132.

³⁵¹ *Fashion Retail JV Case 1998*, sentence CIETAC (20 février 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 104.

³⁵² *Chemical JV Share Transfer Case 1999*, sentence CIETAC (6 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 269 ; *Tripartite Chemical JV Case 1999*, sentence CIETAC (22 juin 1999), *Ibid.*, p. 465 ; *Contribution Transfer JV Case 1999*, sentence CIETAC (2 décembre 1999), *Ibid.*, p. 597 ; *Tripartite Share Transfer Chemical JV Case 1999*, sentence CIETAC (3 décembre 1999), *Ibid.*, p. 622 ; *Port Project JV Case 2001*, sentence CIETAC (17 janvier 2001), *Ibid.*, p. 816.

³⁵³ Art. 14, loi sur les EJV.

³⁵⁴ « *disputes arising over the interpretation or execution of the agreement, contract or articles of association between the parties to the joint venture* », art. 109, décret d'application 1983 (désormais art. 97, décret d'application 2001) de la loi sur les EJV.

contrat : « *all disputes arising from the contract (including the main contract) shall be settled through friendly negotiation. In case no settlement can be reached, the disputes shall then be submitted for arbitration* »³⁵⁵. Le tribunal de première instance de Hong Kong était chargé de vérifier la validité de la clause compromissoire, en droit chinois, entre les parties au premier contrat, pour les besoins du contrôle de l'exequatur d'une sentence CIETAC rendue en Chine continentale. Le juge hongkongais, pour affirmer que la clause compromissoire était valable en droit chinois, a constaté que les deux contrats n'en faisaient qu'un et que le second contrat n'était pas indépendant du premier, puisque (i) le second contrat contenait un nombre d'obligations complémentaires au premier contrat, (ii) le premier contrat se référait spécifiquement au second contrat (qui contenait la clause d'arbitrage) et stipulait incorporer les obligations du second contrat, et être un contrat supplémentaire, et (iii) les deux contrats étaient datés du même jour³⁵⁶.

203. L'application par l'arbitre de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats conclus entre les mêmes parties suppose que ces contrats présentent un lien suffisant qui permet d'unifier les litiges nés des différents contrats devant un arbitre unique. Ce lien résulte soit de la volonté expresse des parties en ce sens, soit, en l'absence de volonté expresse, de la constatation de l'existence d'un « ensemble contractuel unique », d'un « groupe de contrats » ou de « liens économiques » soudant les contrats³⁵⁷. Dans ce dernier cas, encore faut-il, comme le relève F.X. TRAIN, que les contrats ne contiennent pas de clauses incompatibles, à savoir de clauses de règlement des litiges distinctes³⁵⁸. On examinera ci-après les effets d'une intention exprimée par les parties relative aux liens entre les différents contrats (a) et l'appréciation par la jurisprudence arbitrale et judiciaire de la relation entre les différents contrats conclus entre les mêmes parties (b).

³⁵⁵ *Shandong Textiles Import and Export Corp. c/ Da Hua Non-Ferrous Metals Co., Ltd.*, 2 HKLRD (2002), 844.

³⁵⁶ *Shandong Textiles Import and Export Corp. c/ Da Hua Non-Ferrous Metals Co., Ltd.*, 2 HKLRD (2002), p. 851 : « (1) *The second contract is expressly referred to in the first contract as a supplementary contract. Moreover, the terms of the first contract are expressly said to include the terms of the second contract. (2) The second contract itself refers to the first contract and also expressly states that it is a supplemental to that contract. (3) Both contracts were dated the same day* ».

³⁵⁷ D. COHEN, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.*, 1997, p. 471-504 ; V. PIRONON, *op. cit.*, n° 287-302.

³⁵⁸ V. PIRONON, *op. cit.*, n° 287-302 ; F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale*, Paris, LGDJ, 2003.

a. *L'appréciation de l'intention exprimée par les parties aux contrats*

204. En premier lieu, l'existence de contrats liés peut résulter de la volonté expresse des parties. La commune intention des parties de lier les différents contrats peut s'exprimer par une disposition dans l'un ou l'autre des contrats affirmant le lien substantiel entre les conventions. Ainsi dans l'affaire *Real Estate Construction and Management JV 1998*³⁵⁹, le contrat de CJV conclu en 1994, qui contenait la clause compromissoire mise en œuvre dans la procédure, stipulait par ailleurs que les statuts de la CJV étaient « une partie inséparable » du contrat de CJV³⁶⁰.

205. En revanche les parties peuvent affirmer la volonté de conserver un caractère distinct aux différentes conventions. En cas d'ambiguïté sur l'intention des parties, il revient au tribunal arbitral, sous le contrôle du juge étatique, d'interpréter la volonté des parties. Ainsi, dans son arrêt du 19 février 2013 rendu dans l'affaire *Thai-Lao Lignite et Hongsa Lao Lignite c/ République Démocratique Populaire du Laos*³⁶¹, la Cour d'appel de Paris statuait sur un appel de la République démocratique populaire Lao (ci-après la « RDP Lao ») de l'ordonnance d'exequatur en France d'une sentence arbitrale *ad-hoc* rendue, à Kuala Lumpur le 4 novembre 2009, à son encontre. La RDP Lao faisait valoir que les arbitres avaient statué sans convention d'arbitrage, *ratione materiae*, en ce que, saisis d'une demande fondée sur une clause compromissoire insérée dans un contrat dit *project development contract* (ci-après le « PDA ») conclu le 21 juillet 1994 entre TLL et la RDP Lao, les arbitres avaient également examiné un litige issu d'un contrat antérieur, une concession minière, conclu le 29 mai 1992. Dans sa recherche de « tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier l'existence de la convention d'arbitrage », la Cour d'appel a examiné l'intention commune des parties telle qu'exprimée dans le PDA afin de vérifier l'étendue de la compétence des arbitres. Elle a constaté que les parties avaient entendu conserver un caractère autonome aux deux contrats, de sorte que la clause compromissoire insérée dans le PDA ne s'étendait pas au litige du contrat antérieur de concession minière : « *Considérant que l'article 19.11 du PDA stipule*

³⁵⁹ Traduction de l'auteur.

³⁶⁰ *Real Estate Construction and Management JV 1998*, sentence CIETAC (2 avril 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 137 : « les statuts de la CJV forment une part inséparable du contrat de CJV » (article 22-1). V. également dans le cas d'un contrat supplémentaire au un contrat de CJV : « *Le contrat supplémentaire forme une partie inaliénable du contrat de CJV et des statuts de la CJV et aura le même effet obligatoire à l'égard des parties* », *The XX Entertainment JV Case 1999*, sentence CIETAC (20 avril 1999), rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 394, traduction de l'auteur.

³⁶¹ CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 19 février 2013, RG 12/09983, *Rev. arb.*, 2013, pp. 299-300, Sommaire de jurisprudence, arrêt intégral disponible sur <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/31368/french-court-refuses-enforce-laos-award/>

une « clause d'intégralité » aux termes de laquelle : « Le présent contrat contient l'intégralité de l'accord intervenu entre les parties quant à son objet, à l'exception de ce que les deux parties reconnaissent l'existence et la validité permanente des Contrats antérieurs » ; que l'article 19.12, intitulé « reconnaissance », prévoit que les parties reconnaissent et ratifient les contrats antérieurs ; que l'article 19.13, intitulé « Incompatibilité », stipule que : « Le présent Contrat remplace et régit tous arrangements antérieurs entre les parties, à l'exception de ce que les droits de Hongsa Lignite et/ou de TLL dans le cadre des Contrats antérieurs, plus larges ou étendus que ceux contenus dans les présentes, demeureront en vigueur et resteront inchangés par le présent contrat. Les parties entendent que ni le présent Contrat, ni les Contrats antérieurs n'aient des effets défavorables entre eux mais qu'ils reflètent au contraire deux projets distincts mais liés.

Considérant qu'en dépit de leurs ambiguïtés, ces clauses contractuelles manifestent la commune volonté des parties de conserver l'autonomie des différents contrats, et en réaffirmant la préservation des droits résultants des conventions antérieures au PDA.[...] Considérant qu'en se prononçant sur l'indemnisation de préjudices consécutifs à des contrats distincts du PDA, qui comportent leur propre clause de règlement des litiges, et qui subsistaient postérieurement à la conclusion du PDA, les arbitres ont statué pour partie sans convention d'arbitrage ».

b. L'appréciation des relations entre les contrats

206. En l'absence de volonté expresse des parties visant à intégrer ou à distinguer les différents contrats conclus, les arbitres recherchent la volonté implicite des parties (i) en se fondant sur les références respectives dans les contrats (ii) en recherchant l'économie des contrats. En matière de contrats de joint ventures, la pratique arbitrale chinoise typique de la première génération de sentences arbitrales (1989-1998) montre que les arbitres n'hésitaient pas à étendre le champ de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats conclus entre les associés pour les besoins de la joint venture, sans que cette extension soulève de question de compétence. En présence de parties identiques, les tribunaux arbitraux, saisis sur le fondement de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de joint venture, étendent ses effets aux litiges issus de contrats supplémentaires ou de contrats d'application, et procèdent à l'examen au fond des demandes fondées sur ces autres contrats, contrats supplémentaires, statuts, contrats d'achat, contrats de gestion. Ainsi, dans l'affaire

*United Industries JV 1991*³⁶², une société chinoise et une société américaine avaient, le 26 février 1985, conclu un contrat de joint venture, puis, le 14 décembre 1985, avaient conclu un accord d'indemnisation (*agreement on compensation*) relatif au défaut d'apport du partenaire américain. Sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture, la partie chinoise avait alors saisi le CIETAC d'une demande en paiement des apports, en exécution des deux contrats. Dans sa décision rendue par défaut, le tribunal a examiné le fond des deux contrats et tranché sur la responsabilité du partenaire sur les deux contrats sans rechercher si l'accord d'indemnisation comportait une clause compromissoire ni examiner les liens entre les deux contrats.

207. Dans l'affaire *Kaifeng Decoration JV 1990*³⁶³, les parties (un partenaire chinois et un partenaire hongkongais) avaient, le 29 décembre 1987, conclu un contrat de joint venture qui comportait une clause compromissoire CIETAC, et prévoyait qu'un certain nombre des obligations à la charge des parties feraient l'objet de contrats séparés : « *L'article 11 du contrat prévoit que les apports seront réalisés en dollars US pour acheter des équipements mécaniques et des véhicules de transport flambant neufs. Le contrat de vente fera l'objet d'un contrat séparé. L'article 12 du contrat prévoit [...]. [L'associé de Hong Kong] devra acheminer l'équipement et les véhicules de transport neufs, acquis avec l'autorisation de la joint venture, dans un port chinois à désigner, dans un délai de 90 jours à compter de la réalisation des apports.* ».

208. Les parties ont conclu le contrat de vente d'équipement le 24 janvier 1988 et un contrat supplémentaire de vente d'équipement le 27 mai 1988. La sentence arbitrale n'indique pas si ces contrats contenaient une clause compromissoire. La partie chinoise a mis en oeuvre la clause compromissoire du contrat de joint venture afin de faire constater l'inexécution par le partenaire hongkongais de son obligation d'apport en numéraire et le défaut de livraison conforme de l'équipement, sans que le partenaire hongkongais conteste l'extension de la clause compromissoire. Dans sa sentence arbitrale, les arbitres ont, sans examiner la relation entre les différents contrats, tranché le fond des demandes issues tant du contrat de joint venture que du contrat de vente d'équipement. Dans cette affaire, l'obligation de livraison d'un équipement par la partie étrangère était identifiée dans le contrat de joint venture (articles 11 et 12). Toutefois, l'appréciation de l'étendue des obligations des parties a été

³⁶² Sentence CIETAC (10 avril 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°65, pp. 373-378.

³⁶³ Sentence CIETAC (22 décembre 1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°63, pp. 352-359.

recherchée et sanctionnée au titre du contrat de vente sans examen de la portée de la clause d'arbitrage ou des relations entre les différents contrats.

209. Dans l'affaire *Tianjin Wooden Furniture JV 1995*³⁶⁴, deux sociétés chinoises et une société de Taiwan avaient conclu le 10 novembre 1992 un contrat de joint venture et des statuts. L'article 14 du contrat de joint venture et l'article 9 des statuts stipulaient que l'associé taiwanais avait la responsabilité de vendre 100% des produits de la joint venture sur le marché international. Le 10 novembre 1992, les parties concluaient un second contrat aux termes duquel la vente des produits de la joint venture était confiée à l'associé taiwanais. Le contrat de joint venture contenait une clause compromissoire CIETAC, et il n'est pas indiqué si le contrat de vente comportait une clause compromissoire. L'associé taiwanais et un des partenaires chinois ont mis en œuvre la clause compromissoire du contrat de joint venture, à l'encontre du second partenaire chinois, pour violation des conditions de gestion figurant au contrat de joint venture et dans les statuts, et de l'obligation d'exclusivité de la commercialisation des produits de la joint venture avec l'associé Taiwanais. De nouveau, le défendeur n'a opposé aucune objection quant à la compétence *ratione materiae* et le tribunal arbitral a examiné le fond des demandes sans rechercher les liens entre les différents contrats.

210. Dans la seconde génération de sentences arbitrales (1990-2006), les arbitres s'efforcent d'analyser l'étendue de leur clause et l'interdépendance entre le contrat de joint venture et les contrats d'application. En présence de différends multi-contrats, les arbitres examinent, de leur propre initiative, la nature des demandes fondées sur d'autres contrats que le contrat de joint venture, et les comparent au contenu ou à la sphère des obligations mises à la charge des parties au contrat de joint venture. Cette analyse s'apparente moins à une recherche de l'étendue des effets de la clause d'arbitrage du contrat de joint venture qu'à une détermination de la « recevabilité » des demandes, au regard de leur nature : les demandes entrent-elles dans la sphère contractuelle de l'accord de joint venture ? Le litige est-il fondé sur une obligation issue du contrat de joint venture ? L'examen de la demande ou du litige fondé sur le second contrat est donc soumis à une qualification préalable, par le tribunal, et à l'examen du lien entre les obligations du second contrat avec celles contenues dans le contrat de joint venture. Dans un certain nombre de cas, le tribunal procède même à une requalification des entités qui, selon lui, sont les parties au second contrat. Il peut estimer que le second contrat, même conclu entre les partenaires de la joint venture, concerne une relation partenaire chinois/joint

³⁶⁴ Sentence CIETAC (26 septembre 1995), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°93, pp. 491-494.

venture et non une relation entre les partenaires, et ainsi décliner sa compétence sur le litige né du second contrat. Les décisions rendues tant par les arbitres que par le CIETAC sont différentes. On retiendra, à titre d'exemple, le cas du bail et celui du contrat d'exploitation de la joint venture. En matière de bail, l'affaire *Shanghai YY Club JV 1999*³⁶⁵, apporte un exemple de qualification qui exclu l'extension de la clause compromissoire d'un contrat de joint venture à un bail conclu par acte séparé entre les associés. Le partenaire chinois avait introduit une instance arbitrale à l'encontre de son associé hongkongais sur le fondement de la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de joint venture contractuelle, et alléguait la violation, par l'associé hongkongais, de ses obligations au titre du contrat de joint venture et d'un bail (« accord supplémentaire »). Cet accord supplémentaire, conclu entre les partenaires, quelques semaines après la conclusion du contrat de joint venture, avait pour objet la mise à disposition, par l'associé chinois au profit de l'associé hongkongais, du hall d'entrée du club et de logements destinés au personnel désigné par le partenaire hongkongais. Lors de l'analyse de la nature des demandes de paiement fondées sur l'accord supplémentaire, le tribunal a examiné les parties réellement débitrices d'une obligation au titre du contrat supplémentaire, et estimé que la joint venture, et non le partenaire hongkongais, était preneur du bail consenti. Les arbitres ont, en conséquence, refusé d'examiner la demande du partenaire chinois, au motif qu'elle était fondé sur une relation contractuelle (partenaire chinois-joint venture) qui était en dehors de la sphère des obligations du contrat de joint venture : « *Le contenu du contrat supplémentaire fait référence aux usages du demandeur [associé chinois], aux logements et au paiement d'honoraires. Bien que l'accord ait été signé par les deux parties, il s'agit en réalité d'une relation juridique, liant la joint venture et l'associé chinois, qui va au-delà des obligations du contrat de CJV et qui ne sera donc pas examinée dans le cadre de la présente affaire* ».

211. La même question se pose en cas de litige entre les partenaires de la joint venture, relatif à un contrat d'exploitation de la joint venture, qui est une source de litige importante entre associés, notamment lors de la répartition entre associés des charges et des bénéfices de la joint venture. Aux termes de ce type de contrat, l'exploitation de la joint venture est confiée à un tiers, souvent un des partenaires³⁶⁶. La pratique de la contractualisation de l'exploitation de la joint venture est courante, ainsi que le montrent les sentences. Le contrat d'exploitation est

³⁶⁵ *The Shanghai YY Club JV 1999*, sentence CIETAC (21 septembre 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 531.

³⁶⁶ Règlement relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère, promulgué par le Ministère du commerce, le 13 septembre 1990.

un contrat par lequel la joint venture sous-traite à un tiers, le plus souvent un des associés, l'exploitation de la joint venture pour une durée d'un à cinq ans maximum. La réglementation chinoise relative à la conclusion d'un contrat d'exploitation impose (i) que les apports des associés de la joint venture aient été complètement libérés et vérifiés et (ii) qu'une mauvaise gestion de la joint venture affecte sa survie (article 2). Le contrat d'exploitation de la joint venture doit être conclu entre la joint venture, dûment habilitée par une décision de son conseil d'administration, d'une part, et la société exploitante, d'autre part. Il ne peut être conclu entre les associés de la joint venture. L'exploitant de la joint venture - chinois ou étranger, choisi parmi les associés, ou tiers au contrat de joint venture - doit appartenir au même secteur d'activité que la joint venture, et être une entité constituée depuis au moins trois ans. Le contractant s'engage auprès de la joint venture à gérer l'entreprise conjointe et atteindre un bénéfice déterminé d'accord-parties, et doit fournir à la joint venture un dépôt de garantie correspondant au risque (*adequate risk deposit*) et une garantie couvrant le risque (*risk-guaranty money*) d'un montant d'au moins 50% du bénéfice annuel contractuellement prévu. Pour le cas où l'exploitant échoue à remplir son obligation de bénéfice contractuel (*contracted-profit obligations*) durant deux années consécutives, la joint venture est autorisée soit à récupérer de l'exploitant, à la fin de l'année fiscale, le dépôt de garantie correspondant au risque, soit à se faire dédommager de la perte subie, conformément aux stipulations contractuelles.

212. Pour ce qui concerne la question de la compétence des arbitres, une double difficulté intervient lorsque le contrat d'exploitation est dépourvu de clause compromissoire et lorsqu'il a été conclu entre les associés et non entre la joint venture et l'associé-exploitant³⁶⁷. Bien que la réglementation chinoise impose que ce type de convention soit conclue exclusivement entre la joint venture et l'associé-exploitant³⁶⁸, les différends soumis aux arbitres révèlent que lorsque l'exploitation est sous-traitée à un des associés, l'accord d'exploitation résulte souvent d'une simple décision du conseil d'administration ou est convenu entre les associés, sans être suivi par la conclusion d'un accord entre l'exploitant et la joint venture. Les décisions arbitrales relatives à la compétence arbitrale adoptent des solutions difficilement conciliables.

³⁶⁷ Sur la compétence du tribunal arbitral lorsque le contrat d'exploitation est conclu entre la joint venture et un associé-exploitant est dépourvu de clause compromissoire, v. *infra*.....

³⁶⁸ Art. 5(1), Règlement relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère.

213. Ainsi, dans *Nanjing Agriculture Product 1996*³⁶⁹, les associés d'une EJV avaient décidé, lors de trois réunions du conseil d'administration, de confier l'exploitation de leur joint venture à l'associé chinois, et étaient convenus que l'associé-exploitant chinois supporterait une prime de risque. Cet accord n'avait pas été formalisé par la conclusion, entre la joint venture et l'associé chinois, d'un contrat d'exploitation de la joint venture. Ultérieurement, l'associé étranger a mis en œuvre la clause compromissaire du contrat d'EJV, arguant que l'inexécution du contrat d'exploitation par l'associé-exploitant chinois avait causé l'échec de la joint venture, et a demandé la condamnation de ce dernier au paiement de la prime de risque. Le tribunal arbitral a adopté un raisonnement similaire à celui du tribunal *Shanghai YY Club JV 1999* susvisé³⁷⁰. Le tribunal a examiné sa compétence au regard du contrat d'exploitation, sans que le défendeur ait soulevé une quelconque exception d'incompétence. Le tribunal arbitral a estimé que l'accord contenu dans les décisions du conseil d'administration était, selon la réglementation chinoise sur les contrats d'exploitation de joint venture, une relation contractuelle qui liait la joint venture et l'associé exploitant chinois, et non les associés entre eux. Le tribunal a toutefois ensuite examiné le fond de ce rapport contractuel, et prononcé la nullité de l'accord pour défaut d'approbation par les autorités chinoises et a fait supporter aux deux associés la responsabilité de l'invalidité du contrat d'exploitation³⁷¹.

214. Dans l'affaire *XX City XX Industrial Company, Shandong XX (Mine) Group c/ Indonésie XX Co.*³⁷², l'instance arbitrale opposait les deux associés chinois d'une joint venture à leur associé indonésien. Ce dernier contestait la compétence du tribunal arbitral, saisi sur le fondement de la clause compromissaire du contrat de joint venture, au motif que le différend était relatif à l'exploitation de la joint venture par l'associé indonésien, et trouvait son

³⁶⁹ *Nanjing Agriculture Product JV*, sentence CIETAC (18 janvier 1996), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4.

³⁷⁰ V. paragr. 183 *supra*.

³⁷¹ *Nanjing Agriculture Product JV*, sentence CIETAC (18 janvier 1996), rendue à Shanghai : « L'article 5(1) du règlement sur les contrats d'exploitation de joint ventures sino-étrangères dispose que « pour conclure un contrat d'exploitation d'une joint venture, le co-contractant doit signer un contrat avec la joint venture », et « il est interdit de conclure, entre associés de la joint venture, des contrats portant sur le bénéfice de l'exploitation ». L'article 5(5) dispose par ailleurs que « la révision, le report, la résiliation ou l'expiration du contrat doivent être approuvés par les mêmes autorités que celles qui ont approuvé la joint venture ». Sur le fondement de la réglementation susvisée, le contrat d'exploitation entre l'EJV et le défendeur n'est pas valide et les deux parties au contrat d'EJV sont responsables de cette invalidité », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4.

³⁷² Décisions CIETAC IV et V (1999), *XX City XX Industrial Company, Shandong XX (Mine) Group c/ Indonésie XX Co.*, *op. cit.*, note 86 *supra*, pp. 378-382, traduction de Philippe Kantor.

fondement dans le contrat d'exploitation de la joint venture dépourvu de clause compromissoire. Le défendeur arguait que le contrat de joint venture et le contrat d'exploitation étaient deux contrats indépendants, dont les parties, l'objet, le contenu et les fondements juridiques différaient³⁷³.

215. Les demandeurs prétendaient que le contrat d'exploitation avait été conclu sur le fondement du contrat de joint venture qui liait les associés : « *Au cours de la coopération et conformément au contrat de joint venture, le défendeur avait proposé d'exploiter seul la joint venture. Conformément à l'article 27 du contrat de Joint Venture, le conseil d'administration avait accepté cette requête du défendeur. Comment peut-on dire que le contrat d'exploitation n'a aucun lien avec le contrat de joint venture ? Lors de sa mise en œuvre, le contrat d'exploitation a simplement consisté en une modification du mode d'exploitation prévu dans le contrat de joint venture. En dehors de ce point, il est tout à fait semblable au contrat de joint venture [...] Par conséquent, l'arbitrage doit de se référer au contrat principal de joint venture et le tribunal doit mettre en œuvre sa mission sur le fondement du contrat principal de joint venture* »³⁷⁴.

216. Dans sa décision de 1999, le CIETAC a estimé que le contrat d'exploitation, conclu entre la CJV et l'associé étranger, ainsi que le contrat de CJV, conclu entre les associés chinois et l'associé étranger, étaient deux contrats indépendants, et qu'en l'absence de

³⁷³ *Ibid.* : « Les relations juridiques établies par les deux contrats sont différentes, le contrat de joint venture établit les droits et obligations des parties par rapport à la joint venture, l'exploitation contractuelle n'est pas une conséquence inévitable de la constitution de la joint venture, il n'y a pas de causalité entre les deux. Le demandeur a soulevé la clause d'arbitrage insérée dans le contrat de joint venture, a saisi la commission d'arbitrage afin de régler le litige survenu durant l'exécution du contrat d'exploitation, ce qui est manifestement abusif. Selon la clause d'arbitrage du contrat de joint venture, la compétence de la commission d'arbitrage est limitée à celui-ci. La portée de la compétence ne s'étend pas aux litiges de contrat d'exploitation.

1. *L'exploitation prévue au contrat d'exploitation est d'une courte durée, à savoir 5 ans d'exploitation de la joint venture ; ce type d'exploitation a été adopté pour s'assurer de la bonne exécution du contrat de joint venture. Ici, les demandeurs fondent leur demande d'arbitrage sur une violation par le défendeur du contrat de joint venture. Cependant, le défendeur a contesté la compétence du tribunal d'arbitrage au motif que le contrat d'exploitation ne comporte pas de clause d'arbitrage.*

2. *Bien que le contrat d'exploitation ne prévoit pas le règlement des différends, l'article 11 stipule clairement que, le cas échéant, les questions non prévues sont réglées par la loi de la RPC sur les CJV, et l'article 14 prévoit que, si les différends entre les parties à la joint venture doivent être réglés par le conseil d'administration au moyen d'une négociation amiable, en cas d'échec, les commissions d'arbitrage chinoises sont compétentes pour procéder à la conciliation ou à l'arbitrage, à moins qu'une autre institution d'arbitrage ait été convenue entre les parties à la Joint Venture ».*

³⁷⁴ *Ibid.* : « [...] les effets de ce type de clause [clause compromissoire] contenue dans le contrat de joint venture ne s'étendent pas au contrat d'exploitation. Les parties contractantes au contrat d'exploitation sont la joint venture et l'associé étranger (le défendeur) qui sont les seules entités pouvant se prévaloir des droits contenus dans le contrat d'exploitation. Les demandeurs ne sont pas partie à cette seconde convention, et ils ne peuvent pas représenter la joint venture, de sorte qu'ils ne sont pas parties au litige ».

convention d'arbitrage écrite entre les parties, le tribunal était incompétent : « *L'objet principal, les sujets abordés, les contenus sont différents. Les implications juridiques générées par les deux documents ne sont pas identiques. Le tribunal d'arbitrage n'a pas été en mesure de trouver d'éléments écrits démontrant que les parties au contrat d'exploitation avaient l'intention de soumettre à l'arbitrage les différends qui pourraient surgir. Le tribunal n'a pas non plus été en mesure de trouver d'autres documents attestant qu'une clause d'arbitrage était prévue dans le contrat d'exploitation.* »

Les demandeurs ont invoqué le fait que l'article 14 de la loi sur les CJV serait applicable aux questions non stipulées par écrit, c'est-à-dire, en l'espèce, que les parties contractantes sont convenues de recourir à l'arbitrage comme mode de règlement du litige. Le CIETAC rejette cette allégation. En effet, la clause compromissoire est une convention qui peut éventuellement être choisie par les parties, mais la loi sur l'arbitrage dispose qu'une convention d'arbitrage n'est valable que sous réserve qu'elle indique une intention précise de recourir à l'arbitrage, l'objet exact de l'arbitrage et la commission d'arbitrage choisie. Les demandes principales formées par les deux demandeurs (à l'exception des demandes concernant les frais d'arbitrage et d'avocat) sont fondées sur le contrat d'exploitation, mais ce dernier ne contient pas de clause d'arbitrage. Une convention d'arbitrage valable est la pierre angulaire de la compétence arbitrale. Une commission d'arbitrage incompétente pour entendre une affaire, et qui pourtant arbitrerait en invoquant sa compétence, violerait les dispositions pertinentes de la loi sur l'arbitrage, et la sentence qu'elle rendrait serait annulée par un tribunal. Tout litige portant sur le contrat d'exploitation peut faire l'objet d'un recours devant un tribunal étatique ».

217. Dans *XX Curtain JV 1999*³⁷⁵, le tribunal arbitral, auquel était notamment soumis une demande issue d'un contrat d'exploitation conclu entre les partenaires, a en revanche adopté une interprétation large du consentement à la clause compromissoire. Le tribunal arbitral a estimé que la clause compromissoire du contrat de joint venture s'étendait aux demandes issues du contrat d'exploitation. Dans cette espèce, un contrat d'EJV avait été conclu le 31 janvier 1994, puis les associés de la joint venture, parties à la procédure d'arbitrage, avaient conclu, le 25 janvier 1996, un contrat d'exploitation. Aux termes de ce second contrat, les associés confiaient au partenaire étranger l'exploitation de l'EJV, pour une durée initiale de

³⁷⁵ *XX Curtain JV 1999*, sentence CIETAC (2 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476, traduction de l'auteur.

deux ans, prolongée ultérieurement par décision du conseil d'administration, et moyennant le versement par l'exploitant d'une indemnité mensuelle (*contract costs*). Ces *contract costs* étant restés impayés, l'associé chinois en poursuivait le recouvrement à l'encontre de l'associé-exploitant, sur le fondement de la clause compromissoire du contrat d'EJV qui stipulait : « *tout litige découlant de l'exécution du contrat sera résolu par les deux parties par une négociation amiable. En cas d'échec, il sera soumis au CIETAC et sera tranché selon son règlement d'arbitrage. La sentence arbitrale sera finale et revêtira un caractère obligatoire* ». Le tribunal arbitral a, de la même façon, distingué entre les obligations nées du contrat d'EJV, d'une part, et celles nées du contrat d'exploitation, d'autre part. Il a cependant considéré que les obligations nées du contrat d'exploitation représentaient une modalité de gestion de l'EJV. Sans s'interroger sur le fait que le contrat d'exploitation avait été conclu entre les associés et non entre l'associé-exploitant et l'EJV, le tribunal a estimé que la demande en paiement des *contract costs* entraînait, dès lors, dans le champ des litiges prévus dans la clause compromissoire du contrat d'EJV : « *Conformément à la clause compromissoire susvisée, le tribunal arbitral considère que le contrat d'EJV a été conclu par les parties afin de créer et d'exploiter l'EJV, tandis que le contrat d'exploitation correspond à un changement des modalités de gestion de cette EJV, en substituant, à une exploitation conjointe, une exploitation par une seule des parties. Le litige portant sur le contrat d'exploitation entre dans le champ de « tout litige » envisagé dans le contrat d'EJV, et donc le litige entre les parties, relatif au contrat d'exploitation, entre dans le champ de la compétence du tribunal arbitral* »³⁷⁶.

2. Extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats lorsque les parties sont différentes

218. L'extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture à d'autres contrats conclus par des parties, dont une ou plusieurs ne sont pas des associés de la joint venture, se pose dans deux hypothèses principales. Dans la première hypothèse, le litige survient entre les associés et porte sur les conséquences, entre les associés, d'une violation du contrat conclu par l'un d'eux avec un tiers (a). Dans la seconde hypothèse, le litige survient entre un associé et un tiers relativement à un contrat qui ne comporte pas de clause compromissoire, et l'une des parties entend se prévaloir de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat de joint venture (b).

³⁷⁶ *Ibid.*

a. *Litige entre associés portant sur un contrat conclu par l'un d'eux avec un tiers*

219. Un certain nombre de litiges entre associés d'une joint venture portent sur l'exécution d'un contrat conclu entre un des associés et un tiers, souvent la joint venture. Ces contrats peuvent être des contrats d'exploitation, des baux, des contrats de vente. Souvent, le second contrat conclu avec un tiers, notamment la joint venture, ne comporte pas de clause compromissoire. En outre, ce contrat, lorsqu'il est conclu entre l'associé chinois et la joint venture, ou tout autre partie locale, s'analyse en un rapport contractuel de droit interne et non international, ce qui pose la question de l'accès des parties à l'arbitre international stipulé dans le contrat de joint venture, siégeant hors de Chine.

220. Les sentences arbitrales CIETAC de la première génération offrent à nouveau un exemple d'extension de compétence *de facto* du tribunal arbitral à tous les litiges relatifs à la joint venture, sans recherche de l'étendue de la clause d'arbitrage ou de l'identité des parties aux différents contrats ou de la nature des demandes. Ainsi, dans l'affaire *Electronic Equipment Powered Solar Energy JV*³⁷⁷, le tribunal a statué sur les litiges issus de la joint venture, sans distinguer entre les litiges fondés sur le contrat de joint venture, sur d'autres contrats conclus entre les associés, d'autres contrats conclus entre un associé et un tiers, et même un contrat conclu entre la joint venture et un tiers. En l'espèce, trois associés (AA, BB et CC) avaient conclu, le 18 avril 1986, un contrat de technologie, des statuts et un accord de contribution. Ils avaient ensuite, le 27 septembre 1986, conclu avec un quatrième et nouvel associé (DD) un contrat de joint venture et des statuts supplémentaires et un nouvel accord relatif aux apports. Le contrat de joint venture prévoyait que le quatrième associé (DD) passerait commande d'équipements auprès d'une société canadienne (YY), qui seraient acquis par la joint venture moyennant un contrat d'achat conclu entre la joint venture et YY. Le prix d'achat serait payé par la joint venture, mais financé par DD. Le contrat de joint venture prévoyait également la conclusion entre la joint venture et YY d'un *production and sales contract* afin d'assurer la commercialisation sur le marché international des produits fabriqués par la joint venture, et, à défaut de contrat, la revente des produits par DD. En exécution des stipulations du contrat de joint venture, DD a conclu (i) un contrat de vente d'équipement et un contrat de transformation de matériaux importés avec la joint venture, et (ii) au nom et pour le compte de la joint venture, un contrat de production et de vente et de production, avec YY. Le contrat de joint venture comportait une clause compromissoire et il n'est pas indiqué

³⁷⁷ Sentence CIETAC (14 juillet 1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39, pp. 220-227.

dans la sentence si les autres contrats comportaient une clause compromissoire. Un litige étant survenu entre les trois associés d'origine (AA, BB et CC), d'une part, et le nouvel associé (DD), d'autre part, les trois co-demandeurs ont demandé au CIETAC de sanctionner la mauvaise exécution par DD de son obligation d'apport au titre du contrat de joint venture et du contrat de vente d'équipement et de ses obligations au titre du contrat de production et de vente. Le tribunal arbitral a examiné, sans s'interroger sur sa compétence, la validité et l'exécution par DD du contrat de joint venture, du contrat de vente d'équipement et du contrat de production et de vente.

221. Les affaires de la seconde génération attestent de la démarche adoptée par les arbitres pour étendre une clause compromissoire en cas de litige relatifs à des multi-contrats conclus entre des parties différentes. Trois sentences retiennent l'attention. La première, *XX Curtain JV 1999*, relative à l'extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture à un contrat d'achat d'équipement conclu entre un associé et la joint venture contenant une clause compromissoire incompatible ; la deuxième, *XX Food Co. Ltd. JV 2004*, relative à l'extension de la clause à un contrat d'exploitation contenant une clause compromissoire compatible ; et la troisième, *Paper Mill JV 2000*, relative à l'extension de la clause compromissoire du contrat d'EJV à des accords de principe conclus entre l'associé étranger et le Gouvernement Local, dépourvus de clause de résolution des différends.

222. Dans *XX Curtain JV 1999* susvisée³⁷⁸, le litige qui opposait les associés de la joint venture relatif à la résiliation du contrat de joint venture, portait, également sur l'exécution d'un contrat d'achat d'équipement conclu entre un associé et l'EJV. Le contrat d'EJV, conclu le 31 janvier 1994, stipulait que l'associé chinois, défendeur, se verrait « *confier les questions relatives à l'achat à l'étranger des équipements, des matériaux et des véhicules pour la joint venture* » (article 18), et le contrat d'achat conclu le 6 février 1994 entre la joint venture et le défendeur, prévoyait l'achat par la joint venture d'équipements pour la production de rideaux fabriqués à Taiwan d'un montant de 4 M USD, dont le prix d'achat serait réparti entre la joint venture (51%) et le défendeur (49%). Après qu'une estimation eut révélé que l'équipement acquis en exécution du contrat d'achat n'aurait qu'une valeur de 2.5 M USD, l'associé chinois a demandé réparation du préjudice subi à son associé étranger, sur le fondement de la clause compromissoire du contrat de joint venture. L'associé étranger, défendeur, a soulevé une

³⁷⁸ *XX Curtain JV 1999*, sentence CIETAC (2 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476. Sur la compétence du tribunal arbitral sur le litige relatif au contrat d'exploitation conclu entre les associés de l'EJV, v. paragr. 217 *supra*.

exception d'incompétence au motif que le contrat d'achat qu'il avait conclu avec l'EJV était totalement indépendant tant du contrat d'EJV et de la relation de joint venture entre les associés de l'EJV, parties à l'arbitrage, d'une part, et de l'autorisation d'achat, obligation à sa charge en vertu de l'article 18 du contrat d'EJV. Le défendeur considérait que le contrat d'achat ne relevait pas de la compétence du tribunal arbitral et ne pouvait pas être examiné par lui. Selon le défendeur, dans le contrat d'achat, il était contractuellement lié à l'EJV en qualité de « vendeur », et non d' « associé étranger » de l'EJV ou de délégataire en application de l'article 18 du contrat d'EJV. Le défendeur expliquait avoir occupé différents rôles juridiques liés aux différentes relations contractuelles conclues en dehors du champ de l'EJV.

223. Ayant relevé que le contrat d'achat d'équipement avait été conclu entre l'EJV et un associé et qu'il comportait, en son article 15, une clause compromissoire incompatible, désignant le HKIAC à Hong Kong, le tribunal arbitral a décliné sa compétence, au motif que le litige relatif au paiement de l'équipement n'entraînait pas dans son champ de compétence.

224. Dans la sentence *XX Food Co. Ltd. JV 2004*³⁷⁹, le tribunal arbitral, saisi d'un litige entre les associés d'une EJV, et notamment une demande fondée sur les conséquences, entre les associés, de la mauvaise exécution d'un contrat d'exploitation confié à un des associés de l'EJV qui contenait, comme le contrat de joint venture, une clause d'arbitrage CIETAC, s'est déclaré, en l'absence de contestation, compétent après avoir constaté l'interrelation entre les contrats d'EJV et d'exploitation³⁸⁰. Le tribunal a relevé que le contrat d'exploitation avait été conclu entre l'EJV et le défendeur et que bien que l'EJV était partie à ce contrat, cette EJV avait été constituée par les parties à l'arbitrage. Dès lors que l'exploitation de l'EJV n'avait pas été confiée à une entité autre que les deux associés, parties au contrat d'EJV, mais avait été confiée à l'un d'eux, en l'occurrence le défendeur, la corrélation entre la gestion et les intérêts économiques en jeu dans le contrat d'exploitation reste liée à la relation entre l'associé-exploitant et les parties à la joint venture. Le tribunal a également relevé que le contrat d'exploitation contenait une clause compromissoire CIETAC et que les parties à l'arbitrage avaient accepté la compétence du CIETAC, et s'est donc déclaré compétent pour entendre le litige fondé sur le contrat d'exploitation.

³⁷⁹ *XX Food Co. Ltd. JV 2004*, sentence CIETAC (7 septembre 2004), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1100, traduction de l'auteur.

³⁸⁰ Décision comparable à celle adoptée dans *XX Curtain JV 1999* (2 juillet 1999) rendue à Shenzhen, v. paragr. 217 *supra*.

225. L'affaire *Shenzhen XX Biotechnology JV Case 2004*³⁸¹ scelle également, par une interprétation résolument large du consentement, l'extension, au contrat d'exploitation, de la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture, et donc la possibilité, pour un associé, de se prévaloir de la clause compromissoire du contrat d'EJV à l'encontre de l'associé-exploitant. Le Demandeur dans cette affaire avait mis en œuvre la clause compromissoire contenue dans un contrat EJV conclu entre les parties, au motif que le défendeur avait dans l'exécution du contrat d'exploitation violé substantiellement les obligations du contrat d'EJV, ce qui aurait sérieusement porté atteinte aux droits de la EJV, et engagé la responsabilité du défendeur. Le tribunal arbitral a estimé que cette demande d'arbitrage concernait un litige relevant du champ de la clause compromissoire, c'est-à-dire un litige relatif à « l'exécution du contrat EJV ou lié au contrat EJV », et s'est déclaré compétent pour statuer sur la demande d'arbitrage déposée par le demandeur et analyser, décider et juger au regard des faits et du droit.

226. Dans *Paper Mill JV 2000* susvisée³⁸², les arbitres devaient examiner si leur compétence s'étendait à un litige fondé sur des accords de principe conclus le même jour que la conclusion du contrat de joint venture, entre l'associé canadien, défendeur à l'arbitrage, et un tiers, en l'occurrence, le Gouvernement Local. Ces accords de principe comportaient des dispositions dont l'objet était de modifier certaines dispositions du contrat d'EJV conclu le même jour entre les associés canadien et chinois, la société d'Etat Paper Mill. L'associé canadien de la joint venture, qui contestait la qualité de demanderesse de son partenaire chinois au profit du Gouvernement Local, demandait également au tribunal arbitral, sur le fondement de la clause CIETAC du contrat d'EJV, de se déclarer compétent au regard des accords de principe (dépourvus de clause CIETAC). Le tribunal arbitral a constaté l'absence de clause compromissoire entre le partenaire canadien et le gouvernement local, et a déclaré, au vu de la décision du CIETAC d'accepter l'affaire avec les deux parties seulement, être dépourvu d'autorité pour statuer sur la possible extension de la clause à une partie mise en cause dans la procédure³⁸³.

³⁸¹ *Shenzhen XX Biotechnology JV Case 2004*, sentence CIETAC (1^{er} juillet 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1277, traduction de l'auteur.

³⁸² Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*.

³⁸³ « [...] cette affaire a été acceptée (shouli, 受理) [par le CIETAC] sur le fondement de la clause compromissoire convenue dans le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse. Le Gouvernement Local et la défenderesse n'ont signé aucune clause compromissoire. En conséquence, le fait de citer le

227. Une solution identique a été retenue par la Cour suprême en 2006, dans *Dongxun (HK) c/ Hengtong (PRC), ville de Yulin (PRC)*³⁸⁴. La société hongkongaise Dongxun et Hengtong avaient conclu un contrat de joint venture, qui comportait une clause compromissoire CIETAC, afin de participer à un marché public de construction de routes. Le gouvernement local de la ville de Yulin avait émis une garantie au profit de Dongxun, garantie dépourvue de clause compromissoire. A l'issue d'une instance arbitrale, opposant la société de Hong Kong à Hengton et à la ville de Yulin, le CIETAC a étendu les effets de la clause compromissoire au donneur de garantie, la ville de Yulin. Par décision du 13 septembre 2006, la Cour suprême a censuré la sentence arbitrale CIETAC au motif que la ville de Yulin n'était pas partie à la clause compromissoire du contrat de joint venture.

228. Dans *Paper Mill JV 2000*, le tribunal arbitral a, après s'être déclaré incompétent, néanmoins poursuivi l'examen de la demande et examiné le fond des relations contractuelles entre l'associé canadien et le gouvernement local, à savoir la validité des accords de principe et leur force obligatoire au regard du contrat d'EJV : « *Les accords de principe conclus entre la défenderesse et le représentant du Gouvernement Local sont dépourvus d'approbation et sont privés d'effet. Bien qu'il reflète l'intention des deux parties en cause, en application de l'article 13 du décret d'application de la loi sur le CJV, le contrat d'EJV doit prévaloir s'il contient des stipulations en conflit avec ces accords de principe* ». La méthodologie du tribunal arbitral en l'espèce ne peut être approuvée. Le tribunal a estimé, dans un premier temps, être dépourvu d'autorité pour examiner le rapport contractuel entre une partie et un tiers à l'arbitrage, puis s'est de fait estimé compétent pour examiner la validité et la force obligatoire des accords de principe et ce, sans débat contradictoire en présence du Gouvernement Local, pour lequel il venait de se déclarer incompétent. Soit le CIETAC avait définitivement tranché la compétence et sa décision d'acceptation (*shouli*, 受理) du dossier entre les deux parties s'imposait au tribunal, soit le tribunal est habilité à trancher sa compétence, et doit le faire préalablement à tout examen du fond. La solution de compétence eut été certainement différente si les accords de principe avaient été tripartites, si la société d'Etat avait été signataire des accords de principe.

Gouvernement Local en qualité de co-demandeur ne repose sur aucune base légale ». *Ibid.*, traduction de l'auteur.

³⁸⁴ Von WUNSCHHEIM, *op. cit.*, App. D-23.

229. L'approche restrictive de la portée *ratione materiae* de la clause compromissoire du contrat de joint venture tirée de l'interprétation de la formule « litiges relatifs aux contrat de joint venture » est confirmée, dans le cadre du contrôle de l'exécution des sentences étrangères, par le refus des tribunaux chinois d'exequaturer la sentence ICC rendue dans l'affaire *Hemofarm DD, MAG Intertrate Holding DD et Suram Media Ltd. c/ Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd (Yongning)*³⁸⁵. En l'espèce, les sociétés Hemofarm DD et MAG Intertrate Holding DD avaient conclu le 22 décembre 1985 un contrat de joint venture avec la société chinoise Yongning afin de constituer la joint venture Hemofarm Pharmaceutical Co. Ltd (Jinan-Hemofarm). Suram Media Ltd était devenue associé de la joint venture en avril 2000. Le contrat de joint venture était soumis au droit chinois et comportait la clause compromissoire CCI « *Any disputes arising from the execution of, or in connection with the JV contrat ...* ». Yongning avait donné à bail à Jinan-Hemofarm des locaux et un terrain. A la suite d'un litige survenu entre Yongning et la joint venture, Yongning a introduit deux procédures contentieuses contre la joint venture devant les tribunaux chinois, et obtenu deux « *property-preservation orders* » contre la joint venture, conduisant au blocage des comptes bancaires et la mise sous scellés d'une partie des biens de Jinan-Hemofarm. Jinan-Hemofarm a cessé son activité, prétendument à raison de ces actions judiciaires. Les associés Hemofarm et Suram ont alors introduit une demande d'arbitrage devant la CCI contre Yongning, demandant réparation du préjudice subi au motif que leur associé chinois avait violé le contrat de joint venture en rendant impossible, par ses actions judiciaires à l'encontre de la joint venture, la poursuite de Jinan-Hemofarm. Dans sa sentence du 7 mars 2007, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI a examiné les conséquences, dans les relations entre les associés, des actions judiciaires de Yongning à l'encontre de Jinan-Hemofarm. Il a estimé que ces actions constituaient une violation du contrat de joint venture et que le litige entre Yongning et Jinan-Hemofarm aurait dû être porté par Yongning devant la CCI, en application du contrat de joint venture, et condamné Yongning au versement de dommages-intérêts.

230. Hemofarm DD, MAG Intertrate Holding DD et Suram Media Ltd ont demandé l'exécution cette sentence arbitrale devant le tribunal intermédiaire de Jinan. Yongning a objecté que la clause compromissoire ne couvrait pas le litige soumis au tribunal arbitral. Le tribunal intermédiaire de Jinan a soumis l'interprétation de la convention d'arbitrage CCI à la

³⁸⁵ ICC Case No. 13464/MS/JB/JEM, sentence arbitrale (7 mars 2007) rendue à Paris, non publiée. Des extraits de cette sentence sont reproduits dans le jugement du tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong rendu le 27 juin 2008 refusant l'exequatur de cette sentence en Chine, traduction en anglais, van den Berg (ed.) in *Yearbook Commercial Arbitration* 2009, Volume XXXIV (2009).

loi chinoise et déterminé que le litige, qui avait été soumis au tribunal arbitral CCI, n’entraînait pas dans son champ d’application *ratione materiae* : « *Such disputes are purely domestic disputes inside China; they are not disputes related to the joint venture among the joint-venture partners. The matters governed by the arbitration agreement in the joint venture are limited to those related to the joint venture among the joint venture partners, but the lease disputes between Yongning and the JV cannot be governed by the arbitration agreement. The ICC arbitral award was issued based on Yongning's breach on the JV contract by applying for property-preservation orders, which obviously fell outside the scope of the arbitration agreement, and thus shall not be recognised* »³⁸⁶.

231. La décision du tribunal intermédiaire de Jinan confirme l’interprétation étroite du champ de la clause compromissoire en droit chinois en posant une double limitation. Une limitation fondée sur l’étendue *ratione personae* de la clause compromissoire : les litiges entre les parties chinoises sont de nature interne et n’entrent pas dans le champ d’une clause compromissoire internationale prévoyant un siège hors de Chine. Une seconde limitation fondée sur l’étendue *ratione materiae* de la clause compromissoire : les questions soumises à la clause d’arbitrage du contrat de joint venture se limitent (i) aux questions relatives à la joint venture (ii) entre les associés de la joint venture. En conséquence, les décisions judiciaires chinoises à l’encontre de la joint venture, relatives à la préservation des droits de Yongning, étaient hors du litige contractuel, limite du champ d’application de la clause compromissoire. Cette double limite se retrouve également dans les décisions d’extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture aux litiges entre un associé et un tiers.

b. Litige relatif à un contrat entre un associé et la joint venture et extension de la clause compromissoire du contrat de joint venture

232. L’extension de la clause compromissoire, contenue dans le contrat de joint venture, à un différend entre un associé et la joint venture (ou tout autre tiers) fondé sur un contrat dépourvu de clause compromissoire est le corollaire de la situation examinée en (a) ci-dessus. Dans *Xianggang Ouya Technology Co., Ltd. c/ Xinjiang Pijuhua*³⁸⁷, à l’occasion de l’exequatur d’une sentence arbitrale rendue à Hong Kong, la Cour suprême a confirmé

³⁸⁶ (Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 27 juin 2008), traduction en anglais in van den BERG (éd.) in *Yearbook Commercial Arbitration* 2009, Volume XXXIV (2009).

³⁸⁷ *Xianggang Ouya Technology Co., Ltd. c/ Xinjiang Pijuhua, Inc.* (Cour suprême, 28 novembre 2007), Minsi Tazi [Civil Court Ruling] No. 48 (2006), in Wang Exiang (ed.), *Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 15(1), People’s Court Press, Pékin, 2007, pp. 43–48.

l'extension de la convention d'arbitrage du contrat de joint venture, en présence de contrats conclus entre des parties différentes, au motif que le second contrat, le contrat supplémentaire, constituait un élément du contrat principal qui comportait la clause compromissoire. Dans *Jinan-Hemofarm*, l'associé chinois Yongning avait eu recours aux tribunaux chinois afin de faire sanctionner ses droits, de sorte que la question de l'extension de la clause compromissoire du contrat d'EJV au bail n'a été tranchée que dans les rapports entre associés : la clause compromissoire CCI du contrat d'EJV ne s'étend pas aux relations tirées du bail conclu entre la joint venture et l'associé chinois. Cette solution est semblable à celle retenue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Shanghai YY Club JV 1999* examinée ci-dessus, dans laquelle le tribunal arbitral s'était déclaré incompétent.

233. En matière de joint venture, l'affaire *Beijing Mountain Resort JV 2002*³⁸⁸ marque une étape importante au regard de l'opposabilité de la clause compromissoire du contrat de joint venture aux rapports entre la joint venture et un associé. Par jugement en date du 12 décembre 2001, le tribunal supérieur de Pékin s'est déclaré incompétent, au vu de la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture, pour entendre le litige entre la joint venture et un associé, au motif que ce litige était fondé sur une convention qui avait pour objet la modification des droits et obligations des associés de la joint venture, et non la création d'une créance indépendante. Dans cette affaire, la société pékinoise B, une autre société chinoise et une société de Hong Kong avaient, le 28 septembre 1992, conclu un contrat de joint venture pour la réalisation d'un complexe immobilier. La société B avait fait apport des biens immobiliers. Par la suite, la joint venture a conclu deux contrats. Par un premier contrat, la joint venture a cédé la totalité de ses actifs immobiliers à l'associé Hongkongais, et par un second contrat, elle s'est engagée à verser à la société B une compensation correspondant à la valeur des actifs cédés. N'ayant pas reçu le versement du produit de la cession intervenue entre la joint venture et la partie Hongkongaise, la société B a saisi le tribunal pékinois d'une action en paiement de la compensation. Le contrat de joint venture comportait une clause d'arbitrage CIETAC mais le contrat conclu entre B et la joint venture n'en comportait pas. Le tribunal pékinois s'est déclaré incompétent au profit du CIETAC, au motif que la clause d'arbitrage du contrat de joint venture s'étendait au litige relatif au le litige né du contrat entre B et la joint venture relatif au transfert d'actifs.

³⁸⁸ Jugement du 2^{ème} tribunal intermédiaire de Pékin, du 13 septembre 2001, jugement du tribunal supérieur de Pékin du 12 décembre 2001, traduction anglaise et commentaire de PING Liu, *International Arbitration Court Decisions* (S. JARVIN, A. MAGNUSSON, eds), LexisNexis, 2nd ed., 2008.

234. La société B a alors déposé une demande d'arbitrage devant le CIETAC. Dans sa sentence rendue le 30 avril 2002³⁸⁹, le tribunal arbitral s'est, par une décision unanime, déclaré compétent. Il a retenu que la relation contractuelle entre la joint venture et l'associé chinois portait sur une « *modification des droits et obligations de chaque investisseur* », et que le litige en résultant devait être soumis à la clause de règlement des litiges du contrat de joint venture. Sur le fond, le tribunal a rejeté la demande d'indemnisation de la société B. En préambule de la publication de cette sentence, *Beijing Mountain Resort JV 2002*, le CIETAC a présenté un commentaire intitulé « Litiges relatifs à l'exécution des contrats, conclus entre la joint venture et un associé, dépourvus de clause compromissoire »³⁹⁰. Dans ce commentaire, le CIETAC distinguait deux catégories de contrats, conclus entre une joint venture et ses associés, illustrant la question posée aux tribunaux arbitraux. Selon le CIETAC, dans un premier cas de figure, la joint venture et l'associé étranger concluent un contrat pour un achat d'équipement, les fonds investis dans la joint venture servent au paiement de l'achat de l'équipement, et le contrat d'achat ne contient pas de clause compromissoire. L'associé chinois qui découvre que l'équipement acheté à la partie étrangère est en réalité d'occasion, mais payé au prix du neuf, peut-il utiliser la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture au motif que les fonds n'ont pas atteint leur destination telle que contractuellement prévue³⁹¹ ? Dans un second cas de figure, postérieurement à l'établissement de la joint venture, son conseil d'administration décide (moyennant la joint venture comme partie) de conclure un contrat d'exploitation, et la joint venture conclut le contrat d'exploitation, lequel est dépourvu de clause compromissoire. Le litige relatif au contrat de management peut-il être soumis à la clause compromissoire insérée dans le contrat de joint venture ? Le CIETAC s'en remet, sans trancher, aux deux approches, déjà illustrées par les décisions examinées ci-dessus. Chacune de ces approches présente, selon le CIETAC, les caractéristiques suivantes :

- l'approche extensive du consentement à la clause compromissoire, déjà rencontrée dans les sentences *Beijing Mountain Resort JV 2002*, *Shenzhen XX Biotechnology JV Case 2004* et *XX Food JV 2004*, affirme que la clause compromissoire du contrat de

³⁸⁹ *Beijing Mountain Resort JV Case 2002*, sentence CIETAC (30 avril 2002), rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 843, traduction de l'auteur.

³⁹⁰ « Commentaires du CIETAC sur l'utilisation de la clause de contrat de joint venture en cas de litige entre un associé et la joint venture », *Beijing Mountain Resort JV Case 2002*, sentence CIETAC (30 avril 2002), rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 843, traduction de l'auteur.

³⁹¹ Ce premier cas de figure ne fait que reprendre la question des contrats multiples conclus entre les mêmes parties, examinée ci-dessus.

joint venture, stipulant « *disputes relating to this contract* », inclut le contrat de vente d'équipement et le contrat d'exploitation de la joint venture, au motif que ces litiges sont inévitablement relatifs au contrat de joint venture, puisqu'ils sont liés au partage des intérêts et à la distribution des profits de l'autre partie au contrat de joint venture ; et

- l'approche restrictive du consentement à la clause compromissoire, déjà examinée dans les sentences *Shanghai YY Club JV 1999*, *Nanjing Agriculture Product JV 1996* et *Paper Mill JV 2000* et dans le jugement *Jinan-Hemofarm*, énonce en revanche que l'objet du contrat d'achat de l'équipement et du contrat d'exploitation est différent de l'objet du contrat de joint venture, de sorte que les litiges fondés sur les premiers contrats restent en dehors du champ des « *litiges relatifs* » au contrat de joint venture. Ils ne sont donc pas soumis à la clause compromissoire du contrat de joint venture. Ils ne peuvent en conséquence être soumis au CIETAC et le tribunal arbitral est incompétent.

235. L'examen, par les tribunaux chinois, de leur compétence, lorsqu'ils sont saisis de litiges extracontractuels opposant des parties dont certaines sont liées par une clause compromissoire et d'autres sont tiers à la clause compromissoire et au contrat de joint venture, permet de confirmer les principes d'interprétation dégagés ci-dessus quant à la portée de la clause compromissoire.

C. Litige lié à des questions multiples

236. Les litiges liés à des questions multiples (multi-issues), sont en droit français de d'arbitrage international mettre en présence des parties qui sont liées par une ou plusieurs clause compromissoire, d'une part, et des parties qui sont tiers à la ou les clauses compromissoires. En présence de litiges liés à des questions multiples, les tribunaux étatiques oscillent entre deux intérêts, celui de renvoyer les parties liées par la clause compromissoire devant l'arbitre, et celui d'examiner l'ensemble du litige dans le souci d'assurer une bonne administration de la justice et d'éviter des décisions en sens opposé, en faisant obstacle au jeu de la clause compromissoire³⁹². Le droit chinois de l'arbitrage dans ce domaine conserve un caractère non définitif. En effet, dans une décision *Light Industry and Textiles Co. of Jiangsu c/ Top Capital Holding Ltd., Prince Development, Ltd.*, du 31 mai 1998, la Cour suprême

³⁹² J WILLEMS, « Arbitrage et indivisibilité procédurale », *Cahiers de l'Arbitrage*, GP, 29 avril 2001, 32.

avait dépecé le litige, et en renvoyant les parties à la clause compromissoire devant le tribunal arbitral, affirmant ainsi l'incompétence des tribunaux étatiques dans le cadre d'un litige extra-contractuel entre parties liées par une clause compromissoire. Cependant, *WP International Development Co. c/ Songmei Acetic Acid Co., Jilin Chemical Co Ltd.*, rendue en 2005³⁹³, la Cour suprême a modifié sa décision. Dans cette affaire, les parties étaient liées par une clause compromissoire insérée dans le contrat de joint venture. La Cour suprême a cependant approuvé le tribunal de Jilin d'avoir fait échec au jeu de la clause compromissoire, et a estimé que le caractère délictuel des demandes imposait de maintenir l'examen des différends devant le juge étatique. La Cour suprême a donc fait prévaloir la classification délictuelle du litige sur l'étendue *ratione materiae* de la clause compromissoire, alors que cette étendue a vocation à inclure les différends extracontractuels.

237. Dans les affaires *Baishida c/He Zhengkui, Zhuang Fucheng, Anhui Hôtel JV et autres* 2005 et *Hualian* 2009, la Cour suprême a confirmé cette approche dans les litiges liés aux joint ventures. Tout d'abord, dans *Baishida c/He Zhengkui, Zhuang Fucheng, Anhui Hôtel JV et autres*, Baishida, associé américain de la joint venture, avait introduit une demande, devant les tribunaux étatiques, pour concurrence déloyale et détournement de fonds contre plusieurs parties : son associé chinois, deux personnes physiques (MM. He et Zhuang, respectivement président et directeur général de la joint venture), le comité de liquidation de la JV Anhui Hôtel et une société dénommée Jinchen Hotel Management. Dans sa réponse au tribunal supérieur de l'Anhui du 16 juin 2005³⁹⁴, la Cour suprême a confirmé la compétence du juge étatique au double motif que (i) l'objet du litige n'entraîne pas dans le champ d'application de la clause compromissoire du contrat de joint venture qui stipulait « *tous différends survenant en relation avec le contrat* », et que (ii) la clause compromissoire n'était pas opposable aux tiers, notamment MM. He et Zhuang.

238. La Cour suprême a adopté, en 2009, une approche similaire dans l'affaire *Hualian Shin Kong Department Store Co. Ltd.*³⁹⁵ relative à une instance judiciaire multipartite. Dans cette

³⁹³ *WP International Development Co. c/ Songmei Acetic Acid Co., Jilin Chemical Co Ltd.* (2005) Minsi Zhongzi No. 16, commentaire XIAO Yongping et LONG Weidi, « Enforcement of International Agreements in Chinese Courts », *Arbitration International*, Vol 25 Issue 4, p 585.

³⁹⁴ *Baishida c/He Zhengkui, Zhuang Fucheng, Anhui Hôtel JV et autres* (Cour suprême, 16 juin 2005), publié in WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 11(2005), pp. 119-120.

³⁹⁵ *Hualian Group Investment Holding Company c/ Fuhui Network Technology (Shanghai) Ltd. Co. AS, (Hualian)* (Second tribunal intermédiaire de Pékin, 23 avril 2009), Er Zhongmin Chuzi No.04906 (2009), résumé de la décision par TAO Jingzhou, *ITA Arbitration Report*, Kluwer Law International.

espèce, la société hongkongaise Shin Kong Department Store Co. Ltd. et la société chinoise Beijing Hualian Group Investment Holding Co. Ltd. (Hualian Group Investment) avaient établi une joint venture dénommée, Hualian Shin Kong Department Store Co. Ltd (Hualian). Le partenaire hongkongais avait désigné M. Wu, directeur général de la joint venture Hualian, lequel avait désigné M. Gan, directeur général adjoint. Le partenaire chinois, Hualian Group Investment, prétendait que Wu et Gan avaient, en collusion avec une autre société, Fuhui Network Technologies Co. (Fuhui), frauduleusement induit la joint venture Hualian à conclure avec Fuhui un accord relatif à un projet de construction d'une valeur de 27 millions RMB. Le contrat de joint venture et le projet de construction comportaient chacun une clause compromissoire. Il n'est pas indiqué dans le jugement si ces clauses étaient compatibles. En se fondant sur le droit d'action dans l'intérêt de la société dont il est un associé, reconnu en droit chinois des sociétés³⁹⁶, Hualian Group Investment, le partenaire chinoise de la joint venture Hualian a introduit une action judiciaire pour collusion frauduleuse, à l'encontre de Fuhui, de Wu et de Gang, et demandé l'annulation du projet de construction conclu par la joint venture. Arguant que la demande avait été introduite dans l'intérêt de la joint venture, Fuhui a opposé, à la compétence du juge étatique, l'application de la clause compromissoire du projet de construction, et Wu et Gang ont opposé la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture. Dans son jugement du 23 avril 2009, le 2^{ème} tribunal intermédiaire de Pékin s'est estimé compétent et a rejeté les objections d'incompétence, en indiquant qu'en raison de sa nature délictuelle, le litige n'entrait pas dans le champ d'application *ratione materiae* de la convention d'arbitrage du projet de construction. Il n'entrait pas non plus dans le champ d'application *ratione personae* de la convention d'arbitrage puisque Wu et Gang n'étaient pas parties au contrat de joint venture.

239. Les litiges complexes, inhérents au contentieux des joint ventures sino-étrangères, ne parviennent pas à s'affranchir de l'obstacle posé par le mode d'interprétation de la clause compromissoire prévalant en droit chinois de l'arbitrage. Une remise en cause du refus de recourir à une interprétation *in favorem* des conventions d'arbitrage, afin de promouvoir leur

³⁹⁶ L'art. 152 de la loi sur les sociétés de 2005 dispose : « Lorsqu'un représentant de la société est impliqué dans des circonstances décrites à l'article 150, l'associé d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme, qui détient individuellement ou conjointement 1% du total des parts sociales durant 180 jours consécutifs, peut demander par écrit au conseil de surveillance de déposer une demande en justice devant un tribunal populaire. [...] »

Quand les droits et intérêts juridiques de la société sont violés par des tiers et pour le cas où il en résulte une perte, les associés définis à l'aliéna 1 ci-dessus peuvent déposer une demande en justice devant un tribunal populaire conformément aux deux premiers alinéas qui précèdent ».

validité, et du dépeçage des litiges moyennant l'usage systématique de la notion de « litige contractuel » entre les « parties signataires » du contrat de joint venture sino-étrangère, est nécessaire afin de permettre un accès normal des parties à l'arbitrage telles qu'elles en sont convenues dans la clause d'arbitrage. A l'instar des solutions adoptées par d'autres règlements d'arbitrage en matière d'adjonction de tiers, de litiges multipartites et multicontrats et de consolidation de procédures³⁹⁷, le règlement CIETAC 2012 prévoit désormais la consolidation des procédures arbitrales et la constitution de « tribunaux multipartites »³⁹⁸. Cette nouvelle pratique arbitrale permettra peut-être une évolution du droit chinois de la compétence arbitrale vers une plus grande souplesse du maniement des notions de consentement à l'arbitrage et d'étendue du litige, en présence de contrats complexes et de relations multipartites.

Titre II Les règles matérielles applicables aux litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères

240. La compétence juridictionnelle de l'arbitre international établie, l'étude des règles matérielles utilisées par l'arbitre permet de cerner le contexte de l'examen substantiel du litige relatif au contrat de joint venture sino-étrangère. En matière d'arbitrage international, les règles matérielles, auxquelles le tribunal arbitral a recours afin de trancher le litige qui lui est soumis, sont en principe déterminées par les parties et, en l'absence de choix, par le tribunal arbitral. Le caractère international de l'arbitrage réside dans l'autonomie, laissée aux parties, de choisir les règles matérielles applicables au contrat et, à défaut d'accord, dans la latitude donnée à l'arbitre de déterminer les règles matérielles applicable au litige. Ces deux éléments sont remis en cause dans le traitement des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères, lequel se heurte à nouveau aux limites imposées par l'ordre juridique chinois. A la recherche des règles matérielles, applicables aux litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères (chapitre I), succèdera l'examen du contenu des règles matérielles appliquées par l'arbitre (chapitre II).

Chapitre I Les règles matérielles applicables par l'arbitre

241. On distinguera l'examen du droit applicable au contrat de joint venture sino-étrangère (section I) de celui du droit applicable aux autres contrats en relation avec celui-ci (section II).

³⁹⁷ Arts. 7 à 10, règlement d'arbitrage ICC 2012.

³⁹⁸ Arts. 17, 27, règlement d'arbitrage du CIETAC 2012.

Section I – Le droit applicable au contrat de joint venture

242. On examinera tout d'abord la question de la détermination par l'arbitre du droit applicable au fond (§ 1) puis celle de la loi applicable au contrat de joint venture sino-étrangère (§ 2).

§ 1 La détermination par l'arbitre de la loi applicable au fond

243. La détermination de la loi applicable au contrat international bénéficie du principe l'autonomie de la volonté. La plupart des systèmes de droit international privé ont adopté le principe de la liberté de choix en matière contractuelle³⁹⁹. Le droit chinois des contrats et le droit international privé chinois affirment également ce principe de la liberté de choix de loi, en matière de contrats internationaux, mais les textes formulent ce principe un peu différemment. Alors que le règlement (CE) No. 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 18 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le « Règlement Rome I ») énonce que le contrat est régi par la loi choisie par les parties, le droit chinois des contrats internationaux énonce que les parties peuvent choisir la loi applicable à la « *résolution du litige contractuel* », sauf disposition contraire de la loi⁴⁰⁰. Cette formulation n'est pas reprise dans la loi sur le droit international privé de 2010, qui dispose que : « *les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat* »⁴⁰¹.

244. Les lois relatives à l'arbitrage international confirment l'autonomie de la volonté en matière de droit applicable au fond⁴⁰². Certaines lois et règlements d'arbitrage international étendent la liberté des parties de choisir les règles matérielles applicables en dehors des lois étatiques, et disposent que les parties peuvent élire des « règles de droit »⁴⁰³. Comme

³⁹⁹ Art. 3.1, Règlement Rome I ; art. 3.1, Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; Restatement (Second) of Conflict of Laws §187 (1971).

⁴⁰⁰ Art. 126(1), loi sur les contrats, anc. Art. 5(1), loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

⁴⁰¹ Art. 41, loi sur le droit international privé chinois.

⁴⁰² Art. 1511, Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011 : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* » ; art. 28(1), loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, amendée en 2006 ; art. 46(1), loi anglaise sur l'arbitrage.

⁴⁰³ V. en ce sens, art. 1511, Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011 ; art. 28(1), loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, amendée en 2006 ; art. 1054 Code de procédure civile néerlandais issu de la loi du 2 juillet 1986 sur l'arbitrage. En revanche, la loi anglaise sur l'arbitrage limite l'autonomie des parties au choix d'une loi nationale. Pour les règlements d'arbitrage, v. art. 35, règlement d'arbitrage 2010 de la CNUDCI ; art. 21(1), règlement d'arbitrage CCI 2012 ; art. 22(3), règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration.

l'indique E. GAILLARD, il est admis que la référence aux « règles de droit », et non seulement à la « loi » applicable, permet aux parties de soumettre le différend « soit à une loi étatique, soit aux principes généraux du commerce international, soit encore à une combinaison des deux »⁴⁰⁴.

245. Bien qu'inspirée de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, la loi chinoise sur l'arbitrage ne comporte pas de disposition relative à la loi applicable au litige. L'adoption, par certaines commissions chinoises d'arbitrage de dispositions relatives à la loi applicable au fond est récente. Dans ses versions antérieures à 2012, le règlement du CIETAC était silencieux sur la question du droit applicable, et l'obligation de l'arbitre consistait seulement en une obligation générale de trancher le litige conformément à la loi et aux stipulations contractuelles⁴⁰⁵.

246. Cette absence, en droit de l'arbitrage chinois, de règles relatives à la loi applicable au litige n'a pas fait obstacle à la recherche, par les tribunaux arbitraux siégeant en Chine, des règles matérielles applicables au fond, mais elle a eu un impact durable sur la conception et la méthode du conflit de lois mis en oeuvre par ces tribunaux arbitraux. On constate tout d'abord que les sentences arbitrales CIETAC rendues antérieurement à 1995 n'évoquent pas la loi applicable au contrat de joint venture⁴⁰⁶. Dans ces sentences, les arbitres ont appliqué le droit chinois au fond du litige sans déterminer préalablement le droit applicable⁴⁰⁷. Si cette pratique s'explique au regard du droit chinois de l'arbitrage international qui ne contenait pas de disposition relative à la détermination par l'arbitre du droit applicable au fond, elle s'explique moins au regard du droit chinois des contrats internationaux, qui, à compter de l'entrée en vigueur, de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1985, a énoncé une règle de conflit de lois. Ce recours direct au droit chinois confirme la pratique contemporaine, relevée

⁴⁰⁴ E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes Pierre Bellet*, pp. 203-217, paragr. 15.

⁴⁰⁵ Art. 43(1) : « Le tribunal arbitral rend sa sentence de manière indépendante et impartiale sur la base des faits, conformément à la loi et aux termes des contrats, en tenant compte de la pratique internationale et en vertu des principes d'équité et de raison », désormais art. 47(1), règlement CIETAC 2012 : « The arbitral tribunal shall independently and impartially render a fair and reasonable arbitral award on the basis of the facts in accordance with the law, the terms of the contracts, and with reference to international practices ».

⁴⁰⁶ Seules les sentences *Seafood Restaurant JV 1989* (CJV), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°1 et *Solar Energy JV 1990*, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39 (EJV) traitent de la loi applicable au contrat de joint venture.

⁴⁰⁷ Ainsi, les sentences *Shanghai Silk Road Hotel JV Case (1988)*, *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°66, et *Kaifeng Decoration JV Case (1990)*, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°63 appliquent directement les textes.

par les auteurs, d'une « *application implicite* » du droit chinois par les arbitres siégeant en Chine⁴⁰⁸. Elle confirme également que l'arbitre, siégeant sous l'égide d'une commission d'arbitrage chinoise, ne se sentait pas tenu – voire ne concevait pas – d'appliquer un droit autre que le droit chinois.

247. La pratique de la détermination par les arbitres d'une loi applicable au litige s'est développée parallèlement à l'élaboration du droit international privé chinois et selon la même méthodologie. L'arbitre international, siégeant sous l'égide d'une commission chinoise recherche la loi applicable selon la règle de conflit de lois du for. L'absence de disposition légale chinoise relative à la loi applicable au litige, dans le silence du règlement, impose implicitement à l'arbitre de s'appuyer sur la règle de conflit de lois du for. Dans cette circonstance, l'arbitre se comporte de la même façon qu'un juge étatique, lequel doit déterminer la loi applicable selon la règle de conflit du for. L'absence de règle de conflit de lois propre à l'arbitrage international est un des éléments supplémentaires qui permettent de douter de l'autonomie de droit de l'arbitrage au regard de l'ordre juridique national, et de l'existence, jusqu'en 2012, de véritables règles de l'arbitrage international, dans la pratique du règlement CIETAC. A compter de 1995, les tribunaux arbitraux recherchent le droit applicable au contrat de joint venture sino-étrangère, préalablement à l'examen du litige, et font systématiquement appel à la règle de conflit de lois du for chinois. Or, dans son contenu, la règle chinoise de conflit de lois (i) écarte la validité du choix de règles de droit transnationales, (ii) comporte des exceptions au principe de liberté de choix de loi pour un grand nombre de catégories de contrats, et (iii) soumet le droit étranger applicable au fond à un statut fragile, en faisant supporter, en pratique, aux parties le fardeau de prouver son contenu, faute de quoi le droit chinois s'applique.

248. Désormais, les règlements d'arbitrage des deux grandes commissions chinoises ont incorporé le principe de l'autonomie de la volonté et offrent aux arbitres une méthodologie, affranchie de la règle de conflit locale, pour déterminer le droit applicable. Les règlements CIETAC et BAC limitent toutefois le choix des parties à un droit étatique (*fa* 法, ou *faliü*, 法律) et ne se réfèrent pas à des règles de droit (*faliü guizi*, 法律规字) comme le font d'autres règlements d'arbitrage international. L'office de l'arbitre saisi d'un litige repose sur le respect et la mise en œuvre du choix de loi des parties en tranchant le litige selon la loi – ou les règles

⁴⁰⁸ Xiaoying LI-KOTOVTCHIKHINE, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 2002, pp. 113-163.

de droit - choisies par les elles. Le règlement d'arbitrage de la BAC 2007 prévoit le respect par l'arbitre du choix de loi : « *Le tribunal arbitral statue sur le fond du litige selon le droit (falü, 法律) choisi par les parties. Sauf convention contraire des parties, le droit choisi par les parties se réfère au droit de fond, mais non aux règles de conflit de lois* »⁴⁰⁹. Le règlement CIETAC 2012 dispose que : « *Lorsque les parties sont convenues de la loi (fa, 法) applicable au fond de leur litige, l'accord des parties prévaut* »⁴¹⁰.

249. Ainsi, l'arbitre international n'est donc pas tenu de respecter les limites, imposées par la règle de conflit de lois du siège de l'arbitrage, à la liberté de choix de loi des parties, sous réserve de l'ordre public international⁴¹¹. C'est dans ce contexte que l'arbitre, statuant en matière internationale, se distingue du juge étatique. A la différence du juge, l'arbitre n'est pas tenu de mettre en oeuvre les règles de conflit de loi du siège. A défaut de choix des parties, il appartient à l'arbitre de déterminer les règles matérielles applicables au litige. L'approche contemporaine distingue les textes qui donnent à l'arbitre la liberté de déterminer directement la loi applicable et ceux qui lui demandent de recourir à une règle de conflit de lois. En premier lieu, les dispositions les plus libérales prévoient que l'arbitre a des pouvoirs aussi étendus que ceux des parties, et détermine le « droit », ou le cas échéant les « règles de droit », applicable au fond, sans avoir recours à une règle de conflit de lois⁴¹². Le règlement arbitrage CIETAC 2012, qui prévoit qu' « *en l'absence de choix des parties, l'arbitre devra déterminer le droit tel qu'il s'applique au litige* » (article 47(2)), s'inscrit dans cette catégorie de dispositions. En second lieu, certaines dispositions prévoient que l'arbitre doit recourir à une règle de conflit de lois, choisie par l'arbitre « *à la règle de conflit de lois qu'il estime*

⁴⁰⁹ Art. 60(1). La traduction en français du règlement arbitrage BAC 2007 est disponible sur <http://www.bjac.org.cn/french/arbit.html>. Le terme « *falü* », « *droit* » est traduit par erreur par « *règles de droit* » sur le site.

⁴¹⁰ Art. 47(2), similaire à l'art. 28(1)), loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, amendée en 2006 ; art. 21(1), règlement d'arbitrage CCI 2012.

⁴¹¹ V. P. MAYER, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, sous la direction de S. CORNELOUP et Natalie JOUBERT, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, Année 2011, Volume 35, Paris, LexisNexis Litec, pp. 429-441 ; E. GAILLARD, « The role of the arbitrator in determining the applicable law », *Leading Arbitrators' Guide*, L.W. Newman, R.D. Hill (eds), 2ème édition Juris Publishing 2008, chapitre 10, p. 185 ; P. LALIVE, « Le droit applicable au fond par l'arbitre international », in De Lourdes Belchior (Ed.), *Droit international et droit communautaire : actes du colloque, Paris, 5 et 6 avril 1990*, Paris, Fondation Calouste Gulbenkian Centre culturel portugais, 1991, pp. 33-53.

⁴¹² Voir en ce sens art. 1512 du Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011 : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées* » ; art. 21(1) du règlement d'arbitrage CCI 2012 : « *A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées* » ; art. 22(3), règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration.

appropriée » ou énoncée dans le règlement d'arbitrage⁴¹³. Le règlement BAC s'inscrit dans cette seconde catégorie de dispositions, et ne laisse pas l'arbitre libre de choisir la règle de conflit de lois, le renvoyant à la règle chinoise de conflit de lois fondée sur les liens les plus étroits : « *A défaut de choix des parties sur le droit applicable, le tribunal arbitral applique le droit avec lequel le différend présente les liens les plus étroits* »⁴¹⁴. Il convient de rechercher ci-après ce qu'il en est dans les sentences arbitrales rendues en matière de joint ventures sino-étrangères.

§ 2 La restriction au principe de choix de loi en matière de contrat de joint venture sino-étrangère

250. Les contrats de joint ventures sino-étrangères exécutés en Chine sont exclus des contrats bénéficiant de la règle chinoise d'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable. Ils sont soumis au droit chinois. Cette restriction s'impose en premier lieu à la joint venture sino-étrangère elle-même.

251. La joint venture sino-étrangère est une entreprise, dotée ou non de la personnalité morale, soumise au droit chinois. L'EJV est constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée⁴¹⁵, et est un sujet de droit soumis à la compétence et à la protection du droit chinois⁴¹⁶. La joint venture contractuelle dotée de la personnalité morale est, comme l'EJV, une personne morale de droit chinois. Lorsqu'elle est dépourvue de personnalité morale, la joint venture contractuelle doit néanmoins être enregistrée, comme entreprise, auprès de l'Administration de l'Industrie et du Commerce de la RPC (ci-après l'« AIC ») et est, ainsi que les associés, soumise au droit chinois de la responsabilité civile⁴¹⁷. L'établissement de l'ensemble des joint ventures sino-étrangères est en outre soumise à

⁴¹³ Art. 46(3), loi anglaise sur l'arbitrage « *If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable* » ; art. 28(2), loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, amendée en 2006 et art. 35(1), règlement d'arbitrage 2010 de la CNUDCI : « *A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce* ». Comme l'indique E. GAILLARD, le règlement et la loi-type de la CNUDCI autorisent les parties à choisir des « règles de droit » mais, à défaut d'accord, l'arbitre doit rechercher la « loi » applicable. V. *contra*, art. 1512, Code de procédure civile issu du décret du 13 janvier 2011 et art. 21(1), règlement d'arbitrage ICC 2012, qui autorisent l'arbitre, en l'absence de choix des parties, à déterminer les « règles de droit » applicables.

⁴¹⁴ Art. 60(2), règlement d'arbitrage de la BAC 2007.

⁴¹⁵ Art. 4, loi sur les EJV.

⁴¹⁶ Art. 2, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV.

⁴¹⁷ Arts. 50 à 54, chapitre IX, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV.

l'approbation des autorités chinoises⁴¹⁸. Depuis 2005, les investissements étrangers sont soumis à une procédure soit d'approbation, soit de vérification préalable.

252. Le droit chinois des investissements étrangers impose également que la joint venture se conforme au droit chinois pour toutes ses activités : « *les joint ventures doivent mener toutes leurs activités dans le respect des lois, décrets et règlements pertinents de la RPC* »⁴¹⁹. La joint venture sino-étrangère est assimilée à une entité de droit chinois et ne peut donc échapper à l'application du droit local. Toutefois, en raison de la participation étrangère, cette entité possède le statut d'entreprise à capitaux étrangers et bénéficie d'un régime juridique et fiscal dérogatoire au droit commun applicable aux sociétés chinoises⁴²⁰.

253. Certaines clauses de choix de loi constatées dans la pratique ajoutent à l'application du droit chinois celles de règles matérielles étrangères ou de normes privées, codifiées par certaines entreprises multinationales pour la conduite mondiale de leurs affaires. ZENG Jia fait état de clauses, constatées dans la pratique de la rédaction des contrats de joint ventures sino-étrangères, imposant à la joint venture sino-étrangère, pour la conduite de ses activités, une double obligation de conformité : conformité aux pratiques et standards chinois et conformité aux pratiques et standards internes adoptés par l'investisseur étranger. En l'occurrence, une joint venture sino-américaine prévoyait le respect, par la joint venture, des règles édictées par la société multinationale américaine quant à la conduite de ses affaires (*Proper Business Practices*) ou quant aux normes environnementales et sanitaires (*Health Safety and Environmental Policy and Assurance System*). Ces clauses de choix de loi peuvent aller jusqu'à soumettre les activités de la joint venture aux lois d'application extraterritoriales du pays de l'investisseur étranger, en l'occurrence le Foreign Corrupt Practices Act, les lois de contrôle des exportations et les lois antiboycott, sous réserve que ces lois n'entrent pas en conflit avec les lois de la PRC⁴²¹.

⁴¹⁸ Art. 6, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV ; art. 6, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV.

⁴¹⁹ art. 2, loi sur les EJV et art. 5, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV. Pour les CJV : « *une CJV doit se conformer aux lois et à la réglementation chinoise, et ne doit pas porter atteinte aux intérêts publics de la Chine* », art. 3.2, loi sur les CJV ; « *The establishment of a CJV within the Chinese territory shall conform to the national development policy and industrial policy, and abide by the State instructive directory on foreign investment* » art. 2, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV.

⁴²⁰ V. paragr. 410 et s. *infra*.

⁴²¹ « *Article x : The joint venture shall adopt and comply with standard of conduct and business practices in conformity with the laws and regulation of the PRC and those standards applied by M International Inc. on a worldwide basis, including for W International Inc.'s Business Code of conduct, W International Inc.'s Proper Business Practices and W International Inc.'s Health Safety and Environmental Policy and Assurance System, and such laws and regulations of A country which extend to W International Inc.'s operation outside the A*

254. En matière de contrats de joint ventures, Ppe de la liberté de choix⁴²². *Ref au mémoire sur la loi applicable aux JV en général. Sentences arbitrales CCI.*

255. En dépit de la liberté de choix de loi affirmée en matière contractuelle⁴²³, le droit chinois en exclut trois contrats nommés, le contrat d'EJV, le contrat de CJV et le contrat d'exploration pétrolière et d'exploitation des ressources naturelles (ci-après les « trois contrats »), auxquels il réserve l'application du droit chinois. Antérieurement au décret d'application 1983 de la loi sur les EJV et à la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1985, le droit chinois ne comportait pas de disposition relative à la loi applicable au contrat de joint venture sino-étrangère, seule la joint venture était soumise au droit chinois. Comme l'indique O. NEE⁴²⁴, la pratique contractuelle a, à partir de 1979, et en raison de la soumission de la joint venture sino-étrangère au droit chinois, créé l'usage selon lequel le contrat de joint venture sino-étrangère était également régi par la loi chinoise. Cette pratique a été ultérieurement codifiée dans les textes de 1983 et 1985. Les entreprises étrangères en Chine font d'ailleurs une évaluation très réservée de l'application du droit chinois. Les réponses reçues au questionnaire, adressé par SHAN Wenhua entre avril et juillet 2001, à des investisseurs étrangers en Chine, montrent que l'obligation d'appliquer le droit chinois aux contrats de joint ventures sino-étrangères reçoit un degré de satisfaction très mitigé⁴²⁵.

256. On examinera la qualification du contrat (A) puis la règle de conflit de lois mise en oeuvre (B) par le tribunal arbitral.

country, provided they do not conflict (although they may be in addition to what is required by) with the laws and regulations of the PRC, including without limitations the A country's Foreign Corrupt Practices Act and export controls laws and antiboycott laws », citée par ZENG Jia, « The application of law about the Contract of China's joint venture », Derecho civil y romano : Culturas y Sistemas Juridicos Comparados, Universidad Nacional Autonoma De Mexico, Mexico, 2005, pp.133-146.

⁴²² V. PIRONON, *op. cit.*, n° 748-750. L. BAPTISTA, P. DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, LGDJ 1986, pp. 88-89.

⁴²³ Art. 126(1), loi sur les contrats, anc. Art. 5(1), loi sur les contrats économiques avec l'étranger ; arts. 3 et 41, loi sur le droit international privé chinois.

⁴²⁴ O. NEE, *Shareholder agreements & joint ventures*, Sweet & Maxwell, 2009.

⁴²⁵ Le taux de satisfaction est 41%, non satisfaction de 36%, ne savent pas 14%, sans opinion 9%. Parmi les associés étrangers des joint ventures, le taux de satisfaction s'élève à 50%, contre 40% de non satisfait. Le « degré d'inquiétude » n'étant que de 23% pour les associés britanniques des joint ventures, contre 55% pour ceux originaires d'Europe continentale SHAN Wenhua, « Law and foreign investment in China : General role of Law and substantive issues », 2 *Manchester Journal of International Economic Law*.41 2005, p. 73.

A. La qualification du contrat ou du litige par le tribunal arbitral

257. La qualification du contrat ou du litige est la condition préalable à la détermination de la loi applicable. Son enjeu, pour les besoins de la détermination de la loi applicable, est important, en raison de l'application du droit chinois, mandatée par les textes. En matière de contrats de joint ventures sino-étrangères, deux critères sont pris en compte dans les textes (i) il doit s'agir d'un contrat ayant pour objet une relation de coopération entre une partie chinoise et une partie étrangère, et (ii) ce contrat doit être exécuté sur le territoire chinois.

258. Le premier critère, la relation de coopération et la prise de risque corrélative des associés afin de rechercher un bénéfice partageable est l'essence du contrat de joint venture⁴²⁶. Bien que la question n'ait pas été examinée par les arbitres sous l'angle du droit applicable, mais sous celui de la validité du contrat, on relève que certains contrats, notamment en matière de projets immobiliers, bien que dénommés par les parties « contrat de joint venture », s'avèrent n'être en réalité que des contrats de construction immobilière, voire de bail immobilier, n'impliquant aucune création d'entreprise distincte et aucune prise de risque pour l'un des associés, assuré d'un revenu stable.

259. Le second critère, l'exécution du contrat en Chine, a longtemps été un facteur de rattachement négligé. En effet, jusqu'au début du XXI^{ème} siècle, le seul objet de la conclusion d'un contrat de joint venture sino-étrangère, résidait dans la réalisation d'un investissement en Chine, de sorte que le contrat était bien exécuté en Chine. Or, depuis l'essor de la politique chinoise d'ouverture à compter de 2001, on constate l'émergence d'un grand nombre de joint ventures sino-étrangères constituées pour les besoins d'un investissement ou d'une coopération à l'étranger uniquement. L'exécution à l'étranger de ces contrats de joint ventures sino-étrangères écarte toute application de la législation chinoise, pays de l'investisseur étranger, et non pays de l'exécution du contrat. La décision *République démocratique du Congo c/ FG Hemisphere Associates LLC*⁴²⁷ a révélé l'importance des joint ventures sino-étrangères constituées entre des sociétés d'Etat chinoises et des sociétés d'autres Etats, pour les besoins du développement et de la mise en valeur des ressources naturelles de certains Etats africains ou sud américains, en l'occurrence la République

⁴²⁶ « Joint venture : A business undertaking by two or more persons engaged in a single defined project. The necessary elements are : (1) an express or implied agreement ; (2) a common purpose that the group intend to carry out ; (3) shared profits and losses ; and (4) each member's equal voice in controlling the project », *Black's Law Dictionary*, 8^{ème} édition, Saint Paul, Etats-Unis, Thomson West, 2004.

⁴²⁷ [2011] HKEC 747, décision de la court of final appeal de Hong Kong rendue le 8 juin 2011.

démocratique du Congo. Dans cette affaire, la demanderesse Hemisphère, un « fonds vautour », était cessionnaire de deux sentences ICC rendues à l'encontre de la République Populaire du Congo et tentait de les exécuter dans plusieurs juridictions, notamment à Hong Kong. Les mesures d'exécution – autorisées dans un premier temps par le juge hongkongais et infirmées par la court of final appeal – ont entraîné le blocage de fonds à hauteur de 85 millions USD qu'un consortium de sociétés chinoises (en l'occurrence, China Railway Group (Hong Kong) Ltd, China Railway Resources Development Ltd, China Railway Sino-Congo Mining Ltd et China Railway Group Ltd) était sur le point de verser au titre d'un droit d'entrée dans une joint venture sino-congolaise, créée avec la société d'Etat congolaise Gécamines, en relation avec un projet minier au Congo.

260. La règle de conflit de lois chinoise prévoit que la qualification de la relation juridique internationale est du domaine de la loi du for⁴²⁸. Les arbitres procèdent, dans les sentences examinées, à la recherche de la loi applicable, tantôt par la qualification du contrat, tantôt par la qualification du litige. Dans les deux cas, l'analyse est particulièrement laconique : « *le contrat litigieux dans cette affaire est un contrat d'EJV* »⁴²⁹, « *le différend entre les parties dans cette affaire découle de l'exécution d'un contrat d'EJV sur le territoire de la RPC* »⁴³⁰, « *Les litiges entre les parties dans cette affaire tombent dans la catégorie des litiges durant l'exécution d'un contrat de CJV* »⁴³¹, « *le litige dans cette affaire concerne un contrat d'EJV* »⁴³², « *les litiges dans cette affaire sont des litiges entre des « coopérateurs » chinois et étranger* »⁴³³, « *les litiges dans cette affaire découlent de l'exécution de contrats de CJV* »⁴³⁴, « *les litiges concernés par cette affaire tombent dans les litiges relatifs à la*

⁴²⁸ Art. 8, loi sur le droit international privé chinois.

⁴²⁹ *The Tripartite Share Transfer Chemical JV 1999*, sentence CIETAC (3 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 622, traduction de l'auteur.

⁴³⁰ *The XX Boutique JV 1999*, sentence CIETAC (6 avril 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 388, traduction de l'auteur.

⁴³¹ *Guangzhou XX Building JV 1999*, sentence CIETAC (1er avril 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375, traduction de l'auteur.

⁴³² *Socks JV 1999*, sentence CIETAC (18 octobre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 574 ; v. également, *The Melamine Products JV 1999*, sentence CIETAC (31 mai 1999) rendue à Shenzhen, *Ibid.*, p. 433.

⁴³³ *Delicious Catering JV 1998*, sentence CIETAC (11 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 181, traduction de l'auteur.

⁴³⁴ *Tripartite Share Transfer Chemical JV 1999*, sentence CIETAC (3 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 622. V. également *Hazardous Waste Disposal Site JV 2005*, Sentence CIETAC (29 décembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1436.

conclusion et à l'exécution d'un contrat d'EJV, sur le territoire de la RPC »⁴³⁵... « Les demandes du Demandeur incluent une indemnisation pour contrefaçon de marque, de technologie brevetée et non-brevetée »⁴³⁶. Il s'agit donc pour l'arbitre de vérifier l'existence ou non d'un « litige contractuel » découlant d'un contrat de joint venture sino-étrangère. La notion de « litige contractuel » (*hetong zhengyi*, 合同争议) revient fréquemment en droit chinois de l'arbitrage, où elle est utilisée afin de déterminer l'étendue *ratione materiae* du consentement⁴³⁷. Elle est également utilisée en droit international privé afin de définir le domaine de la loi applicable⁴³⁸. La définition donnée au « litige contractuel » dans ces deux domaines est pratiquement identique et s'étend à la formation, la validité, l'exécution, la modification, la transmission et l'extinction du contrat ainsi que la responsabilité pour inexécution⁴³⁹.

B. La règle de conflit mise en œuvre par le tribunal arbitral

261. Le principe, posé en 1983, de la soumission des joint ventures sino-étrangères au droit chinois, a été invariablement réaffirmé, tant en droit chinois des investissements étrangers qu'en droit chinois des contrats internationaux. En dépit de sa stabilité, la formulation et le fondement de cette restriction à l'autonomie de la volonté sont loin d'être clairs. La règle imposant la soumission du contrat de joint venture sino-étrangère au droit chinois a été formulée de deux manières : (i) soumission au droit local des contrats de joint ventures sino-étrangères, et (ii) limitation légale de l'autonomie de la volonté pour les contrats de joint ventures sino-étrangères exécutés sur le territoire chinois.

262. Un examen de cette double formulation, issue de textes d'inspiration et de nature différentes, simultanément en vigueur, révèle un millefeuille législatif et réglementaire dépourvu de cohérence (1), et permet de s'interroger sur la nature de cette règle (2) et sur son fondement (3).

⁴³⁵ *Shenzhen Alloy Industrial JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 691, traduction de l'auteur.

⁴³⁶ *Shenzhen XX Biotechnology JV 2004*, Sentence CIETAC (1^{er} juillet 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1129.

⁴³⁷ Loi sur l'arbitrage ; art. 2, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage 2006.

⁴³⁸ Art 145, PGDC ; art. 126(1), loi sur les contrats ; art. 2, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable 2007.

⁴³⁹ Art. 2, interprétation par la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage 2006 ; art. 2, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable 2007.

1. La formulation de la règle imposant l'application du droit chinois

263. La règle est tout d'abord énoncée comme l'obligation directe de soumettre le contrat de joint venture sino-étrangère au droit local. Cette formulation est énoncée dans la réglementation chinoise spécifique aux joint ventures sino-étrangères : « *La formation d'un contrat de joint venture, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement de ses litiges sont soumis au droit chinois* »⁴⁴⁰ ... « *Le droit chinois s'applique à la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des litiges relatifs au contrat de CJV* »⁴⁴¹. Afin de déterminer la loi applicable au contrat de joint venture sino-étrangère, quelques sentences CIETAC publiées ont recours à ces dispositions du droit chinois des investissements étrangers : « *Conformément aux dispositions de l'article 15 du décret d'application de la loi sur les EJV, le droit chinois s'applique dans cette affaire* »⁴⁴².

264. D'autres textes législatifs chinois affirment la liberté de choix de la loi applicable au litige contractuel, puis ajoutent, dans une formule impérative, que le contrat de joint venture sino-étrangère est soumis au droit chinois. Ainsi, dans la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, l'obligation d'appliquer le droit chinois n'est pas expressément énoncée sous la forme d'une exception au principe de la liberté de choix de la loi applicable au litige contractuel, mais elle est exprimée en parallèle à la liberté de choix de loi⁴⁴³. De même, l'interprétation de la Cour suprême sur la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1987 impartit au juge ou à l'arbitre d'appliquer la loi choisie par les parties, puis ajoute que les « trois contrats » doivent être régis (*bixu shiyong*, 必须适用) par le droit chinois, le choix d'une loi étrangère étant invalide (*wuxiao*, 无效)⁴⁴⁴. Enfin, les dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007 énoncent le principe de la liberté de choix de la loi applicable au litige contractuel (article 4) puis imposent l'application du droit chinois à neuf

⁴⁴⁰ Art. 12, décret d'application de 2001 de la loi sur les EJV (anc. art. 15, décret d'application de 1983 de la loi EJV).

⁴⁴¹ Art. 55, décret d'application de 1995 de la loi sur les CJV.

⁴⁴² *The Tripartite JV Case 2000*, sentence CIETAC (18 janvier 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 753, traduction de l'auteur. V. également *XX Property Development JV 2004*, sentence CIETAC (31 décembre 2004) : « *L'article 55 du décret d'application de 1995 de la loi sur les CJV dispose que « Le droit chinois s'applique à la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des litiges relatifs au contrat de CJV ». Sur le fondement de ce qui précède, le tribunal estime que le droit applicable au litige dans cette affaire doit être le droit de la RPC* », *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1240, traduction de l'auteur.

⁴⁴³ Arts. 5(1) et 5(2), loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

⁴⁴⁴ Arts. 2(2) et (3), interprétation de la Cour suprême sur la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1987.

catégories de contrats, exécutés en Chine, dont les contrats de joint ventures sino-étrangères⁴⁴⁵.

265. Les sentences arbitrales rendues entre 1989 et 1999 adoptent généralement cette formulation impérative, prévue à l'article 5(2) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, reposant sur (i) la qualification du contrat en contrat d'EJV ou de CJV et (i) l'exécution de ce contrat sur le territoire chinois pour la détermination de la loi applicable aux contrats d'EJV : « *Selon les dispositions de l'article 5 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, le contrat litigieux dans cette affaire est un contrat d'EJV exécuté sur le territoire de la RPC, et les lois de la RPC sont applicables* »⁴⁴⁶ ; et pour la détermination de la loi applicable aux contrats de CJV : « *Le litige concerne un contrat de CJV exécuté en Chine. Conformément à l'article 5(2) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, le droit de la RPC s'applique à la résolution du litige* »⁴⁴⁷. Certaines sentences arbitrales se fondent cumulativement sur la règle de conflit du droit chinois des investissements étrangers et sur celle du droit des contrats internationaux : « *Conformément à la loi chinoise sur les EJV et à la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, le droit chinois est applicable au litige* »⁴⁴⁸ ; « *le contrat litigieux est un contrat d'EJV. Conformément à la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et à la loi sur les EJV, le droit chinois s'appliquera au présent litige* »⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ « *L'exécution de l'un quelconque des contrats suivants, sur le territoire chinois, sera soumis au droit chinois : [...]* », art. 8, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007.

⁴⁴⁶ *XX Costume JV 1998*, Sentence CIETAC (30 avril 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 155 ; *XX Boutique JV 1999*, Sentence CIETAC (6 avril 1999) rendue à Shenzhen : « *Le litige dans cette affaire découle de l'exécution d'un contrat de joint venture sino-étrangère sur le territoire de la RPC. Conformément aux dispositions du droit chinois, les lois de la RPC s'appliqueront pour trancher le litige* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 388 ; *Melamine Products JV 1999*, Sentence CIETAC (1er avril 1999) rendue à Shenzhen : « *Le litige dans cette affaire découle de l'exécution entre les parties d'un contrat d'EJV sur le territoire chinois. Conformément à la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, le droit applicable dans cette affaire sera le droit de la PRC* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 433.

⁴⁴⁷ *The Seafood Restaurant JV 1989*, sentence CIETAC (5 janvier 1989), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 1. V. également *Solar Energy JV 1990*, sentence CIETAC (14 juin 1990) : « *In accordance with Article 5 of the FECL the applicable law for the settlement of the dispute is the law of the PRC* » *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39 ; *Guangzhou XX Building JV 1999*, sentence CIETAC (1er avril 1999) rendue à Shenzhen : « *Les litiges entre les deux parties sont des litiges durant l'exécution du contrat de CJV sur le territoire chinois. Conformément aux dispositions de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, le droit de la RPC s'appliquera pour trancher ce litige* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375.

⁴⁴⁸ *The Socks JV 1999*, sentence CIETAC (18 octobre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 574, traduction de l'auteur. NB, la loi sur les EJV ne comporte pas de disposition relative à la loi applicable au contrat de joint venture, cette disposition est contenue dans son décret d'application.

⁴⁴⁹ *The Tripartite Share Transfer Chemical JV Case 1999*, sentence CIETAC (3 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 622, traduction de l'auteur. V. également *XX Real Estate JV 2004*, Sentence CIETAC (7 janvier 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1047 ;

266. L'obligation est enfin formulée dans les textes chinois comme une exception, ou une dérogation (« *sauf disposition contraire de la loi* »), au principe de la liberté du choix du droit applicable au litige contractuel ou au contrat. Cette dérogation apparaît pour la première fois en 1986, dans les PGDC : « *sauf disposition contraire de la loi, les parties aux contrats impliquant des intérêts étrangers ont la faculté de déterminer la loi applicable au règlement de leurs différends contractuels* »⁴⁵⁰ puis dans la loi sur les contrats : « *sauf disposition contraire de la loi* »⁴⁵¹, et enfin dans la loi sur le droit international privé chinois qui pose le principe de la liberté de choix à l'ensemble des relations civiles, moyennant la réserve suivante : « *sauf disposition contraire de la loi* »⁴⁵². Les sentences les plus récentes se fondent tant sur l'article 126(2) de la loi sur les contrats : « *le litige entre les parties dans cette affaire est né durant l'exécution du contrat de CJV. Conformément à l'article 126 de la loi sur les contrats, le droit de la RPC s'applique* »⁴⁵³ que sur l'article 5 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, « *en vigueur au moment de la conclusion du contrat* »⁴⁵⁴

267. Dans la pratique arbitrale, on constate que c'est paradoxalement cette volonté, contractuellement exprimée par les parties, du choix de la loi chinoise, qui, à compter de 1998, est retenue régulièrement par nombres de tribunaux arbitraux, comme seul fondement de la détermination de la loi applicable, sans référence aux textes imposant l'application du droit chinois : « *L'article 58 du contrat de joint-venture stipule que « la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des différends en vertu du présent contrat seront régis par le droit chinois applicable ».* En conséquence, les différends dans le cadre de cette

Railway Hotel JV 2005, Sentence CIETAC (18 janvier 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1261 ; *XX Resort Hotel JV 2005*, Sentence CIETAC (12 avril 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1305-6.

⁴⁵⁰ Art. 145, PGDC.

⁴⁵¹ Art., 126(1), loi sur les contrats. Le 1er octobre 1999, l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats abroge la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger 1987. Mais les auteurs indiquent que cette interprétation a continué d'être appliquée après l'abrogation, par la loi sur les contrats, de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, v. TAO Jingzhou, *op. cit.*, n° 283.

⁴⁵² Art. 3, loi sur le droit international privé chinois.

⁴⁵³ *XX Railway Hotel JV 2005*, Sentence CIETAC (18 janvier 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1261 ; *Creditors' Dispute 2005*, Sentence CIETAC (25 octobre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1401 ; *Shenzhen XX Pharmaceutical JV 2005*, Sentence CIETAC (23 novembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1414 ; *Hazardous Waste Disposal Site 2005*, Sentence CIETAC (29 décembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1436.

⁴⁵⁴ *XX Plastic Molds JV 2003*, Sentence CIETAC (8 août 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1035.

affaire doivent être régis par le droit chinois»⁴⁵⁵. Dans certaines sentences CIETAC, cette référence à la clause de choix de loi est doublée :

- d'une référence générale aux « *dispositions pertinentes du droit chinois* » : « *conformément aux règles de droit de la RPC pertinentes et à l'accord du demandeur et du défendeur dans le contrat de coopération, le contrat de coopération sera soumis au droit de la RPC* »⁴⁵⁶.
- d'une référence à la réglementation du droit chinois des investissements étrangers⁴⁵⁷ : « *Le tribunal considère qu'en vertu de l'article 15 du décret d'application sur les CJV et de l'article 51 du Contrat, la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des différends découlant du contrat seront régis par le droit chinois* »⁴⁵⁸ ... « *Le Demandeur et le Défendeur sont tous deux des personnes morales étrangères. En vertu du règlement d'arbitrage, les dispositions sur l'arbitrage commercial international doivent être appliquées au cas d'espèce. L'article 14 du Contrat litigieux stipule que : « ce contrat est conclu conformément aux lois, à l'ordre public et aux réglementations en vigueur à l'époque de sa signature ». De plus, l'article 2 du décret d'application de la loi sur les EJV dispose que les joint-ventures établies sur le territoire chinois conformément à la loi chinoise sur les EJV sont des personnes*

⁴⁵⁵ *Colored Woven Mill JV 1998*, sentence CIETAC (8 Septembre 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 242. V. également, *Warehouse JV 2001*, sentence CIETAC (26 avril 2001), rendue à Pékin : « *L'article 59 du contrat dispose : « La conclusion, la validité, l'exécution, l'interprétation et le règlement des litiges du contrat seront soumis aux lois et à la réglementation de la RPC ». En conséquence, les lois de la RPC s'appliqueront à la résolution des litiges dans cette affaire* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821 ; *JV Share Transfer Case 2001*, sentence CIETAC (28 août 2001) rendue à Shenzhen : « *Selon l'accord des deux parties dans le Contrat, la conclusion, la validité, l'exécution, l'interprétation et le règlement des litiges sont soumis aux lois de la RPC. En conséquence, les lois de la RPC s'appliquent pour résoudre le litige contractuel* » *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 834 ; *Beijing XX Building JV Case 2000*, sentence CIETAC (5 Décembre 2000) rendue à Pékin : « *L'article 48 du contrat d'EJV stipule : « la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et la résolution des litiges du contrat seront soumis au droit de la RPC ». En conséquence, le tribunal décide que le droit application à la résolution du litige dans cette affaire est le droit de la RPC* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 799. V. également, *XX Information Technology JV 2005*, Sentence CIETAC (18 janvier 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1274 ; *Shenzhen XX Data Network JV 2005*, Sentence CIETAC (29 mars 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1290.

⁴⁵⁶ *Precision Stationary JV Case 1999*, sentence CIETAC (8 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 636.

⁴⁵⁷ Pour une CJV, v *Industrial Building Development JV 1999*, sentence CIETAC (20 janvier 1999) rendue à Shenzhen : « *Le litige découle d'une CJV. Conformément aux dispositions de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et l'accord des parties contenu dans le contrat de CJV, le droit applicable au contrat de CJV est le droit de la RPC. En conséquence, le droit de la RPC s'applique dans cette affaire* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 280.

⁴⁵⁸ Sentence BAC (22 mai 2009) rendue à Pékin, *inédite*, traduction de l'auteur.

morales chinoises et sont soumises à la compétence et à la protection du droit chinois. L'article 12 (sic) prévoit que la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des différends issus du contrat seront régis par le droit chinois. En vertu des lois, de la réglementation et de l'accord des parties, le droit applicable pour trancher ce litige sera le droit de la RPC »⁴⁵⁹.

- d'une référence à l'exception à la liberté de choix de loi. C'est le cas en matière de contrats de CJV : *« Le litige dans cette affaire est né de l'exécution de contrats de CJV. Conformément à l'article 5(2) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et à l'article 52 [qui dispose] « la conclusion, les effets, l'interprétation, l'exécution et la résolution des différends seront soumis au lois de la RPC », le droit de la RPC s'appliquera dans cette affaire »⁴⁶⁰. C'est également le cas en matière de contrats d'EJV : « Conformément à l'article 126(2) de la loi sur les contrats et aux stipulations du Contrat d'EJV, le droit applicable au Contrat, y compris le droit applicable aux litiges découlant du contrat, est le droit de la RPC »⁴⁶¹.*

268. Il va de soi que la convergence des critères retenus par les arbitres leur permet de cumuler les fondements, mais le raisonnement est peu convaincant, puisque ces sentences se contentent de combiner ces critères sans les articuler. Dans de rares instances, comme l'affaire

⁴⁵⁹ Sentence BAC (16 mars 2009) rendue à Pékin, inédite, traduction de l'auteur.

⁴⁶⁰ *Shanghai Decoration JV 1999*, sentence CIETAC (19 août 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 509. V. également, *Storage and Carriage JV 1998*, sentence CIETAC (13 janvier 1998) rendue à Shenzhen : « Selon les dispositions légales chinoises, l'exécution des contrats de CJV sur le territoire de la RPC est soumise au droit de la RPC. Un accord identique figure à l'article 16.1 du contrat. En conséquence le droit chinois s'applique au litige dans cette affaire », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89 ; *Delicious Catering JV 1998*, sentence CIETAC (11 Mai 1998) rendue à Shenzhen : « The disputes in this case were disputes between Chinese and foreign cooperators. Conformément aux dispositions de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et les stipulations du contrat de coopération, le droit applicable dans cette affaire sera le droit de la Chine continentale », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 181 ; *Real Estate JV 1999*, sentence CIETAC (10 Février 1999) rendue à Shenzhen : « Conformément aux stipulations du contrat de CJV [conclu] entre les parties et les dispositions de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, les lois de la RPC seront applicables pour trancher le litige dans cette affaire », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 353 ; *The XX Beer House JV Case 1999*, sentence CIETAC (3 Décembre 1999) rendue à Shenzhen : « Conformément aux dispositions pertinentes de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et la loi sur les CJV ainsi que les stipulations du contrat de CJV conclu par les parties, le loi applicable au contrat de CJV et le droit applicable à la résolution du litige dans cette affaire seront le droit de la PRC », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 614 ; *Shenzhen Alloy Industrial JV 1999*, sentence CIETAC (9 décembre 1999) rendue à Shenzhen : « Conformément à l'article 5(2) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et à l'article 50 du contrat d'EJV, la résolution des litiges sera soumise au droit chinois », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 691 ; *Jiangsu XX Elevator Engineering JV 2005*, sentence CIETAC (31 mars 2006), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1532.

⁴⁶¹ *Shenzhen Biotechnology JV 2004*, sentence CIETAC (1^{er} juillet 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1129.

*Tripartite Real Estate JV 1999*⁴⁶², le tribunal arbitral prend la peine de vérifier la conformité du choix des parties aux exigences du droit spécial des investissements étrangers : « *Les parties sont convenues, à l'article 46 du contrat de CJV, que le droit de la RPC était applicable à ce litige, ce qui est compatible avec la loi sur les CJV, et sera donc confirmé par le tribunal arbitral* ».

2. La nature de la règle imposant l'application du droit chinois

269. En dépit de son caractère répétitif, la nature de la règle imposant l'application du droit chinois aux contrats de joint ventures sino-étrangères reste imprécise. En effet, les sentences arbitrales susvisées illustrent cette pluralité de sources de droit et mais également les différences dans la nature de la règle. Les auteurs chinois divergent d'ailleurs sur la nature de l'obligation d'appliquer le droit chinois aux « trois contrats ». Tantôt c'est l'application de la loi chinoise aux « trois contrats » qui est qualifiée d'impérative, d'obligatoire ou de réserve d'ordre public par certains auteurs⁴⁶³. Tantôt c'est la réglementation sur les joint ventures qui est qualifiée de lois de police ou de lois d'application territoriale⁴⁶⁴. Il est cependant permis de penser que le fondement juridique est d'un autre ordre. L'objectif de la règle énoncée par la règle chinoise des conflits de lois est l'application du droit chinois⁴⁶⁵. La loi chinoise sanctionne par la nullité (*wuxiao*, 无效) toute clause d'*electio juris* au profit d'un droit étranger, insérée dans l'un des « trois contrats »⁴⁶⁶.

270. En conséquence, il ne s'agit pas d'imposer, en présence d'un choix de loi étrangère, l'application de règles du droit chinois, au motif qu'elles sont contenues dans une loi impérative ou une loi de police, ni même d'imposer l'application de l'ordre public chinois. En effet, si tel était le cas, les lois chinoises sur les joint ventures sino-étrangères ou les autres règles impératives s'appliqueraient indépendamment du droit étranger choisi par les parties et,

⁴⁶² *Tripartite Real Estate JV 1999*, sentence CIETAC (15 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 491. V. également *XX Food JV 1999*, Sentence CIETAC (9 octobre 1999) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 567.

⁴⁶³ V. ZHANG Mo, sur l'art. 126-2 de la loi sur les contrats, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, 2006 Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, p. 333. V. également TAO Jingzhou. *Arbitration Law and Practice in China*, 2ème édition, 2008 Kluwer Law International, p. 100, paragr. 281 ; N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *op. cit.*, paragr. 8.116.

⁴⁶⁴ XU Donggen, *Le droit international privé en Chine : une perspective comparative*, *Recueil des cours*, tome 270 (1997), p. 136.

⁴⁶⁵ Art. 2, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV ; art. 55, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV ; art. 126(2), loi sur les contrats.

⁴⁶⁶ Art. 2(3), interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1987.

en cas de conflit entre les textes, les dispositions impératives chinoises sur les joint ventures sino-étrangères neutraliseraient l'application du droit étranger.

271. Il s'agit en réalité d'appliquer, au contrat de joint venture sino-étrangère, le droit chinois dans son ensemble, à l'exclusion de tout droit étranger. Il s'agit de soumettre au droit chinois tous les aspects du contrat de joint venture, sa validité, son interprétation, son exécution et le règlement des différends le concernant. On trouve ici effectivement la volonté de contrôler, par l'application du droit national, toutes les formes d'investissements étrangers en Chine. Pour ce faire, l'application du droit local est doublement sécurisée par le caractère impératif des dispositions légales imposant son application (a) et par une limitation légale au principe même d'autonomie de la volonté (b).

a. *le caractère impératif des dispositions légales imposant l'application du droit local...*

272. L'application du droit chinois au contrat de joint venture sino-étrangère ne résulte pas du caractère impératif des lois chinoises relatives aux joint ventures sino-étrangères, mais du caractère impératif des dispositions du droit chinois imposant l'application du droit chinois. C'est la règle de conflit de lois elle-même qui présente un caractère impératif et non le contenu de la réglementation chinoise sur les joint ventures sino-étrangères.

273. Les dispositions du droit chinois des investissements étrangers, imposant l'application du droit chinois, revêtent dans leur formulation un caractère impératif : « *La formation d'un contrat de joint-venture, sa validité, son interprétation, son exécution et le règlement des différends qui en découlent seront régis par le droit chinois* »⁴⁶⁷. Telle est également la formulation de la règle contenue en droit international privé chinois : « *La loi applicable [...] doit (bixu, 必须) être la loi chinoise* »⁴⁶⁸. C'est donc la règle de conflit de lois elle-même qui est qualifiée de règle impérative (*qiangzhi guiding, 强制规定*)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Art. 55, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV ; art. 55, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV.

⁴⁶⁸ Art. 2(3), interprétation par la Cour suprême sur la loi sur les contrats économiques avec l'étranger ; art. 8, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007 : « *Si les parties agissent de façon à contourner les dispositions impératives des lois ou des règlements administratifs de la RPC et si la loi étrangère n'a pas d'effet, le droit de la RPC s'appliquera au litige relatif au contrat en question* ».

⁴⁶⁹ Art. 4, loi sur le droit international privé chinois ; art. 6, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007. L'avis de la Cour suprême sur certaines questions relatives à la détermination et l'exécution des litiges judiciaires civiles et commerciales avec l'étranger, du 17 avril 2000, comporte cette même idée, pour les trois contrats, donnant à la règle une force contraignante un peu différente : « *le droit chinois est nécessairement applicable (bixu shiyong, 必须适用)* ».

274. Telle est la qualification retenue par les arbitres dans *Trademarks A&B JV 1999* : « *En vertu des stipulations sur le droit applicable convenues entre les parties dans la Clause 49 du contrat d'EJV et des dispositions impératives de la loi chinoise (zhongguo falü dui ... de qiangzhixing guiding, 中国法律对... 的强制性规定) sur les EJV et sur les CJV, le droit chinois est applicable en l'espèce, c'est-à-dire, concrètement, la loi et le décret d'application sur les EJV* »⁴⁷⁰. Dans cette décision, les « dispositions impératives » de la loi chinoise sur les EJV et les CJV dont il s'agit sont bien celles relatives au conflit de lois et non à l'ensemble des textes. Dans *XX Food JV 1999*, le tribunal énonce : « *Les parties au litige sont convenues au Chapitre 19, Clause 1 du Contrat d'EJV que « la conclusion, la validité, la résolution, l'exécution et les litiges issus du contrat doivent être régis par le droit de la RPC ». Les parties ayant clairement stipulé un choix de loi conforme aux dispositions impératives du droit chinois (zhongguo falü de qiangzhixing guiding, 中国法律的强制性规定), le droit chinois doit être appliqué au litige* »⁴⁷¹. A nouveau, les « dispositions impératives du droit chinois » dont il s'agit sont bien les dispositions relatives à l'application directe du droit local en matière de joint ventures, et non aux lois chinoises relatives aux joint ventures dans leur ensemble.

b. ... et l'absence de véritable principe d'autonomie de la volonté.

275. La formulation de l'encadrement, par la loi, de la liberté de choix montre que la restriction est en outre exprimée en amont, comme une limitation légale au principe même d'autonomie de la volonté des parties.

276. La limitation légale à l'autonomie de la volonté est au cœur de la règle de conflit de lois chinoise : « *les parties peuvent, conformément aux dispositions légales (yizhao falü guiding, 依照法律规定), expressément choisir la loi applicable à une relation civile comportant des éléments d'extranéité* »⁴⁷². C'est donc de la conception chinoise de la notion d'autonomie de

⁴⁷⁰ *Trademarks A&B JV 1999*, Sentence CIETAC (19 février 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 639.

⁴⁷¹ *XX Food JV 1999*, Sentence CIETAC (9 octobre 1999) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 567.

⁴⁷² Art. 3, loi sur le droit international privé chinois ; XU Donggen, *Le droit international privé en Chine : une perspective comparative*, Recueil des cours, tome 270 (1997), p. 131. Voir également CHEN Weizuo : « *En résumé, tant que le choix de la loi applicable par les parties se déroule « conformément aux dispositions légales », c'est-à-dire dans les limites permises par la nouvelle loi chinoise de DIP et par toute autre loi chinoise, les parties peuvent toujours faire le choix de la loi applicable par accord exprès. A cet égard, la nouvelle loi chinoise de DIP fait particulièrement preuve d'ouverture* », « La nouvelle loi chinoise de droit international privé du 28 octobre 2010 : contexte législatif, principales nouveautés et critiques », *JDI*, n° 2, avril 2011, paragr. 15 et 17.

la volonté en droit international qu'il s'agit : cette formulation illustre, dans ce domaine du droit, la faiblesse réelle de l'affirmation de la volonté des parties comme source de droit. L'autonomie de la volonté ne s'exerce, et ne produit des effets juridiques, que dans la mesure et dans les limites fixées par la loi étatique, cette dernière étant seule source de droit⁴⁷³. Cette restriction apportée au choix de loi applicable aux « trois contrats » place la faculté des parties, de disposer d'une véritable autonomie, sous la dépendance de l'ordre juridique interne⁴⁷⁴. C'est donc, assorti de cette faiblesse inhérente, découlant de la formulation de l'article 3 de la loi sur le droit international privé chinois, que doit être entendu le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, par ailleurs affirmé en termes très larges dans le même texte : « *Les parties peuvent par convention choisir la loi applicable à leur contrat* » (art. 41).

277. La faiblesse du principe même de l'autonomie de la volonté énoncé à l'article 3 de la loi sur le droit international privé est confirmée par la première interprétation de cette loi par la Cour suprême. La Cour suprême y énonce que le juge chinois doit déclarer (*ying rending*, 认定), en l'absence de disposition expresse du droit chinois autorisant les parties à choisir le droit applicable à leur relation juridique, la clause de choix de loi invalide. Cette interprétation de l'autonomie de la volonté a pour effet de renverser la présomption de validité de la clause de choix de loi acquise. Alors qu'antérieurement, l'invalidité de la clause de choix de loi était cantonnée (i) aux trois contrats⁴⁷⁵ et (ii) au cas de contournement d'une loi ou d'un règlement impératifs chinois⁴⁷⁶, la Cour suprême introduit par cette nouvelle disposition une présomption générale d'invalidité de la clause de choix de loi, en l'absence de texte l'autorisant. Il reste à vérifier dans son application si, dans sa mise en œuvre, cette interprétation, qui fait reposer l'obligation sur le juge chinois, s'applique également à l'arbitre siégeant en Chine.

⁴⁷³ M.-L. NIBOYET, *Contrat Internationaux, Jurisclasseur Droit International*, 1998, Fasc. 552-10, paragr. 52.

⁴⁷⁴ M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, paragr. 53.

⁴⁷⁵ L'art. 2(3) de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats avec l'étranger de 1987 stipule que les « trois contrats » exécutés en Chine « doivent » (*bixu*, 必须) être soumis au droit chinois et ajoute que : « *les clauses contractuelles que les parties choisissent de soumettre à une loi étrangère seront nulles (wuxiao, 无效)* ». art. 2, Avis de la Cour suprême sur la loi applicable de 2000.

⁴⁷⁶ Art. 6, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007 : « *Lorsque les parties choisissent d'appliquer un droit étranger et ainsi contournent des lois et des réglementations chinoises impératives, l'application de la loi choisie sera nulle et le droit chinois s'appliquera* ».

278. Les sentences arbitrales en matière de joint ventures ne montrent pas que les arbitres ont eu l'occasion d'explorer les sanctions susvisées. En effet, d'une part, les auteurs rapportent que la pratique avait accepté très tôt l'application du droit chinois et, avant même l'adoption des décrets d'application de la loi sur les EJV et les CJV, faisait éléction du droit chinois⁴⁷⁷. D'autre part, il semble possible que la procédure d'approbation administrative du contrat de joint venture sino-étrangère purge l'insertion d'un choix de loi étrangère.

3. Le fondement de la règle imposant l'application du droit chinois

279. Certains auteurs expliquent le fondement de cette exception à l'autonomie de la volonté par la nature catégorielle des contrats concernés ou par leur lien étroit avec la Chine - contrats exécutés en Chine - l'application du droit chinois résulterait du « lien étroit » avec la Chine, « du point de vue territorial »⁴⁷⁸. Cette position est justifiable dans le cadre d'un conflit de lois en l'absence de choix de loi, mais elle n'explique pas l'exclusion de l'autonomie de la volonté pour cette catégorie de contrats. Il est parfaitement envisageable, en l'absence de choix, d'estimer que le contrat de joint venture sino-étrangère exécuté en Chine présente son lien le plus étroit avec la Chine, de sorte qu'il est soumis au droit interne de ce pays. Tel est le cas de nombre de contrats d'investissement pour lesquels l'application de la du pays récipiendaire de l'investissement n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence de choix de loi. En effet, l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 dispose que le tribunal arbitral statue sur le différend conformément aux « règles de droit adoptées par les parties », le « droit de l'Etat contractant partie au différend » ne s'appliquant que faute d'accord.

280. Le contrat de joint venture se situe à la convergence de trois domaines du droit, le droit des sociétés, le droit des contrats et le droit des investissements. Certains auteurs expliquent la soumission au droit chinois par un souci de contrôle raisonnable, du point de vue des intérêts de la nation, des investissements qui ont des effets importants sur l'économie nationale⁴⁷⁹. La joint venture est le format longtemps imposé pour réaliser un investissement étranger en Chine : au regard du droit international général et conventionnel des investissements, les parts détenues dans une joint venture par l'investisseur étranger sont des avoirs qui constituent un investissement étranger et l'activité de la joint venture déployée par l'investisseur étranger est

⁴⁷⁷ O. NEE, *op. cit.*, paragr. 3:44.

⁴⁷⁸ XU Donggen, *op. cit.*, pp. 135-6 ; ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, p. 334 ; N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *op. cit.*, paragr. 8.116.

⁴⁷⁹ ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, p. 334.

également un investissement⁴⁸⁰. De fait, la joint venture et l'ensemble de ses activités sont déjà soumises au droit chinois, ce qui répond au besoin de protéger la politique économique du pays récepteur de l'investissement. Cette nécessité de contrôler les investissements étrangers par l'application du droit local, aussi légitime soit-elle, ne permet pas de répondre d'un façon satisfaisante à l'application impérative du droit local au contrat de joint venture sino-étrangère. Il s'agit en l'occurrence d'une « particularité » de la Chine, dont le maintien s'apparente plus à une évidence réaffirmée depuis 35 ans qu'à une règle juridique fondée. Il convient désormais d'examiner la portée de cette règle et les tempéraments apportés à cette exception à la liberté du choix de loi.

Section II La portée de la règle imposant l'application du droit chinois

281. La règle imposant l'application du droit chinois aux contrats de joint ventures sino-étrangères doit également être appréciée dans une double dimension. La première dimension réside dans le domaine de la loi applicable au contrat de joint venture sino-étrangère (§ 1) et la seconde dimension réside dans l'extension, à d'autres contrats, de la loi régissant le contrat de joint venture (§ 2).

§ 1 Le domaine de la loi applicable

282. Le domaine de la loi applicable s'entend des matières que la loi, choisie par les parties, déterminée par la règle de conflit ou par les règles impératives, a vocation à régir. La *lex contractus* régir en principe toutes les questions substantielles en relation avec le contrat pour autant qu'elle peut leur apporter une solution (A). En l'absence de solution ou en cas de conflit entre le droit interne et le droit international, il convient de rechercher, dans quelle manière les dispositions contenues dans le droit international supplantent l'application du droit interne (B).

A. Le domaine d'application du droit interne chinois

283. Le domaine des règles matérielles chinoises applicables au contrat de joint venture est déterminé par la règle de conflit de lois. Selon le Règlement Rome I, la loi applicable à un contrat a vocation à régir son existence et sa validité (art. 10-1), son interprétation, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ses obligations, les modes d'extinction des obligations, et les conséquences de la nullité du

⁴⁸⁰ V. Introduction *supra*.

contrat (art. 12-1). Le droit chinois des investissements étrangers dispose que le domaine de la loi applicable est sensiblement plus large que celui prévu dans le Règlement Rome I. A la formation, la validité, l'interprétation, et l'exécution du contrat, il ajoute le règlement des litiges⁴⁸¹. Dans sa définition du litige contractuel en droit international privé, la Cour suprême a encore ajouté les cas de modification, de transmission et d'extinction du contrat⁴⁸².

284. Les clauses de choix de loi citées dans les sentences CIETAC publiées reprennent la plupart du temps le texte du droit chinois des investissements : « *L'article 58 du contrat de joint venture stipule que « la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des litiges relatifs à ce contrat seront régis par les lois pertinentes de la RPC »* »⁴⁸³ ... « *L'article 59 du contrat stipule : « la formation, la validité, l'exécution, l'interprétation et le règlement des litiges du contrat seront régis par les lois et réglementations de la RPC »* »⁴⁸⁴ ... « *Conformément à l'accord des deux parties au contrat, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des litiges seront soumis aux lois de la PRC* »⁴⁸⁵. Certaines clauses, dont la validité reste à tester devant les juges ou les arbitres, imposent à la joint venture sino-étrangère de se conformer tant à des normes privées édictées par des sociétés multinationales étrangères, qu'à certaines lois du pays de l'investisseur d'application internationale, telles que les lois luttant contre la corruption et les lois antiboycott⁴⁸⁶.

B. L'application du droit international

285. La règle imposant l'application du droit interne chinois est toutefois assortie d'une limite liée à son propre contenu : l'application du droit international intervient à titre de correctif ou à titre complémentaire du droit interne chinois.

⁴⁸¹ Art. 12, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV ; art. 55, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV.

⁴⁸² Art. 2, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007.

⁴⁸³ *Colored Woven Mill JV Case 1998*, Sentence CIETAC (8 Septembre 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 242.

⁴⁸⁴ *Warehouse JV Case 2001*, Sentence CIETAC (26 avril 2001) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821.

⁴⁸⁵ *JV Share Transfer Case 2001*, Sentence CIETAC (28 août 2001) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 834.

⁴⁸⁶ V. paragr. 253 *supra*.

286. L'application à titre correctif du droit international suppose que les dispositions d'un traité international auquel la Chine a accédé entrent en conflit avec le droit interne chinois⁴⁸⁷. Dans ce cas, les PGDC font prévaloir l'application de ce traité international (*guoji tiaoyue*, 国际条约) sur le droit interne. L'application à titre complémentaire du droit international intervient en cas de lacune du droit interne chinois, et permet de recourir à la « *pratique internationale* » (ou usages internationaux, *guoji guanli*, 国际惯例) : « *les usages internationaux peuvent être appliqués dans les cas où le droit de la RPC ne contient pas de dispositions pertinentes* »⁴⁸⁸. Ainsi, sous réserve des intérêts publics de la Chine (art. 150, PGDC), la hiérarchie des normes prévue par le droit civil chinois fait prévaloir (i) les traités internationaux sur le droit interne en cas de dispositions conflictuelles, puis (ii) ouvre la possibilité de recourir à la pratique internationale, à défaut de disposition dans les traités ou dans le droit interne. L'adoption de clause de choix de loi, qui incorpore le recours au droit international, à titre correctif ou complémentaire, est recommandée par les spécialistes⁴⁸⁹. Les auteurs confirment l'existence de ces clauses dans les contrats de joint ventures sino-étrangères : « *Article y : This Contract shall be interpreted and enforced in accordance with and governed by the promulgated and publicly available laws and regulations of the PRC. If no such promulgated PRC law exists to govern a particular matter relating to this Contract, then the relevant provisions in many treaty (sic) to which the PRC is a member or signatory may be applied. If there is no such treaty applicable, then general international practices may be applied* »⁴⁹⁰. Ces rarissimes clauses de choix de loi ont d'ailleurs été validées par les arbitres : « *en application de l'article 20(1) du contrat de CJV, le tribunal tranchera le litige conformément aux lois et règlements internes chinois valables et en vigueur. En l'absence de disposition dans le droit et la réglementation chinoise, il peut être fait application des conventions internationales (guoji gongyue, 国际公约) auxquelles la Chine a accédé. De*

⁴⁸⁷ Art. 142(2), PGDC : « *Lorsqu'un traité international conclu par la République Populaire de Chine ou auquel elle a accédé comporte des dispositions différentes de celles dans les droits civils de la République Populaire de Chine, et hormis les cas de réserves annoncées par la République Populaire de Chine, les dispositions conventionnelles s'appliqueront* ».

⁴⁸⁸ Art. 142(3) : « *En cas de lacune des traités internationaux conclus par la République Populaire de Chine et auxquels elle a accédé, la pratique internationale s'appliquera* » ; PGDC, Art. 5(3), loi sur les contrats économiques avec l'étranger ; art. 2.9, interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger 1987 ; art. 2, avis sur certaines questions relatives à la détermination et l'exécution des litiges judiciaires civiles et commerciales avec l'étranger, du 17 avril 2000.

⁴⁸⁹ O. NEE, *op. cit.*

⁴⁹⁰ Clause citée par ZENG Jia, « *The application of law about the Contract of China's joint venture* », *Derecho civil y romano : Culturas y Sistemas Juridicos Comparados*, Universidad Nacional Autonoma De Mexico, Mexico, 2005, pp. 133-146.

même, dans le silence des conventions, le tribunal arbitral pourra se référer à la pratique internationale »⁴⁹¹.

1. L'application des traités internationaux

287. L'application des traités internationaux par les tribunaux chinois soulève tout d'abord la question de la position du traité international dans l'ordre juridique chinois. En l'absence de disposition dans la constitution chinoise, le statut des traités internationaux est imprécis et leur hiérarchie dans le système juridique chinois reste difficile et incertaine. Il est difficile de ranger la Chine parmi les pays de tradition monistes ou dualistes⁴⁹². Il ressort de la pratique chinoise, décrite par les auteurs, que la Chine appartenait à une tradition moniste, inspirée des pays de droit continental aux termes de laquelle les traités internationaux s'appliquent directement et sont incorporés dans l'ordre juridique interne sans qu'il y ait besoin de recourir à une législation interne. Dans la seconde moitié des années 1990, il semble que la Chine se soit éloignée de cette tradition moniste pour se rapprocher d'une approche dualiste, qui nécessite l'adoption d'un texte de droit interne pour incorporer le traité, a adoptée une forme de pratique désignée comme « hybride »⁴⁹³. Décrite succinctement, cette formule « hybride » distingue l'effet interne des traités internationaux de l'application des dispositions contenues dans les traités internationaux⁴⁹⁴. Comme l'indique B. AHL, la première étape nécessaire consiste dans la publication, au journal officiel de l'assemblée populaire nationale, d'un traité international conclu par la Chine et de sa ratification par l'Assemblée populaire nationale⁴⁹⁵. Après cette publication, le traité international a le même rang qu'une loi chinoise votée par l'Assemblée populaire nationale. Dans une seconde étape, afin d'appliquer les dispositions de ce traité international, ratifié et publié, par l'administration ou par les tribunaux, il semble nécessaire que le droit interne chinois comporte une « norme de référence »⁴⁹⁶ ou une

⁴⁹¹ *Tianjin XX Seeds Production JV Case 2003*, Sentence CIETAC (16 juin 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1029.

⁴⁹² J. Z. LI et GUO Sanzhuan, « China », *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, 2011, pp. 174-188 ; v également ZHANG Mo, « Choice of law in contracts : a Chinese approach », 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, pp. 289-333, p. 329.

⁴⁹³ B. AHL, « Chinese Law and international treaties », 39 *Hong Kong Law Journal* 735.

⁴⁹⁴ B. AHL, *Ibid.*

⁴⁹⁵ Conformément à l'article 67 de la Constitution chinoise. V. en revanche J. Z. LI et GUO Sanzhuan, selon lesquels, la procédure de ratification ou d'approbation du traité ne serait pas une condition préalable à son applicabilité en Chine, « China », *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, 2011, pp. 180-181.

⁴⁹⁶ Art. 5(3), loi sur les contrats économiques avec l'étranger ; art. 142(3), PGDC.

interprétation judiciaire qui fasse référence aux traités internationaux⁴⁹⁷. La norme de référence est sensée fournir au tribunal un mécanisme lui permettant d'appliquer les dispositions du traité international⁴⁹⁸. Selon de nombreux auteurs, l'article 142(2) des PGDC constitue une telle une norme de référence⁴⁹⁹, alors que selon d'autres auteurs plus minoritaires, la formulation de l'article 142(2) des PGDC est ambiguë et n'indique pas clairement si le juge chinois est autorisé à appliquer directement, sans action législative chinoise supplémentaire, un traité international⁵⁰⁰.

288. En revanche, en matière d'arbitrage entre un investisseur étranger et l'Etat récepteur, dans le cadre de la Convention de Washington du 18 mars 1965, le recours direct au droit international reste d'actualité. A supposer la compétence du CIRDI établie sur le fondement d'un TBI chinois⁵⁰¹, se pose au tribunal arbitral la question de la loi applicable au fond du litige. L'article 42(1) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 prévoit l'application, par le tribunal arbitral, des règles de droit choisies par les parties et, à défaut de choix, l'application de la loi de l'Etat récepteur « *ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

289. Les TBI chinois, à la différence de beaucoup de TBI, comportent des dispositions relatives à la loi applicable au litige entre l'investisseur étranger et l'Etat-hôte, et font tous application des principes de droit international⁵⁰². La première génération de TBI chinois prévoit que le tribunal arbitral tranchera le litige « *in accordance with the law of the Contracting State to the dispute accepting the investment including its rules on the conflict of laws, the provisions of this Agreement as well as the generally recognized principle of*

⁴⁹⁷ Art. 2(9), interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger 1987 ; art. 2, avis sur certaines questions relatives à la détermination et l'exécution des litiges judiciaires civiles et commerciales avec l'étranger, du 17 avril 2000.

⁴⁹⁸ L'accord relatif à l'accès de la Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce n'a pas été publié au journal officiel de l'Assemblée populaire nationale, de sorte que, même s'il existait une norme de référence, cet accord ne peut recevoir d'application dans l'ordre juridique interne.

⁴⁹⁹ B. AHL, « Chinese Law and international treaties », 39 *Hong Kong Law Journal* 735. V. également J. Z. LI et GUO Sanzhuan, qui indiquent que les tribunaux chinois appliquent les conventions internationales sur le fondement de l'art. 142 PGDC, de l'art. 236, Code de procédure civile et de l'art. 268, Code maritime, « China », *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, 2011, p. 175,

⁵⁰⁰ ZHANG Mo, « Choice of law in contracts : a Chinese approach », 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, pp. 289-333, p. 329.

⁵⁰¹ Sur la compétence du CIRDI en matière d'arbitrage fondé sur les TBI chinois, v. note 216 *supra*.

⁵⁰² N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *op. cit.*, paragr. 8.144.

international law accepted by both Contracting States »⁵⁰³. La deuxième génération de TBI chinois, qui se caractérise par des clauses d'arbitrage d'un large champ *ratione materiae*, écarte le droit national et se fonde sur deux sources de droit, le TBI et le droit international : « *the provisions of this Agreement and the applicable principles of international law* »⁵⁰⁴.

290. Toutefois, certains TBI chinois ne comportent aucune disposition relative au droit applicable⁵⁰⁵. En l'absence de choix de loi, l'article 42(1) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 prévoit l'application du droit national de l'Etat partie au litige « *ainsi que les principes de droit international en la matière* ». Les sentences arbitrales rendues en matière de TBI ont fait évoluer le droit international, originellement considéré comme une source supplémentaire et corrective au droit du pays partie au litige (*Klöckner c/ Cameroun* ; *Amco c/ Indonésie*), vers une source à niveau égal au droit national (*Wena c/ Egypte*)⁵⁰⁶. Dès lors, les différends entre un investisseur étranger et l'Etat récepteur, soumis au droit chinois par un TBI, pourraient être tranchés au regard des principes de droit international, et le droit national pourrait être évincé⁵⁰⁷.

2. L'application de la pratique internationale

291. Le recours à la pratique internationale (*guoji guanli*, 国际惯例)⁵⁰⁸ est permis lorsque le droit interne est lacunaire. Relevant le caractère secondaire et facultatif de son application

⁵⁰³ Art. 6, protocole du TBI Chine-Belgique 1984 ; art. 8.7, TBI Chine-Mongolie 1991 ; art. 8.4, TBI Chine-Pérou 1994.

⁵⁰⁴ Art. 9.5, TBI Chine-Pays-Bas 2001 ; art. 8.5, TBI Chine-Allemagne 2003 ; art. 53(5), chapitre IX, accord de libre-échange Chine-Pakistan.

⁵⁰⁵ TBI France-Chine 2007 ; accord de libre-échange ASEAN-Chine ; accord de libre-échange Chine-Nouvelle Zélande.

⁵⁰⁶ *Wena c/ Egypte*, décision sur la demande d'annulation du 5 février 2004, 41 *International Law Materials* 933(2002) : « *What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit* ». V. Y. BANIFATEMI, « The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration », in *Arbitration under International Investment Agreements*, K. YANNACA-SMALL (ed.), Oxford University Press, 2010, p. 191 ; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, « The meaning of 'and' in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention – The role of international law in the ICSID choice of law process », 18 *ICSID Review* 375 (2003).

⁵⁰⁷ V. *Wena c/ Egypte*, décision sur la demande d'annulation du 5 février 2004, *Ibid.* Le droit égyptien relatif aux intérêts a été écarté au profit des principes du droit international.

⁵⁰⁸ Sur la distinction entre la pratique internationale et la coutume internationale, v. J. Z. LI et GUO Sanzhuan, « China », *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, 2011, pp. 183-184.

certain auteurs doutent de la stabilité de son statut⁵⁰⁹. Cette notion est cependant également visée dans les règlements d'arbitrage du CIETAC 2005 et 2012 qui imposent à l'arbitre, outre l'application de la loi et des stipulations du contrat, de tenir compte de la pratique internationale (*guoji guanli*, 国际惯例). Ainsi formulé, le contenu de la pratique internationale semble se rapprocher de la notion d'usages commerciaux contenue dans règlement d'arbitrage ICC : « *l'arbitre tient compte des usages du commerce international* »⁵¹⁰. Cependant, selon TONG Xinchao, la pratique internationale ne correspond pas aux usages du commerce international. Selon lui, la pratique internationale se rapporterait plutôt à divers principes, règles et pratiques qui prennent forme au cours des contacts commerciaux internationaux, y compris la pratique contractuelle des parties qui l'invoquent. Elle engloberait également les « pratiques » courantes, généralement connues et acceptées⁵¹¹. Ainsi entendue, cette notion quelque peu obscure ne semble pas éclairée par une mise en œuvre par les tribunaux arbitraux. Il n'est fait usage de la pratique internationale dans aucune des sentences arbitrales examinées.

292. On verra ci-dessous le second aspect de l'étendue de la loi applicable aux contrats de joint ventures sino-étrangères, son extension aux autres éléments du complexe contractuel.

§ 2 Le droit applicable aux autres contrats

293. Le droit applicable au contrat de joint venture a-t-il vocation à s'appliquer aux autres contrats du « complexe contractuel » ou bien le droit applicable à ces autres contrats est-il déterminé séparément ? En matière de groupe de contrats la présence d'un choix de loi dans chacun des contrats impose à l'arbitre d'appliquer le droit choisi par les parties dans chacun des contrats. La détermination de la loi applicable aux autres contrats de l'ensemble contractuel est à la convergence de trois principes : (a) l'extension naturelle de tout contrat aux conventions qui lui seraient accessoires, (b) l'attraction particulière du contrat de joint venture sino-étrangère qui imposerait l'application du droit chinois aux contrats qui en sont issus et (c) la liberté de choix de lois énoncée pour la plupart des contrats sino-étrangers.

⁵⁰⁹ V. PAN Junwu, « Chinese Philosophy and International Law », *Asian Journal of International Law*, 2010, p. 9.

⁵¹⁰ Tels que les usages commerciaux, visés à l'art. 21(2), règlement d'arbitrage ICC 2012. Le terme « usages commerciaux » est traduit en chinois par *maoyi guanli*, 贸易惯例. Sur les usages du commerce international, v. E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes Pierre Bellet*, pp. 203-217.

⁵¹¹ TONG Xinchao, « Le droit chinois des contrats : sa codification, ses sources, ses champs d'application et ses caractéristiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 3, 1996, pp. 715-738, p. 731.

A. L'extension de la loi du contrat de joint venture aux contrats accessoires

294. La première proposition, qui étend l'application de la loi du contrat à ses « accessoires », se trouve dans la définition du « litige contractuel ». La loi qui s'applique au litige contractuel s'applique également aux modifications et à la transmission de ce contrat. Les sentences examinées abondent en contrats intitulés additionnels, notamment tripartites dont les arbitres eux-même ne parviennent pas à déterminer s'il s'agit d'une modification ou d'une cession des obligations contenues dans le contrat initial, et appliquent directement le droit chinois⁵¹². Dans des décisions plus récentes, les arbitres s'efforcent d'appliquer une règle de conflit de lois pour chaque contrat, indépendamment de son caractère « additionnel » Dans la sentence BAC rendue le 26 décembre 2011 (*inédite*), le tribunal devait déterminer la loi applicable à un contrat additionnel, conclu entre les associés d'une CJV, dépourvu de clause de choix de loi. Les parties avaient conclu un certain nombre de conventions. Le tribunal a relevé que (i) le contrat de CJV stipulait que la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des différends seraient régis par le droit chinois, (ii) l'article 5 des statuts de la JVC stipulait que la CJV, étant une entité juridique chinoise, devait être protégée par le droit chinois, et toutes ses activités devaient être conformes aux lois, à l'ordre public, et aux réglementations chinoises, et que (iii) l'article 7 de la convention de cession stipulait que la formation, la validité, l'interprétation, l'exécution et le règlement des différends issus de l'accord seraient régis par le droit chinois. Le tribunal arbitral a estimé que, bien que le contrat additionnel [au contrat CJV] ne prévoie pas de loi applicable, le droit chinois devrait naturellement s'appliquer, dans la mesure où le projet immobilier, objet de ce litige, était localisé en Chine et que le lieu d'exécution du contrat additionnel était également situé en Chine.

B. L'application du droit chinois aux conventions proches du contrat de joint venture

295. La seconde catégorie de conventions concerne les conventions que la loi soumet d'autorité au droit chinois et qui sont relatives au véhicule d'investissement. Il s'agit d'une part des contrats directement liés à la création de la joint venture, l'accord de principe et les statuts (1), et, d'autre part, les contrats subséquents liés à la gestion et à la transformation du

⁵¹² Lorsque les parties ont omis de la soumettre à l'approbation des autorités chinoises, se pose dès lors la délicate question du sort de cette convention additionnelle.

véhicule d'investissement, le contrat d'exploitation de joint venture et la cession des parts sociales de la joint venture sino-étrangère (2).

1. Les contrats liés à la création du véhicule d'investissement

296. L'application directe du droit chinois, constatée dans les contrats liés à la création de l'entreprise à capitaux sino-étrangers, résulte de ce que des questions relatives à la validité des conventions, liées à l'établissement de la joint venture sino-étrangère, sont soumises - à l'instar du contrat de joint venture - à l'approbation des autorités chinoises. Il en va ainsi de l'accord de joint venture sino-étrangère et des statuts⁵¹³. Ainsi dans *Paper Mill JV 2000*⁵¹⁴, le tribunal arbitral a examiné, directement au regard du droit chinois, la validité des engagements pris par le Gouvernement Local à l'égard de l'investisseur canadien, aux termes d'accords de principe conclus le même jour que la conclusion du contrat d'EJV qui modifiaient des points et principes fondamentaux relatifs à l'établissement de la l'EJV et dont certaines clauses s'écartaient des clauses pertinentes du contrat EJV. Le tribunal a cependant constaté que ces accords de principe n'avaient pas été soumis à examen et autorisation. Le tribunal arbitral a écarté leur application car (i) ils n'avaient pas été soumis à autorisation et (ii) aux termes de l'article 13 du décret d'application de 1983 sur les EJV, le texte du contrat d'EJV prévalait sur l'accord, en cas de conflit entre les textes.

297. Conformément à la règle qui fait de l'EJV ou la CJV une entité régie par le droit chinois, le droit applicable aux statuts ne peut être que le droit chinois⁵¹⁵. Cette règle déroge à la règle de liberté de choix, par les parties, d'une loi indépendante de celle du lieu qui accueille l'institution de joint venture.

2. Les contrats liés à la gestion et à la transformation du véhicule d'investissement

298. La troisième catégorie de contrats qui subissent l'attraction du droit chinois sont les contrats liés à la gestion de la joint venture et ceux liés à sa transformation. Depuis 2007, la Cour suprême a confirmé que « cinq nouveaux contrats » s'ajoutent à la précédente liste des

⁵¹³ Art. 14, décret d'application de la loi sur les EJV 2001 ; art. 11, décret d'application de la loi sur les CJV 1995 ; art. 12, Guide de l'orientation de l'investissement étranger 2002, adopté par le Conseil des affaires d'Etat le 11 février 2002, en vigueur au 1^{er} avril 2002.

⁵¹⁴ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*. Traduction de l'auteur.

⁵¹⁵ Les statuts types proposés par O. NEE disposent que la société est une personne morale de droit chinois (article 4.2) qui doit se conformer au droit chinois (article 4.3), in O. NEE, *op. cit.*, p. 413.

« trois contrats » qui sont régis par le droit chinois⁵¹⁶. Le tableau suivant montre que les cinq nouveaux contrats concernés visent à contrôler la gestion des joint ventures, la prise de participation des étrangers dans les entreprises chinoises et la transmission des parts des entreprises à capitaux sino-étrangers :

Catégories de contrats		Art.126(2), loi sur les contrats	Art. 8, dispositions Cour suprême 2007
1	contrat d'EJV		Droit chinois
2	contrat de CJV		Droit chinois
3	contrat d'exploration pétrolière et d'exploitation des ressources naturelles		Droit chinois
4	cession de parts d'EJV et de CJV établies sur le territoire chinois		Droit chinois
5	contrat d'exploitation de JV		Droit chinois
6	acquisition par un étranger de parts dans le capital d'une entreprise 100% chinoise		Droit chinois
7	souscription par un étranger à l'augmentation de capital d'une entreprise 100% chinoise		Droit chinois
8	achat par un étranger d'actifs d'une entreprise 100% chinoise		Droit chinois

- *Les contrats relatifs à la gestion de la joint venture*

299. L'enjeu de l'interrelation entre le contrat de joint venture et le contrat d'exploitation de joint venture déjà rencontrée dans le cadre de l'attraction de la clause compromissoire du contrat de joint venture sur le contrat d'exploitation⁵¹⁷ se retrouve en termes de règles matérielles applicables. Ici, l'attraction de la loi du contrat de joint venture est plus forte que celle de la clause compromissoire, et le tribunal applique directement le droit chinois sans s'interroger sur le lien entre le contrat de joint venture et le contrat d'exploitation. A titre d'exemple, dans *XX Curtain JV 1999* déjà citée⁵¹⁸, le tribunal a appliqué directement le droit chinois au litige issu du contrat d'exploitation de joint venture pour examiner la validité de ce contrat au regard de l'obligation d'approbation contenue dans le droit chinois : « ... *le contrat d'exploitation signé par les parties aurait dû être soumis à l'approbation du département*

⁵¹⁶ Art. 8, dispositions de la Cour suprême sur certaines questions relatives à la loi applicable dans les litiges judiciaires des contrats civils ou commerciaux avec l'étranger, adoptées lors de la 1429^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour suprême le 11 juin 2007, publiées le 23 juillet 2007, en vigueur au 8 août 2007, Interprétation No. 14 [2007].

⁵¹⁷ V. paragr. 224, 225, 234, *supra*.

⁵¹⁸ *XX Curtain JV 1999*, sentence CIETAC (2 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476, traduction de l'auteur.

compétent pour délivrer les autorisations, conformément aux dispositions applicables du droit chinois ». ⁵¹⁹.

- *Les cessions de parts de joint venture*

300. Les litiges relatifs aux contrats de cession de parts de joint ventures sino-étrangères sont devenus la principale catégorie de litiges relatifs aux joint ventures. L'application du droit chinois imposée depuis 2007 par la Cour suprême ne va cependant pas de soi, dès lors que le cédant et le cessionnaire peuvent être deux parties étrangères, et ne pourrait se justifier qu'en cas de défaut de choix de loi applicable. Il n'existe pas de décision ayant en matière de joint venture invalidé le choix d'un droit étranger. Les exemples révèlent tous, en l'absence de choix de loi, l'application du droit chinois, qu'il s'agisse de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires rendues en Chine ou dans d'autres juridictions.

301. Dans *The Contribution Transfer JV Case 1999*⁵²⁰, le tribunal arbitral devait déterminer la loi applicable à un contrat de cession de parts d'une EJV et à la garantie de paiement du prix de cession. Si le tribunal arbitral a conclu à l'application du droit chinois aux deux contrats, il a déterminé la loi applicable à chacun des contrats sans les traiter comme un ensemble de contrats. Il a appliqué le droit chinois au contrat de cession, au motif que sa conclusion « *concernait le transfert des parts d'un associé d'une JV établie sur le territoire chinois* ». Ainsi, le tribunal rattache le contrat à la loi du contrat de JV, et applique le droit chinois par référence à la règle impérative relative aux contrats de joint ventures, contenue dans l'article 5(2) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, sans rechercher si les parties avaient désigné une loi applicable : « *Dans la présente affaire, le litige est né en relation avec un contrat de cession du capital social (出资额转让合同) conclu entre les parties à l'EJV, qui est une equity joint venture sino-étrangère établie dans la RPC, dont l'objet est la transmission des parts sociales de l'EJV. Cette cession du capital social entre dans le champ des contrats d'equity joint-venture sino-étrangère. C'est pourquoi, en vertu de l'article 5(2) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, le droit applicable à la cession du capital social est le droit chinois* »

⁵¹⁹ *XX Curtain JV 1999*, sentence CIETAC (2 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476, traduction de l'auteur, v. paragr. 220 *supra*. V. également, *Nanjing Agriculture Product JV 1996*, sentence CIETAC (18 janvier 1996), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4.

⁵²⁰ *The Contribution Transfer JV Case 1999*, sentence CIETAC (2 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 597.

302. Les tribunaux hors de Chine continentale, non tenus par les règles de conflit de lois chinoises, ont eu également à déterminer la loi applicable, en l'absence de clause de choix de loi, au contrat de cession de parts de joint ventures sino-étrangères. Dans l'affaire *First Laser Ltd c/ Fujian Enterprises (Holding) Co. Starflower Investment Services Ltd., & Jian An Investment Ltd*⁵²¹, les tribunaux de Hong Kong, saisis d'un litige, entre First Laser, une société de droit macanéen, cessionnaire de 51% du capital social de deux sociétés chinoises, Fuzhou Casix Optronics Inc. (« FCO ») et Fujian Casix-Laser Inc. (« FCL »), détenues par la société de droit hongkongais Fujian Enterprises Holdings Co. Ltd (« FEHC »), ont constaté que la cession des parts sociales de ces deux sociétés était intervenue aux termes de plusieurs contrats de cessions, dont le dernier en date du 28 décembre 1996, intitulé « First Laser Agreement » et d'un memorandum conclu le 13 mars 1998. Il n'est pas contesté que First Laser a versé la somme de 20 millions HK\$ en paiement complet du prix de cession. Le 30 décembre 1996, le conseil d'administration de FCO a approuvé la cession des parts de FCO au profit d'une société dénommée Casix Optronics Manufacturing Ltd (« COM »), et non de First Laser, et ces parts ont été transférées à COM en mars 1997. La cession des parts sociales de FCL n'a pas été soumise à l'approbation de son conseil d'administration et les parts n'ont pas été transférées à First Laser. En mars 1998, un memorandum, conclu entre First Laser et FEHC et ayant pour objet de déterminer les droits et obligations de chacun des associés dans le capital de COM et de FLC, a confirmé que First Laser détiendrait, après le dénouement des opérations en cours, 51% du capital de FCO par l'intermédiaire de COM, et 51% dans FLC. A la suite d'un litige entre la nouvelle direction de FEHC et First Laser, les opérations n'ont jamais été dénouées et FECL a cédé la totalité du capital de FCL à un tiers pour un prix de 60 millions USD.

303. En 2001, First Laser a saisi les tribunaux hongkongais pour faire prononcer l'exécution des conventions des cessions et du memorandum, tandis que FECL saisissait de son côté le tribunal supérieur du Fujian aux fins de faire constater l'invalidité de l'ensemble des conventions pour défaut d'approbation administrative. Au terme de la procédure en Chine continentale, dans un arrêt du 3 décembre 2004, la Cour suprême a appliqué le droit chinois aux conventions, en l'absence de choix de loi. Ayant constaté que FCL était une entreprise chinoise à capitaux 100% étrangers (*foreign investment entreprise*) et que FCO était une joint venture sino-étrangère, elle a confirmé que les conventions de cession étaient privées d'effet,

⁵²¹ *First Laser Ltd c/ Fujian Enterprises (Holding) Co. Starflower Investment Services Ltd., & Jian An Investment Ltd*, [2012] HKEC 946.

faute d'avoir été approuvées par l'administration chinoise, et qu'en conséquence le memorandum de 1998 était également privé d'effet⁵²².

304. La règle de conflit de lois de Hong Kong prévoit que la loi applicable à un contrat est le système juridique auquel les parties ont entendu soumettre le contrat ou, lorsque leur intention n'est pas exprimée ou ne peut être déduite des circonstances, le système juridique avec lequel la transaction présente le lien le plus proche et le plus réel (« *the system of law with which the transaction has its closest and most real connection* »)⁵²³. Le juge de Hong Kong devait au préalable déterminer, en l'absence de choix de loi, le droit applicable aux conventions. L'intérêt de cette affaire réside dans la richesse des décisions contradictoires rendues à Hong Kong par les différents degrés de juridiction sur cette question.

305. En application de cette règle de conflit de lois, le juge de première instance a estimé que le First Laser Agreement présentait le lien le plus étroit avec Hong Kong, puisque les différents facteurs de rattachement convergeaient vers Hong Kong, de sorte que les conventions étaient valables⁵²⁴. Ce juge a pris en considération quatre facteurs de rattachement : (i) le lieu de conclusion du contrat à Hong Kong, (ii) le centre des affaires des parties, situé respectivement à Macao et à Hong Kong, (iii) le lieu de l'exécution du contrat qui, s'agissant d'une cession de parts, était le lieu du paiement du prix de cession intervenu à Hong Kong et enfin, (iv) la nature et l'objet du contrat, qui était la transmission de parts en Chine continentale, mais l'essence de la transaction était exécutée par une société de Hong Kong, et toutes les correspondances émanaient de ses bureaux situés à Hong Kong.

306. La court of appeal de Hong Kong, saisie d'un recours, a infirmé cette décision, et a estimé être, selon la doctrine de l'*issue estoppel*, liée par la décision de la Cour suprême chinoise de 2004, puisque cette juridiction avait déjà déterminé la question de la loi applicable. La court of appeal de Hong Kong a confirmé la décision de la Cour suprême, a

⁵²² *société Heng He & société Yu Xing Company c/ société Laser* (Cour suprême, 3 décembre 2004). Sur l'application de la loi sur les contrats dans le temps, v. paragr. 333 *infra*.

⁵²³ *First Laser Ltd c/ Fujian Enterprises (Holding) Co. Starflower Investment Services Ltd., & Jian An Investment Ltd.*, [2012] HKEC 946, paragr. 53.

⁵²⁴ Le juge hongkongais a écarté l'application du principe de l'*issue estoppel*, selon lequel le jugement ayant acquis force de chose jugée sur le fond rendu par un tribunal étranger compétent acquis force de chose jugée dans une procédure judiciaire à Hong Kong, si les parties sont identiques et si la question à trancher est identique, *First Laser Ltd c/ Fujian Enterprises (Holding) Co. Starflower Investment Services Ltd., & Jian An Investment Ltd.*, [2012] HKEC 946, paragr. 44. Il a estimé que la Cour suprême n'avait pas statué sur la loi applicable, au motif que cette question n'avait pas été discutée devant cette juridiction.

estimé que les conventions étaient soumises au droit chinois continental et les a déclarées invalides pour défaut d'approbation.

307. Dans son arrêt du 6 juin 2012, la Court of Final Appeal a confirmé être liée, en application de la doctrine de l'*issue estoppel*, par la décision de la Cour suprême sur l'applicabilité du droit chinois aux conventions. Elle a cependant également recherché, à titre *obiter dicta*, quelle eût été la loi applicable en application du conflit de lois du for. La Court of Final Appeal n'a pas suivi le raisonnement du juge de première instance, lui reprochant de s'appuyer à tort sur le critère du pays du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Elle a retenu au contraire que le lieu prévu de l'exécution contractuelle (*intended place of performance*) revêtait un poids considérable en *common law*, et que le contrat litigieux « *formait une partie d'un projet général de joint venture, avec une production d'usine qui aurait lieu hors de Chine continentale, mais pas à Hong Kong* ». Elle a considéré que l'objet du contrat était les parts de deux sociétés de Chine continentale, et le seul endroit possible d'exécution était en Chine continentale⁵²⁵. La Court of Final Appeal de Hong Kong a, en conséquence, confirmé que le droit chinois s'appliquait et que le sort des conventions eût été le même si elle avait mis en oeuvre la règle de conflit de lois de *common law*.

C. La loi applicable aux autres contrats internationaux liés à l'activité de la joint venture

308. Le droit applicable au contrat de joint venture n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats du complexe contractuel. Certains contrats de joint ventures sino-étrangères prévoient expressément que les autres contrats ou accords conclus seront régis par la loi choisie par les parties, même pour le cas où ils sont annexés au contrat de joint venture⁵²⁶. Les contrats internationaux conclus pour les besoins de l'activité de la joint venture consistent en des contrats d'approvisionnement et de vente, de transfert de technologie, de fournitures d'équipement, de licence de droit de propriété industrielle et tout autre type de contrats. Après avoir procédé dans une première période à une application

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 56.

⁵²⁶ « *Any contract or agreement contained in any Schedule to this Contract shall be governed by the law chosen in such contract or agreement* », », citée par ZENG Jia, « The application of law about the Contract of China's joint venture », *Derecho civil y romano : Culturas y Sistemas Juridicos Comparados*, Universidad Nacional Autonoma De Mexico, Mexico, 2005, pp.133-146.

directe du droit chinois⁵²⁷, les sentences arbitrales ont ultérieurement procédé à la détermination de la loi applicable à ces divers contrats. On distinguera ci-après, la loi applicable à ces contrats en cas de choix de loi (i) et en l'absence de choix de loi (ii).

1. La loi applicable en cas de choix des parties

309. La liberté de choix de loi posée en droit international privé chinois est enfin ici mise en oeuvre. Cette autonomie des parties s'étend-elle au choix de règles transnationales ? La validité du choix de règles transnationales, par les parties, pour régir leur contrat n'est pas admise dans tous les systèmes juridiques. Ainsi le projet de Règlement Rome I de 2005, préparé par la Commission européenne, autorisait les parties à choisir comme droit applicable des règles de droit autonomes de tout droit national⁵²⁸. Cette proposition a été supprimée de la version finale de l'article 3 du Règlement Rome I. L'esprit du projet demeure cependant dans le préambule du Règlement Rome I, qui prévoit au paragraphe 13 que les parties sont libres d'intégrer par référence dans leur contrat (i) un droit non étatique ou (ii) une convention internationale. L'étendue de cette disposition est incertaine. Bien qu'elle n'autorise pas expressément les parties à adopter des règles de droit transnational, en particulier la *lex mercatoria* ou les codifications internationales qui ne seraient pas largement reconnues par la communauté internationale, ce préambule autorise, selon la doctrine, les parties à intégrer par référence un corps de règles, des clauses ou des conditions générales « non-étatiques »⁵²⁹. Le choix par les parties de règles transnationales est cependant admis dans la plupart des règlements d'arbitrage international⁵³⁰, et de telles clauses ont été validées par l'arbitre du commerce international⁵³¹.

⁵²⁷ Accord d'indemnisation, *United Industries JV 1991*, Sentence CIETAC rendue le 10 avril 1991, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 65, p. 373-378 ; contrat de vente entre la joint venture et le partenaire de Taiwan, *Tianjin Wooden Furniture JV 1995*, Sentence CIETAC (26 septembre 1995), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 93, p. 491-494.

⁵²⁸ L'art. 3-2 du projet de règlement disposait : « *The parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognised internationally or in the Community. However, questions relating to matters governed by such principles or rules which are not expressly settled by them shall be governed by the general principles underlying them or, failing such principles, in accordance with the law applicable in the absence of a choice under this Regulation* ».

⁵²⁹ NOURISSAT, TREPPOZ, *Droit International Privé et Propriété Intellectuelle*, Lamy, 2010, paragr. 75.

⁵³⁰ V. paragr. 248 *supra*.

⁵³¹ Pour un exemple de validation du choix direct de la CVIM par les parties, v. sentence ICC No. 11849 rendue à Paris en 2003, *Collection of ICC Arbitration Awards*, Volume V, p. 1413. Pour la validation et l'interprétation d'une clause prévoyant que le « droit international » régira le contrat de vente, v. sentence ICC No. 12111 rendue en 2003, *Bull. CCI*, Vol. 21/1-2010, p. 78.

310. Cette liberté est plus délicate en Chine où, il n'est pas certain que les règlements d'arbitrage des commissions d'arbitrage chinoises ou le droit international privé du for, valident le choix des parties ayant pour objet l'application de règles transnationales⁵³². Selon ZHANG Mo, la Cour suprême aurait « tendance à autoriser » les parties à convenir directement qu'un traité international régira le contrat⁵³³. Dès lors, la validité du choix direct de règles de droit transnational, telles que la CVIM ou les principes UNIDROIT, reste à confirmer, en l'absence d'une législation ou d'un règlement d'arbitrage autorisant les parties à choisir directement les conventions internationales, sans passer par l'application d'un droit national⁵³⁴. Toutefois, dans sa décision *Li c/ DHL*, le tribunal intermédiaire de Hangzhou (Zhejiang), a validé une clause de choix de loi figurant dans les conditions générales de la lettre de transport aérien de DHL faisant élection de la Convention de Varsovie⁵³⁵. La loi chinoise sur l'aviation civile comporte, en son article 188, une règle de conflit de lois

⁵³² Sur les conditions d'application du droit international et de la pratique internationale, v. arts. 142 et 150, PGDC, paragr. 287 et s. *supra*.

⁵³³ ZHANG Mo estime que l'avis de la Cour suprême sur certaines questions relatives à la détermination et l'exécution des litiges judiciaires civiles et commerciales avec l'étranger, du 17 avril 2000, instruit implicitement les juridictions inférieures à honorer la clause de choix de loi des parties, et à donner priorité à l'application des traités internationaux et de la pratique internationale, in « Choice of law in contracts : a Chinese approach », 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, pp. 289-333, p. 330.

⁵³⁴ Aux termes de l'article 1(1) de la CVIM, la CVIM s'applique par référence à un choix du droit national d'un Etat-partie, dès lors que les deux parties au contrat ont leur résidence dans les Etats signataires. C'est sur ce critère que les tribunaux chinois appliquent le plus souvent la CVIM. V. en ce sens *America Inland Sea Incorporated and China Jiedong County Haiyu Fishery c. Jiedong County Yuequn Fishery et Yuequn Hong* (tribunal supérieur du Guangdong, 10 octobre 2004) : « Article 142(2) of the General Rules of Civil Law of the PRC provides: « If any international treaty concluded or adopted by the People's Republic of China contains provisions differing from those in the General Rules of Civil Law of the People's Republic of China, the provisions of the international treaty shall apply, unless the People's Republic of China has announced reservations ».

Article 1(1) of the CISG provides: « (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States ... » China and the U.S. are Contracting States of the CISG, and [Buyer] A's and [Buyer] B's places of business are in China and, the [Seller]'s is in the U.S., so the CISG shall apply to the sales contract between the parties. Based on article 145(2) of the General Rules of Civil Law of the PRC, the Court of First Instance determined that Chinese law shall apply, which was the incorrect application of law and should be corrected ». Traduction anglaise disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041010c1.html>.

V. également décision *Shanghai Dong Da Import and Export Co., Inc., c/ Laubholz-Meyer Company*, citée par Zhang Mo, dans laquelle en l'absence de choix de loi, le tribunal de Shanghai appliqué la CVIM, « Choice of law in contracts : a Chinese approach », 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, pp. 289-333, pp. 330-331.

⁵³⁵ *Li c/ DHL* (tribunal intermédiaire de Hangzhou, 2004) n°19, inédit, cité par ZHENG Sophia Tang, « Non-State law in Chinese choice of law rules », (21 octobre 2011). Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2079244> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2079244>.

identique à celle prévue aux articles 145 et 142 des PGDC, qui prévoit que les traités internationaux auxquels la Chine a accédé ont priorité sur le droit interne⁵³⁶.

2. La loi applicable en l'absence de choix des parties

311. En l'absence de choix, il appartient à l'arbitre de déterminer la loi ou les règles de droit applicables. A nouveau se pose la question de l'application d'un droit étatique (i) et celle du droit international (ii).

i. L'application d'un droit étatique

312. Le Règlement Rome I a repris la règle, déjà posée dans la convention de Rome, que la loi applicable est celle qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, et applique la présomption selon laquelle cette loi est celle du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Le droit international privé chinois retient, quant à lui, l'application alternative de deux facteurs de rattachement : (i) la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique ou (ii) la loi qui présente les liens les plus étroits⁵³⁷.

313. Le Règlement Rome I détermine, à défaut de choix, la loi applicable à huit catégories de contrats nommés. Les dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007 déterminent quant à elles, à défaut de choix, la loi applicable à 17 contrats nommés. Pour les contrats nommés communs au texte chinois et au règlement Rome I, on constate que les solutions sont identiques (vente, achat et vente de bien immobilier, location de bien immobilier, contrat d'assurance et vente aux enchères). Pour le reste, les contrats choisis par la Cour suprême montrent la différence profonde entre les économies de ces deux régions. Tandis que le Règlement Rome I se concentre sur les contrats de franchise, de prestation de service et de distribution, les dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007 ignorent ce type de contrats et se concentrent sur les contrats de transformation ou d'assemblage, de fourniture d'équipement, de construction, de stockage et d'entreposage, de location et de gage sur un bien mobilier. Le tableau comparatif suivant illustre les convergences entre les deux textes :

⁵³⁶ La Chine a accédé à la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 12 octobre 1929, amendée à la Haye en 1955.

⁵³⁷ Art. 41, loi sur le droit international privé.

	Types de contrats nommés	Art. 8, dispositions Cour suprême 2007	Art. 4, Règlement Rome I
1	vente	loi du pays où le vendeur a sa résidence ⁵³⁸ .	loi du pays où le vendeur a sa résidence.
2	transformation ou assemblage	loi du pays où le débiteur de l'obligation de transformation a sa résidence.	N/A
3	fourniture d'équipements	loi du pays où l'équipement est installé.	N/A
4-1	achat, vente, hypothèque bien immobilier	loi du pays dans lequel est situé l'immeuble.	
4-2	location de bien immobilier	loi du pays où est situé l'immeuble.	loi sur pays où est situé l'immeuble ⁵³⁹
5	location de bien mobilier	loi du pays où le bailleur a sa résidence.	N/A
6	gage sur bien mobilier	loi du pays où le gagé a sa résidence.	N/A
7	prêt	loi du pays où le prêteur a sa résidence.	N/A
8	assurance	loi du pays où l'assureur a sa résidence.	
9	location financière	loi du pays où le locataire a sa résidence.	N/A
10	construction	loi du pays où est situé le projet.	N/A
11	stockage et entreposage	loi du pays où le gardien a sa résidence.	N/A
12	garantie	loi du pays où le garant a sa résidence.	N/A
13	commission	loi du pays où l'agent a sa résidence.	N/A
14	vente, transmission et émission d'obligations	loi du pays où les obligations ont été respectivement émises, vendues et transférés.	N/A
15	vente aux enchères	la loi du pays où la vente aux enchères a lieu.	
16	mandat	loi du pays où l'agent a sa résidence.	N/A
17	services d'intermédiaires	loi du pays où l'intermédiaire a sa résidence.	N/A
18	prestation de services	N/A	loi du pays où le prestataire a sa résidence.
19	franchise	N/A	loi du pays où le franchisé a sa résidence.
20	distribution	N/A	loi du pays où le distributeur a sa résidence habituelle.

314. La jurisprudence arbitrale relative aux contrats de joint ventures sino-étrangères n'est représentative que des litiges relatifs aux contrats d'application soumis dans le cadre du litige

⁵³⁸ « Si les négociations et l'exécution ont lieu dans le pays où l'acheteur a son domicile ou que le contrat stipule que le vendeur doit exécuter la livraison au domicile de l'acheteur, la loi du lieu du domicile de l'acheteur régit le contrat ».

⁵³⁹ « Le bail d'immeuble pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays ».

relatif à la joint venture. Elle n'a pas pour ambition de faire le recollement de tous les contrats accessoires dont le litige est examiné indépendamment du contrat de joint venture, mais seulement de rechercher, à l'occasion de litiges entre associés d'une joint venture sino-étrangère de quelle façon la loi applicable à d'autres conventions est déterminée par l'arbitre compétent pour trancher le fond de ces contrats. Dans la première génération de sentences arbitrales (1989-1999), les arbitres appliquaient directement le droit chinois aux litiges relatifs à d'autres contrats que le contrat de joint venture, examinés dans la même instance arbitrale, sans rechercher si les parties avaient exprimé un choix de loi ou si la règle de conflit de lois amenait à l'application du droit chinois ou d'un autre droit.

315. Ultérieurement, les arbitres ont recherché si la loi du contrat de joint venture avait vocation à s'étendre aux autres conventions conclues entre les parties. Ainsi, dans *The Contribution Transfer JV Case 1999* susvisé⁵⁴⁰, le tribunal devait déterminer la loi applicable à une garantie donnée pour le paiement du prix de cession de parts d'une EJV. Le tribunal a déterminé que la cession des parts de l'EJV était régie par le droit chinois. Il a ensuite constaté l'absence de choix de loi dans la garantie, et mis en oeuvre la règle de conflit de lois chinoise contenue à l'article 5(1) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger. Le tribunal a retenu qu'à défaut de choix, la loi du pays qui présentait les liens les plus étroits, en se fondant sur le lieu de conclusion et d'exécution de la garantie, était la loi chinoise : « *Les parties au contrat de garantie litigieux n'ont pas spécifié la loi applicable. Etant donné que le lieu de signature et d'exécution du contrat de garantie était en Chine, le tribunal estime que le droit applicable au contrat de garantie est le droit de la RPC, sur le fondement la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et du principe des liens les plus étroits* ».

316. De même, dans l'affaire *Coating Equipment 2002* déjà citée⁵⁴¹, la demanderesse No. 2 et la défenderesse No. 3 avaient conclu le 15 janvier 1994 un contrat d'EJV, puis un contrat de vente d'équipement entre l'associé américain (défenderesse No. 3), vendeur, et son associé chinois, la demanderesse No. 2, acheteur, intervenant au nom et pour le compte de la EJV à constituer (demanderesse No. 1). Saisi du litige relatif à l'exécution de ce contrat de vente d'équipement, le tribunal arbitral a relevé le lien étroit qui liait ce contrat et le contrat d'EJV, « *though the Contract at issue is the Equipment Sales Contract, rather than the Sino-*

⁵⁴⁰ V. paragr. *supra* 300. *The Contribution Transfer JV Case 1999*, sentence CIETAC (2 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 597.

⁵⁴¹ *Coating Equipment Case*, sentence CIETAC (15 juillet 2002), disponible en anglais sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020715c1.html>, v. paragr. 165 *supra*.

American Joint Venture Contract, these two contracts were closely related and were concluded on the same day ». En l'absence de choix de loi, le tribunal arbitral a mis en oeuvre la règle de conflit de lois et déterminé que la loi du pays du domicile du vendeur s'appliquait, en l'occurrence le droit des Etats-Unis, et appliqué la CVIM conformément à l'article 1^{er}, la PRC et les Etats-Unis étant parties à la CVIM : « *In the Equipment Sales Contract, the [Buyers] and the Respondents did not explicitly stipulate the applicable law. The Arbitration Tribunal concludes that, because the place of business of the Claimant [Buyers] is in China, the place of business of the Seller (the Respondents) is in the United States, and both China and the United States are Contracting States of the CISG, according to Article 1 of the CISG, it applies* ».

317. Dans le cadre d'un litige relatif à une contrefaçon de marque, de brevet et de technologie non brevetée, le tribunal arbitral n'a pas appliqué la loi du contrat de joint venture, et eu recours à la règle de conflit de lois en matière de responsabilité délictuelle, et a appliqué la loi du pays du lieu où le dommage a été subi : « *Pour ce qui concerne la contrefaçon de marque, le principe est que la loi applicable est la celle du lieu de la contrefaçon, dont l'interprétation commune inclut tant le lieu où la contrefaçon a été commise que le lieu des effets subis par cette contrefaçon. En conséquence, la loi applicable au litige relatif à la contrefaçon de marque, et de technologie brevetée et non brevetée, dans cette affaire, peut être la loi du lieu où les effets de la contrefaçon ont été ressentis, c'est-à-dire la loi de la RPC* »⁵⁴².

ii. *L'application du droit international*

318. Le silence des parties en matière de contrats internationaux est interprété diversement par les arbitres. Un certain nombre de sentences arbitrales, rendues sous l'égide de la CCI et de la Stockholm Chamber of Commerce (ci-après « SCC »), tirent du silence des parties sur cette question le fait qu'il ne s'agit pas d'une lacune mais d'un désaccord quant au choix d'une loi étatique⁵⁴³. Dans ces sentences, les arbitres, dotés du pouvoir de déterminer les règles de droit applicables, décident d'appliquer des règles de droit transnationales. Ainsi, on peut voir le contrat d'application d'un contrat de joint venture sino-étrangère régi par des règles transnationales.

⁵⁴² *Shenzhen XX Biotechnology JV 2004*, Sentence CIETAC (1^{er} juillet 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, 1129.

⁵⁴³ Sentence préliminaire (5 juin 1996), Affaire CCI n° 7375, 11 *Measley's International Arbitration Report* (1996), A-1 et s.

319. Ainsi, dans la sentence SCC 117/1999 rendue en 2001⁵⁴⁴, relative à un litige opposant une société européenne à une société chinoise, parties à un contrat de transfert de technologie sino-étranger, le tribunal arbitral a constaté l'absence de choix de loi. Le tribunal a écarté les règles de droit chinois dont l'application était sollicitée par la partie chinoise à l'appui de sa demande d'invalidation du contrat, et a eu recours aux principes UNIDROIT. En l'occurrence, le tribunal arbitral a estimé qu'il était : *« raisonnable d'assumer que les parties contractantes avaient prévu que la loi applicable éventuellement choisie protégerait leurs intérêts d'une manière que tout homme d'affaires ordinaire considérerait appropriée et raisonnable, au regard de la nature du contrat et de toute potentielle inexécution contractuelle, et ce sans être surpris par les conséquences de l'application de lois nationales, dont il n'avait pas une connaissance approfondie. Cela conduit le tribunal à conclure que les questions litigieuses entre les parties devraient d'abord être fondées, non pas sur la loi d'un for particulier, mais sur des règles de droit telles que largement reconnues parmi les pays impliqués dans le commerce international... La seule codification qui peut être considérée comme ayant ce statut est celle des Principes UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international... Le Tribunal décide que les règles contenues dans ces principes doivent être la première source utilisée pour parvenir à une décision sur les questions litigieuses dans le présent arbitrage »*.

320. Au termes de cet examen de la détermination par l'arbitre des règles matérielles applicables aux litiges des contrats de joint ventures sino-étrangères, on constate la force d'attraction du droit interne chinois et l'absence d'autonomie des parties, même devant l'arbitre du commerce international. En effet, le choix par des arbitres siégeant hors de Chine d'appliquer aux « trois contrats » et aux « cinq autres contrats » des règles de droit autres que le droit chinois exposerait la sentence à un refus d'exécution par les tribunaux chinois. Il convient à présent de tenter d'identifier ces règles matérielles dont le législateur chinois entend réserver l'application.

Chapitre II Les règles matérielles appliquées par l'arbitre

321. Les règles matérielles chinoises mises en œuvre pour la résolution des différends relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères consistent principalement dans les lois et réglementations internes chinoises édictées tant au niveau national que local. Or le mode de

⁵⁴⁴ Separate Arbitral Award (2001), SCC Case 117/1999, *Stockholm Arbitration Report* 2002:1 p. 59-65.

création ou de production des normes législatives et réglementaires chinoises pose l'épineuse question de l'accès des parties aux textes et de la transparence de leur contenu. Il pose également la question non résolue à ce jour de la hiérarchie des normes juridiques, de leur application, par l'arbitre ou par le juge, selon un raisonnement juridique fondé sur un syllogisme juridique, et du trop fréquent recours alternatif à des principes généraux proches de l'équité. Ces questions trouvent une résonance particulière dans le contentieux des investissements étrangers, où l'investisseur étranger, un professionnel, a été conseillé le plus souvent dans la rédaction des actes juridiques relatifs à son investissement, et a pu mesurer, lors de la constitution de la joint venture puis de ses activités, la réalité de l'application du droit en Chine et du pouvoir de l'administration. C'est bien souvent déjà éduqué par l'expérience, que l'investisseur étranger prend la mesure, lors du règlement du litige, de la limite des remèdes juridiques contenus dans le droit positif chinois. L'observation de l'application des textes chinois dans les litiges relatifs aux joint ventures (Section 1) sera suivie d'un examen de l'application des principes généraux du droit civil et du statut du droit étranger (Section 2).

Section 1 Les règles matérielles du droit national appliquées au contrat

322. Les règles matérielles du droit interne consistent principalement dans l'application des lois (§ 1), des règlements administratifs (§ 2) et des règlements locaux (§ 3) qui seront envisagés successivement.

§ 1 L'application des textes législatifs

323. Les textes législatifs, entendus restrictivement comme les lois adoptées par l'Assemblée populaire nationale, sont relativement peu nombreux, au regard de la « frénésie législative » ou de la « boulimie législative » qui s'est emparée de la Chine dans les années 1990 succédant ainsi au vide normatif du début des années 1980⁵⁴⁵. Comme le relevait Y. DOLAIS en 2004, en l'espace d'un peu plus de 20 ans, si 370 lois et décisions ont été adoptées et promulguées par l'Assemblée populaire nationale et son comité permanent, ce sont plus de 800 règlements administratifs (*xingzheng fagui*, 行政法规) qui ont été promulgués par le Conseil des affaires

⁵⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, « La construction d'un Etat de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », in *La Chine et la Démocratie*, M. DELMAS-MARTY et P.E. WILL, Fayard, 2007 ; M. DELMAS-MARTY, « La construction d'un Etat de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances », *D*, 2002, n°32, p. 2484 ; L. CHOUKROUNE, « L'internationalisation du droit chinois des affaires », *RDAL*, 2003 n° 5, pp. 503-523 ; J.-P. CABESTAN, « Un Etat de lois sans Etat de Droit », *Tiers-Monde*, 1996, tome 37, n° 147, pp. 649-668.

d'Etat, 7.000 règlement locaux (*difang xing fagui*, 地方行法规) et plus de 30.000 arrêtés ministériels et locaux (*guizhang*, 规章)⁵⁴⁶. Au vu de ces chiffres, la Chine semble plutôt prise d'une frénésie de réglementation administrative visant à compléter et commenter, tant au niveau national que local, les textes législatifs. La lecture des sentences arbitrales montre en effet la pauvreté des sources législatives, lois sur les joint ventures sino-étrangères et la loi sur les contrats (ou antérieurement la loi sur les contrats économiques avec l'étranger), au regard des sources réglementaires nationales, produites par les ministères et l'administration centrale, et des sources municipales et émanant des zones économiques spéciales.

324. En matière d'arbitrage des contrats de joint ventures sino-étrangères, à défaut de textes législatifs ou réglementaires fournis, tant en droit des contrats qu'en droit des sociétés, l'obligation de l'arbitre d'appliquer le droit est limitée dans sa portée par le contenu même de ce droit. De fait, la loi sur les joint ventures est entrée en vigueur en 1979, alors qu'il n'existait aucune loi nationale sur les contrats (la loi sur les contrats économiques avec l'étranger sera adoptée en 1985), ni de loi sur les sociétés (la première loi sur les sociétés sera édictée en 1993). La loi sur les joint ventures et ses décrets d'application sont parcellaires. Après avoir déterminé la loi applicable, les arbitres prennent d'ailleurs peu la peine d'identifier les règles matérielles qu'ils mettront en oeuvre. On retient à titre d'exemple quelques citations qui confirment la parcimonie des sources juridiques utilisées : lois et décrets sur les EJV et CJV, PGDC, droit des contrats et droit des sociétés : « *Cette affaire concerne un litige relatif à un contrat de joint-venture. Conformément aux dispositions du droit chinois, les lois applicables pour résoudre le litige sont la loi sur les EJV, son décret d'application et les autres lois chinoises pertinentes* »⁵⁴⁷ ... « *Ce litige sera tranché conformément aux dispositions de la loi sur les CJV, la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, et la loi sur les contrats* »⁵⁴⁸ ... « *Les lois applicables au règlement de ce litige*

⁵⁴⁶ Y. DOLAIS, JIN Banggui, « Le droit en Chine : vers une légalité formelle et effective », *La Chine et le Droit, GP*, octobre 2004, pp. 7-11.

⁵⁴⁷ *Shanghai Garment JV Case 1998*, sentence CIETAC (15 avril 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 150.

⁵⁴⁸ *Guangzhou Motor Repair and Building Construction JV 2004*, Sentence CIETAC (7 janvier 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1057.

comprendront la loi sur les CJV, les principes généraux du droit civil et les autres lois pertinentes. »⁵⁴⁹.

325. Ces textes appellent quelques observations sur leur publication (A) et sur l'application des lois nouvelles aux contrats de joint ventures en cours (B).

A. La publication des normes juridiques

326. La constitution chinoise de 1982 a donné une base constitutionnelle formelle aux investissements directs étrangers et à leur promotion⁵⁵⁰. A la formulation initiale du principe d'un « gouvernement par le droit » (*yifa zhiguo*, 以法至国)⁵⁵¹ a succédé, lors de la révision constitutionnelle de 1999, l'affirmation d'un « gouvernement selon le droit » (*yifa zhiguo*, 依法至国)⁵⁵². Cette nouvelle formulation, saluée comme introduisant le concept d'Etat de Droit en Chine, ne doit pas faire oublier les déficiences profondes qui affectent son système juridique : absence de véritable hiérarchie des sources, absence de contrôle de constitutionnalité des lois, défaut de publication systématique des textes opposables aux justiciables, défaut de publication de la jurisprudence judiciaire.

327. En matière de création de textes législatifs, la principale curiosité du système chinois réside dans la concurrence de compétence entre l'Assemblée populaire nationale et la Cour suprême⁵⁵³. La rivalité des deux pouvoirs en matière normative conduit à l'élaboration, au niveau national, de dispositions législatives qui ne sont pas toujours complémentaires et, dont l'incertitude du sort en cas de conflit est une cause constante d'imprévisibilité du droit. Ainsi, en matière de loi applicable à la clause compromissoire à défaut de choix par les parties, l'interprétation de la Cour suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 prévoit un seul facteur de rattachement, alors que la loi sur le droit international privé de 2010 prévoit deux facteurs de

⁵⁴⁹ *XX Synthetic Fibres JV 2005*, Sentence CIETAC (1^{er} juin 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1328-9 ; *Contracted Operation Dispute 2005*, Sentence CIETAC (8 décembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1427.

⁵⁵⁰ Art. 18, Constitution chinoise de 1982, v. note 17 *supra*.

⁵⁵¹ Y. DOLAIS, « Les évolutions constitutionnelles récentes et l'Etat de Droit en Chine », conférence du 1^{er} avril 2009, Barreau de Paris, p. 4.

⁵⁵² Art.5, Constitution chinoise de 1982.

⁵⁵³ Chaque loi est suivie de son interprétation (*jieshi*, 解释) par la Cour suprême : loi sur l'arbitrage de 1994 et interprétation de la Cour suprême de 2006 ; loi sur les contrats et interprétations de la Cour suprême de 1999 et de 2009 ; loi sur le droit international privé de 2010 et interprétation de la Cour suprême de 2013 etc. Sur la création des normes juridiques en Chine, v. JIN Banggui, « La répartition des compétences normatives nationales en Chine et en France », *RIDC*, 2001, n° 2, p. 945-964 ; P. H. CORNE, « Creation and application of law in the PRC », *50 American Journal of Comparative Law*, 2002, pp. 369-443.

rattachements⁵⁵⁴. Les praticiens profitent des colloques et conférences organisées afin d'interpeller les magistrats ou les membres du comité des lois de l'Assemblée populaire nationale, et se voir confirmer l'issue du conflit de normes⁵⁵⁵.

328. En matière de publication de normes, la principale difficulté réside dans l'absence de publication de certaines normes qui sont opposées aux justiciables. Depuis son accès à l'Organisation Mondiale du Commerce, la Chine est tributaire d'une obligation internationale de transparence dans l'application du droit. Or, outre l'absence de publication systématique de certaines réglementations publiques, une source majeure de normes non publiées réside dans les manuels diffusés au sein de l'administration, qui commentent et énoncent des recommandations sur l'application des textes juridiques, sans être publiés⁵⁵⁶.

329. Les auteurs et praticiens recommandent aux parties, lors la rédaction de la clause de choix de loi, de qualifier les sources du droit chinois applicables aux relations contractuelles, en excluant l'application des normes non publiées par mesure de protection contre l'application, souvent constatée, de ces normes juridiques non publiées (*neibu falü*, 内部法律)⁵⁵⁷. On constate cependant, dans les clauses de choix de loi, citées dans les sentences que de telles stipulations sont rarement intégrées : « *the conclusion, validity, interpretation and enforcement of the contract shall be governed by the China's current and published laws* » contenue dans le contrat de joint venture, conclu entre la société chinoise Zhang Jiagang Xin'gang Dianzi et la société allemande Brose International GmbH, est un rare exemple en ce sens⁵⁵⁸. Il ne semble toutefois pas que des parties aient invoqué, dans le cadre d'un arbitrage, le défaut de publication d'un texte appliqué par les arbitres, c'est en revanche la question de

⁵⁵⁴ V. paragr. 80 *supra*.

⁵⁵⁵ Sur la question de la primauté de l'article 18 de la loi sur le droit international privé sur l'article 16 de l'interprétation de la Cour suprême soulevée lors du colloque *L'arbitrage international en Chine – Un outil idéal de règlement des litiges ?* organisé par l'Ambassade de France en Chine, Pékin, 26 juin 2012, V. Déclaration de Madame SHEN Hongyu, juge à la Cour suprême, 4^{ème} division civile, paragr. 80 *supra*.

⁵⁵⁶ « Le système juridique et les IDE », *Chine : Progrès et enjeux de la Réforme*, OCDE 2004, pp. 21-22. Pour une description de la pratique des codes « avec un titre rouge » (*red-headed documents*, les codes publics ont un titre noir), diffusés au sein de l'administration, comportant des recommandations internes sur l'application des textes, dont le contenu n'est ni public ni opposable aux tribunaux, v. R. O'BRIEN, « The Survival of Traditional Chinese Law in the People's Republic of China », 2010, 40 *Hong Kong Law Journal* 165.

⁵⁵⁷ O. NEE, *op. cit.*, paragr. 17-47.

⁵⁵⁸ Disposition citée dans l'arrêt de la Cour populaire suprême 2006 *Zhang Jiagang Xin'gang Dianzi c/ Brose International GmbH*. V. paragr. 82 *supra*. Clause de choix de loi citée par YANG Caixia, *op. cit.* note 107 *supra*, paragr. 517 et notes 638-639,

l'application des lois nouvelles aux contrats de joint ventures en vigueur qui pose un certain nombre de difficultés.

B. Application de la loi nouvelle aux contrats en cours

330. L'application dans le temps des textes législatifs est primordiale en droit des contrats d'investissement, et tout particulièrement pour les contrats conclus en aval de ces investissements. En effet, le principe en matière contractuelle est la non-application de la loi nouvelle au contrat en cours. Les parties prévoient, afin de préserver le *status quo*, l'application des lois « en vigueur ». Or, dans le contexte chinois, cette règle est à double tranchant. La plupart des contrats de joint ventures sino-étrangères ont été conclus avant 2000, et, dans leur immense majorité, avant l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats. Ces contrats de joint ventures sino-étrangères restent donc soumis, jusqu'à ce jour à la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1985, et ne bénéficient pas de l'application d'un texte plus récent et plus souple. Si l'on envisage le développement, l'évolution du droit chinois, comme un mouvement législatif visant à se perfectionner, il est regrettable de maintenir l'application de dispositions jugées archaïques aux litiges, nés aujourd'hui, d'investissement anciens. Dans le cadre d'un régime stable, la règle de la non-rétroactivité protège les parties, mais dans le cadre d'un droit dit « en construction », elle fige le contrat dans un droit civil et commercial devenu archaïque alors que ce droit civil et économique a connu par ailleurs un profond renouvellement depuis le début des années 1990⁵⁵⁹. Cette règle juridique fait ainsi perdurer un droit des conflits de lois et un droit des obligations à deux vitesses. On examinera les enjeux de ces questions dans le cadre de l'application de la loi sur les contrats, puis celle de l'application de la loi sur les sociétés, aux joint ventures sino-étrangères.

1. L'application de la loi sur les contrats aux contrats en cours

331. La loi sur les contrats, qui a créé un système unifié de droit des contrats, contient sa propre règle d'application dans le temps⁵⁶⁰. L'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999 prévoit que la loi sur les contrats ne s'applique qu'aux

⁵⁵⁹ J.-P. CABESTAN, *op. cit.*, pp. 649-668.

⁵⁶⁰ Adoptée et promulguée à la seconde session du IX^{ème} congrès de l'Assemblée populaire nationale du 15 mars 1999, elle est entrée en vigueur au 1^{er} octobre 1999, date à laquelle la loi sur les contrats économiques, la loi sur les contrats économiques avec l'étranger et la loi sur les contrats technologiques ont été abrogées (art. 428, loi sur les contrats).

contrats conclus à compter de la date de son entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2009, et ne s'applique aux contrats antérieurs qu'en cas de lacune du droit : « *Lorsqu'un litige est porté devant un tribunal étatique chinois à propos d'un litige né d'un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, les dispositions de la loi sur les contrats doivent s'appliquer ; lorsqu'un litige est porté devant un tribunal étatique chinois relativement à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, à défaut de stipulation contraire, les dispositions de la loi en vigueur à l'époque doivent s'appliquer, étant entendu que si la loi applicable à l'époque ne comporte pas de disposition sur une question, les dispositions pertinentes de la loi sur les contrats peuvent s'appliquer* »⁵⁶¹.

332. Dans l'affaire *XX Land Development JV 2004*⁵⁶², le tribunal arbitral devait déterminer si la loi sur les contrats ou la loi sur les contrats économiques avec l'étranger devait s'appliquer à un contrat de joint venture conclu le 18 juin 1993. Se fondant sur l'article 1^{er} susvisé, de l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999, le tribunal arbitral a décidé que la loi ancienne s'appliquait, complétée par la loi nouvelle en cas de lacune : « *S'agissant de l'application de la loi sur les contrats, le Demanderesse a invoqué cette loi dans le mémoire de son conseil. Le tribunal relève qu'à la date de la conclusion du Contrat, c'est-à-dire le 18 juin 1993, la loi sur les contrats n'avait pas encore été élaborée. Conformément à l'article 19 du contrat qui régit la rétroactivité de la loi applicable et l'interprétation judiciaire (1999) n°19, c'est-à-dire l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats chinois, lorsqu'un litige découlant d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats est soumis à arbitrage, les lois et règlements applicables à l'époque doivent s'appliquer ; lorsqu'il n'y avait ni loi ni règlement à l'époque sur les questions litigieuses, les dispositions pertinentes de la loi sur les contrats peuvent être appliquées. Etant donné que le Demanderesse est une entreprise étrangère, la loi applicable est la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, et dans le silence de cette loi, la loi sur les contrats s'appliquera subsidiairement* ».

333. De même, dans l'affaire *société Heng He & société Yu Xing Company c/ société Laser* déjà mentionnée ci-dessus⁵⁶³, les parties avaient conclu trois cessions de parts d'une joint

⁵⁶¹ Art 1^{er}, interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999.

⁵⁶² *XX Land Development JV 2004*, Sentence CIETAC (29 avril 2004) *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1100.

⁵⁶³ *Société Heng He & société Yu Xing c/ société Laser* (Cour suprême, 3 décembre 2004), disponible sur www.pkulaw.cn.

venture et un accord de principe, respectivement en 1996 et en 1998, dont la validité était contestée, faute d'avoir fait l'objet d'une approbation par les autorités chinoises. Dans cette affaire, la Cour suprême a également décidé d'appliquer la loi sur les contrats économiques avec l'étranger : « *Les trois contrats en question ont été signés en 1996, et le memorandum a été signé en 1998. Tous ont été signés avant l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats. Il en résulte que le présent litige doit être résolu conformément aux lois en vigueur à l'époque de la signature des contrats, c'est-à-dire selon la loi sur les contrats économiques avec l'étranger* ».

334. L'applicabilité de la loi sur les contrats à la détermination de la validité de contrats conclus avant le 1^{er} octobre 1999 est un enjeu important, cette nouvelle loi ayant limité les cas de nullité contenus dans le droit antérieur. Dans ce domaine, la loi sur les contrats comporte une exception au principe de sa non-rétroactivité. Lorsque la loi antérieure comporte une cause d'invalidité qui a disparu dans la nouvelle loi, l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999 prévoit que la loi sur les contrats a vocation à s'appliquer. L'application de la nouvelle loi aux contrats antérieurs ne prévaut donc que dans le cas où (i) l'application d'une loi antérieure mène à la nullité du contrat et (ii) l'application de la loi sur les contrats mène à sa validité⁵⁶⁴.

335. L'affaire *société Heng He & société Yu Xing c/ société Laser* susvisée⁵⁶⁵, souligne la fragilité du sort des contrats d'investissement. Après avoir déterminé que la loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1985 s'appliquait aux trois cessions de parts de joint venture et au memorandum, la Cour suprême devait déterminer, alors que ces conventions étaient dépourvues d'approbation, si les conditions de rétroactivité de la loi sur les contrats étaient remplies. La Cour suprême a estimé que les deux conditions susvisées devaient être satisfaites avant que la loi sur les contrats ne s'applique rétroactivement : « *conformément à l'article 3 de l'interprétation de la Cour suprême sur la loi des contrats deux préalables sont posés à l'application de la loi sur les contrats qui ont été signés avant son entrée en vigueur, à savoir (1) que le contrat conclu antérieurement à l'application de la loi sur les contrats est nul en application de la loi applicable à cette époque, et qu'il est valide selon la loi sur les*

⁵⁶⁴ Art. 3, interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999 : « *Lors de la détermination la validité d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, si l'application de la loi en vigueur à l'époque conduit à son invalidation, mais que l'application de la loi sur les contrats conduit à affirmer sa validité, le tribunal étatique appliquera la loi sur les contrats* »

⁵⁶⁵ *société Heng He & société Yu Xing c/ société Laser*, (Cour suprême, 3 décembre 2004), disponible sur www.pkulaw.cn.

contrats. En d'autres termes, la loi sur les contrats n'est applicable que si ces deux conditions sont satisfaites ». Or, la Cour suprême a estimé que la seconde condition n'était pas remplie en l'espèce, puisque la loi sur les contrats avait maintenu, en son article 44, le principe de l'invalidité du contrat dépourvu d'approbation lorsque cette approbation est requise, et a confirmé l'invalidité des quatre conventions : « *Néanmoins, la loi sur les contrats prévoit également que les contrats cesseront d'être valides, s'ils n'obtiennent pas l'autorisation ou l'enregistrement prévus par les lois ou règlements applicables. Ainsi, nous décidons que le présent cas ne remplit pas la condition (2) pour l'applicabilité de la loi sur les contrats. L'appel est rejeté* ».

2. Application de la loi sur les sociétés aux contrats de joint ventures

336. L'applicabilité de la loi sur les sociétés, adoptée en 1993 et modifiée en 2005, pose la question du sort des dispositions, relatives aux droits et obligations contenues dans les contrats de CJV et d'EJV conformes au droit chinois des investissements étrangers, qui s'avèreraient incompatibles avec le droit des sociétés. L'article 218 de la loi sur les sociétés prévoit qu'en cas de dispositions incompatibles entre ses dispositions et les lois sur les joint ventures, les lois sur les joint ventures prévalent. Dans la sentence *Guangzhou Seafood Restaurant JV 2003*⁵⁶⁶, les parties avaient conclu un contrat de CJV le 28 juin 1993, dans lequel était prévue une clause de bénéfice fixe. Cette clause, conforme à la loi sur les CJV, dérogeait néanmoins à la règle imposée, dans les sociétés à responsabilité limitée, énonçant que le droit de chaque associé au bénéfice social ne soit ni fixe ni garanti, mais reste conditionné aux résultats de la société et proportionnel à ses apports dans la société. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a constaté que la CJV était une société à responsabilité limitée fondée en Chine par des investisseurs étrangers. Il a estimé que, tant les dispositions de la loi sur les CJV que celles relatives à la société à responsabilité limitée contenues dans la loi sur les sociétés, étaient applicables à la CJV et, qu'en cas de conflit cette dichotomie devait être tranchée au profit de la loi sur les CJV, conformément la règle posée à l'article 218 de la loi sur les sociétés⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ *Guangzhou Seafood Restaurant JV 2003*, sentence CIETAC (23 avril 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 999.

⁵⁶⁷ Pour une analyse critique du rôle de l'article 218 de la loi sur les sociétés permettant la persistance d'un régime de droit des sociétés dérogatoire au droit commun pour les sociétés à capitaux étrangers, et la nécessité d'unifier le droit chinois des sociétés entre sociétés à capitaux étrangers et sociétés à capitaux chinois, v. QIN Rungen, « *Retrospective and perspective of foreign investment legislation in China (1979-2009)* », *Frontier of Law China*, 2011, 6(1), pp. 131-160, pp. 155-158.

337. En application de la prévalence du droit des investissements étrangers, au profit des sociétés à capitaux étrangers, sur le droit commun des sociétés à responsabilité limitée, le tribunal arbitral a validé la clause de répartition des bénéfices dérogatoire contenue dans le CJV : « *La clause de bénéfice fixe prévue au contrat de CJV et au contrat d'exploitation a été convenue entre les parties sur le fondement des profits réalisés par la CJV et du « risque de l'opération » (risk of the operation). Bien que l'article 33 de la loi sur les sociétés dispose que les associés d'une société à responsabilité limitée doivent percevoir des dividendes conformément au montant de leurs apports respectifs, l'article 2 de la loi sur les CJV permet à la partie chinoise et à la partie étrangère de convenir d'une distribution des profits et du partage des risques et des pertes. Conformément à l'article 22 de la loi sur les CJV, les associés d'une joint-venture doivent distribuer les profits ou partager les risques et pertes conformément aux stipulations du Contrat de CJV. C'est pourquoi le tribunal estime que la clause de bénéfice fixe, convenue par les parties en vertu du contrat CJV et du contrat d'exploitation, n'a pas été conclue en violation du droit chinois* »⁵⁶⁸.

§ 2 L'application de la réglementation administrative

338. Le principe selon lequel le règlement est subordonné à la loi et l'autorité locale est subordonnée à l'autorité centrale comporte de nombreuses exceptions, dont témoigne le droit des investissements étrangers, qui ne sont pas toujours résolues en conformité avec cette hiérarchie. L'absence d'organisation du système juridique est la faiblesse centrale du droit chinois. La juxtaposition des sources, en l'absence d'organisation selon une hiérarchie déterminée, conduit à un enchevêtrement d'autorités législatives et administratives à l'échelle nationale et locale⁵⁶⁹. A titre d'exemple, le principe de l'application du droit chinois au contrat de joint venture sino-étrangère est répété à satiété dans un « mille-feuilles » normatif qui témoigne d'une course à la production entre les principaux organes normatifs chinois : l'Assemblée nationale populaire (loi sur les contrats), le conseil des Affaires d'Etats (décrets d'application sur les EJV et les CJV) et la Cour suprême (interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats de 1999, avis de la Cour suprême sur la loi applicable de 2002, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007).

339. En cas de divergence entre ces dispositions se pose la question de l'application des règlements administratifs et des normes locales, tout particulièrement lorsqu'une cause

⁵⁶⁸ *Ibid.* Traduction de l'auteur.

⁵⁶⁹ Y. DOLAIS, *op. cit.*

d'invalidité d'une stipulation du contrat de joint venture, voire la validité de la totalité du contrat, est testée au regard de ces dispositions. Pour ce qui concerne l'application des normes administratives, la loi sur les contrats comporte le souci du législateur de protéger la prédictibilité des transactions, en limitant les causes de nullité des contrats aux seuls textes de source législative, et excluant l'application du droit local et des règlements administratifs⁵⁷⁰.

340. Deux affaires illustrent l'enjeu de l'applicabilité de la prolifération des règlements administratifs et les tentatives d'utilisation de ces textes, par certaines parties, aux seules fins de faire invalider le contrat joint venture. Dans l'affaire *XX Food JV 1999*⁵⁷¹, l'enjeu était l'application d'une circulaire ministérielle datant de 1987. L'entreprise d'Etat, AA Industrial Development Company, avait conclu un accord de joint venture avec la société hongkongaise, BB International Trade Company. Le contrat de joint venture avait été conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, et la sentence a été rendue le 9 octobre 1999, soit neuf jours après son entrée en vigueur. Le tribunal avait décidé d'appliquer le droit chinois, conformément au choix des parties et aux « *dispositions impératives du droit chinois* ». La demanderesse à l'arbitrage, qui se présentait comme le supérieur hiérarchique d'AA Industrial Development Company, demandait au tribunal arbitral de prononcer la nullité du contrat d'EJV, pour violation des dispositions d'une circulaire administrative conjointe du MOFERT et de l'AIC du 21 septembre 1987, qui imposent que la partie chinoise du contrat d'EJV soit une « personne morale entreprise » ou une « organisation économique dotée de la personnalité morale »⁵⁷².

341. Dans sa sentence, le tribunal arbitral a estimé qu'il n'existait pas en droit chinois de disposition impérative imposant que le partenaire chinois fût doté de la personnalité morale et, s'appuyant sur les dispositions législatives de la loi sur les EJV, relatives à la qualification des parties au contrat de joint venture, a fait prévaloir la disposition législative libérale sur la

⁵⁷⁰ Art. 4, interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999 dispose : « Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, un tribunal populaire peut invalider un contrat que sur le seul fondement des lois adoptées par l'Assemblée populaire nationale ou par son Comité permanent, ou des règlements administratifs adoptés par le Conseil des Affaires d'Etat, et ne peut invalider un contrat sur le fondement d'un texte local ou d'un règlement administratif ».

⁵⁷¹ The *XX Food JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 octobre 1999) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 567, traduction de l'auteur.

⁵⁷² Art. 2 : « Le partenaire chinois doit (*bixu*, 必须) être une « entreprise personne morale », légalement constituée conformément aux articles 36 à 49 des PGDC, ou être une « autre organisation économique » ayant obtenu la qualification de personne morale », Circulaire du Ministère du commerce et des relations économiques étrangères et de l'AIC relative à l'examen strict de l'aptitude de la partie chinoise d'une EJV à être une personne morale indépendante, du 21 septembre 1987.

circulaire : « *Le défendeur allègue que le Contrat EJV, dans cette affaire, ne serait pas valable, et a produit la circulaire du MOFERT et de l'AIC, relative à l'examen strict de l'aptitude de la partie chinoise d'une EJV à être une personne morale indépendante, ainsi que d'autres documents à l'appui de ses allégations. Cependant, le tribunal arbitral relève que l'Article 1er de la loi chinoise sur les EJV dispose qu'« en vue d'élargir la coopération économique et les échanges techniques internationaux, la PRC autorise les sociétés, entreprises ou autres organisations économiques, ou particuliers étrangers (dénommées ci-dessous « Partenaires étrangers ») à s'associer avec les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises (dénommées ci-dessous « Partenaires chinois ») pour l'établissement conjoint d'EJV sur le territoire de la RPC, conformément au principe d'égalité et des avantages réciproques et sur approbation du gouvernement chinois ». En conséquence, le tribunal arbitral estime que le droit chinois positif ne contient aucune exigence impérative quant au statut du Partenaire chinois, et qui lui imposerait d'être une personne morale indépendante. Les allégations et les preuves soumises par la demanderesse ne peuvent écarter la possibilité, qu'en vertu de la loi sur les EJV, AA Industrial Development entre dans la catégorie dite des « autres organisations économiques »⁵⁷³. On peut se demander si, en qualifiant la circulaire de « preuves » soumises par la défenderesse, et en recourant au concept de disposition impérative, le tribunal n'a pas entendu éviter d'analyser la portée de la circulaire litigieuse. Ce faisant, le tribunal arbitral prive le lecteur d'une analyse intéressante de la hiérarchie entre les normes législatives et réglementaires en droit chinois des investissements étrangers, et de conflit de dispositions de même objet entre l'article 1^{er} de la loi sur les EJV et une circulaire administrative.*

342. Dans la sentence *Guangzhou Seafood Restaurant JV 2003*⁵⁷⁴ se posait l'application de certaines dispositions du règlement, promulgué conjointement par le MOFERT et l'AIC, relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère du 13 septembre 1990. Les parties étaient les associés d'une CJV. Elles avaient également conclu un contrat d'exploitation de joint venture aux termes duquel le défendeur était l'associé-exploitant. Selon

⁵⁷³ Sur la qualification de la partie chinoise au contrat de joint venture sino-étrangère, V. Seconde partie, Titre I *infra*.

⁵⁷⁴ *Guangzhou Seafood Restaurant JV 2003*, sentence CIETAC (23 avril 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 999. Solution à comparer avec le sort accordé dans la sentence CIETAC par le tribunal arbitral dans l'affaire *Nanjing Agriculture Product JV*, sentence CIETAC (18 janvier 1996), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4, dans laquelle le tribunal arbitral avait prononcé l'invalidité d'un contrat d'exploitation conclu directement entre les parties en application du même règlement relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère, du 13 septembre 1990. V. note 369 *supra*.

les stipulations du contrat de CJV et du contrat d'exploitation, à compter de la date de sa constitution, la CJV devait être exploitée seulement par le défendeur. Le défendeur prétendait que le contrat CJV et le contrat d'exploitation violaient le règlement relatif au contrat d'exploitation, et soulevait, à titre d'exemple, le fait qu'un contrat d'exploitation doit être conclu entre la CJV et le défendeur et que le demandeur et le défendeur ne pouvaient valablement prévoir une stipulation prévoyant que l'exploitation ne pouvait durer plus de cinq ans. Le tribunal arbitral a estimé que le contrat d'exploitation était valable et a écarté l'application de ce règlement, au motif que ce règlement n'entraînait pas dans la catégorie des lois et règlements susceptibles de priver le contrat d'effet : *« la loi sur les contrats est entrée en vigueur le 1er octobre 1999. Conformément à son article 52, seule la violation d'une règle impérative, telle une loi ou une règle administrative peut justifier la nullité d'un contrat. L'article 4 de l'interprétation 1 de la Cour suprême relatif à l'application du droit des contrats chinois précise que, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, la nullité d'un contrat ne peut reposer que sur une loi adoptée par l'Assemblée populaire nationale et son Comité permanent, et les règlements administratifs adoptés par le Conseil des affaires d'Etat. Le règlement relatif au contrat d'exploitation de joint-venture sino-étrangère a été promulgué par le MOFERT et l'AIC le 13 septembre 1990, et ne correspond donc pas aux lois et règlements administratifs visés dans le champ d'application de l'article 52 de la loi sur les contrats. En conséquence, bien que le tribunal arbitral constate que certaines clauses du contrat de CJV et du contrat d'exploitation sont en contradiction avec certaines des dispositions du règlement relatif au contrat d'exploitation de joint-ventures sino-étrangère, il ne peut en conclure à la nullité de ces stipulations relatives à l'exploitation de la joint venture, contenues dans le contrat de CJV et dans le contrat d'exploitation ».*

§ 3 L'application du droit local

343. Les auteurs font également état de la contradiction entre les normes locales et les normes nationales⁵⁷⁵. L'examen des sentences arbitrales montre une application courante par les arbitres des normes municipales (Nankin, Shenzhen), particulièrement en matière immobilière (apport du droit d'usage de terrain, cession de bien immobilier). Ainsi, les arbitres refusent de donner effet aux stipulations contractuelles contraires à une réglementation municipale, voire prononcent, en application de la loi sur les contrats

⁵⁷⁵ S. LUBMAN, « Looking for law in China », *Columbia Journal of Asian Law*, Vol 20(1) Fall 2006, p. 27, p. 34-36.

économiques avec l'étranger, la nullité d'un accord de joint venture pour contournement de la réglementation municipale. Ainsi, dans l'affaire *Nanjing Agriculture Product JV 1996*⁵⁷⁶, le défendeur était le partenaire chinois du contrat d'EJV et devait réaliser un apport, sous la forme du droit d'usage d'un terrain. Dans leur contrat d'EJV, les parties étaient convenues qu'il incombait à l'associé chinois, apporteur du droit d'usage immobilier, de solliciter préalablement l'approbation du projet afin pouvoir de réaliser son apport à l'EJV.

344. Le tribunal arbitral a fait prévaloir sur l'accord des parties une norme municipale, en l'espèce le règlement provisoire de Nankin relatif à l'administration du droit d'usage immobilier dans les EJV et les CJV. Le règlement provisoire de Nankin prévoyait que : « *lorsque le partenaire chinois entend utiliser son terrain dans le cadre d'une joint-venture avec une partie étrangère, l'EJV et la CJV devaient être détentrices de l'autorisation écrite de la proposition de projet et de l'autorisation écrite du département de l'aménagement du territoire puis soumettre ces documents auprès de l'Administration du droit d'usage de la municipalité ou du comté, afin d'obtenir la licence de droit d'usage* ». Le tribunal arbitral a relevé qu'après que l'Administration du droit d'usage de la ville de Nankin ait approuvé l'apport de droit d'usage du défendeur, « *l'EJV aurait dû soumettre les documents d'approbation et solliciter de l'Administration du droit d'usage une licence de droit d'usage du terrain fourni par le défendeur. Le contrat d'EJV stipulait que le défendeur serait responsable de mener à bien ces procédures et obtenir le droit d'usage de l'Administration du droit d'usage. Cette stipulation est incompatible avec le règlement provisoire, et le contrat d'EJV doit donc se conformer avec le règlement provisoire et faire la demande de droit d'usage* ».

345. De même, dans l'affaire *Construction of XX Commercial Building JV Case 1998*⁵⁷⁷, le tribunal a requalifié, un contrat de joint venture, relatif à un projet de construction immobilier à Shenzhen, approuvé par l'administration chinoise, en un contrat d'achat et de vente immobilière. Au vu de la réglementation de Shenzhen relative aux transactions immobilières, le tribunal a estimé que les parties avaient contourné l'application du règlement de la ZES de Shenzhen sur les transactions immobilières. Le tribunal a assimilé le règlement local à une disposition d'ordre public, et a considéré, en application de l'article 9 de la loi sur les contrats

⁵⁷⁶ *Nanjing Agriculture Product JV*, sentence CIETAC (18 janvier 1996), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4. V. note 369 *supra*.

⁵⁷⁷ *Construction of XX Commercial Building JV Case 1998*, sentence CIETAC (31 mars 1998), rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 125.

économiques avec l'étranger, que le contrat de joint venture et ses annexes étaient dépourvus de validité (*wuxiao*, 无效), pour contrariété du contrat « *aux lois de la République populaire de Chine ou à l'intérêt public chinois* ».

Section 2 Les autres règles matérielles appliquées au contrat

346. Le sort de la détermination des droits et obligations des parties repose également dans une très large mesure sur l'application au contrat de principes généraux qui trouvent leur traduction dans les règles tant procédurales que substantielles chinoises. A l'examen de ces principes du droit chinois (§ 1) succèdera le sort réservé au droit étranger, lorsqu'il est applicable en Chine (§ 2).

§ 1 L'application des principes du droit chinois

347. La jurisprudence judiciaire et arbitrale a largement recours, dans la détermination des droits et obligations des parties, à un certain nombre de principes du droit civil chinois dont certains sont codifiés tant dans le droit processuel que dans le droit substantiel. Ces principes sont au cœur des décisions, notamment pour la détermination de l'allocation de la responsabilité entre les parties, et pour la détermination du *quantum* des demandes des parties. Certains de ces principes sont qualifiés de « fondamentaux ». ⁵⁷⁸ Il s'agit des quatre principes de libre volonté (ou le « volontarisme ») (*ziyuan*, 自愿), d'équité (*gongping*, 公平), de réparation à concurrence équivalente (*dengjia youchang*, 等价有偿) et de bonne foi (*chengshi xinyong*, 诚实信用) ⁵⁷⁹, mais également des principes, qualifiés de « vagues », tels que celui de la raison (*heli*, 合理) ⁵⁸⁰.

348. De fait, on relève dans les sentences CIETAC, un grand nombre de références à ces principes d'équité et de raison ⁵⁸¹. La référence est encore renforcée par le fait que ces

⁵⁷⁸ S. NOVARETTI, « General Clauses and Practice: The Use of the Principle of Good Faith in the Decisions of Chinese Courts' Contracts » (2010) 18 *European Review of Private Law*, Issue 5, pp. 953–981. ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, pp. 74-75.

⁵⁷⁹ XU Baikang, traduit ces quatre principes par : libre volonté, justice, honnêteté, et valeur égale. Xu précise que le concept de « valeur égale » signifie l'équivalence des obligations réciproques, v. XU Baikang, « Les principes généraux du droit civil en Chine », *RIDC*, 1-1989, pp. 125-137. Nous préférons retenir la traduction de D. LAPRES : « réparation à concurrence équivalente ».

⁵⁸⁰ M. TIMOTEO, « Vague Notions in Chinese Contract Law: The Case of *Heli* » (2010) 18 *European Review of Private Law*, Issue 5, pp. 939–951, p. 941.

⁵⁸¹ Sur les 75 sentences rendues par le CIETAC entre 1995 et 2002, 13 sentences arbitrales se fondent sur l'équité et la raison. Cette utilisation intervient dans ces sentences à l'appui de la détermination de la validité du contrat d'exploitation de joint venture (*XX Entertainment JV 1999* (6 avril 1999) *Sélection de sentences CIETAC*

principes sont également incorporés, dans une large mesure, dans les règles substantielles du droit chinois et dans le droit de l'arbitrage. En matière substantielle, la notion de raison, ou avec raison, traduite également en anglais par « *reasonable* », dont l'origine remonte aux textes juridiques impériaux chinois, a réméré en droit positif et a été intégrée dans les PGDC et dans le droit des contrats⁵⁸². La notion de raison renvoie aux règles naturelles qui sont une des composantes sensées régir l'ordre social chinois, au-delà du droit, ce dernier n'étant entendu en Chine que dans le sens étroit de « normes juridiques »⁵⁸³. La raison est un élément décisionnel, utilisé par les juges chinois afin de justifier une application souple de la loi et de préciser les stipulations contractuelles, dans le cadre d'une économie traversant des changements rapides et profonds⁵⁸⁴. Cette approche s'inscrit également dans une tradition de flexibilité et de pragmatisme (*biantong*, 变通) qui, comme l'indique Fan Kun, dessine une ligne de conduite, afin de permettre une application flexible des règles de droit⁵⁸⁵. Comme l'indique M. TIMOTEO, le principe de la raison a plus récemment été utilisé, en association avec la notion d'équité, afin de « balancer » les droits et obligations des contractants et sert, dans ce contexte, de standard pour une évaluation comparative et un soupèsément des intérêts, et des droits et obligations respectifs des parties.

349. Dans le cadre des litiges en matière de joint ventures sino-étrangères, les arbitres ont, dans certaines circonstances, recours à ces principes afin de pondérer l'application stricte des conséquences légales du défaut d'approbation d'un contrat. Ainsi, dans *XX Curtain JV 1999*, Le tribunal arbitral a considéré que le contrat d'exploitation, quoique non soumis à

1995-2002, p. 394) ; de la violation de l'obligation d'apport (*Sino-US Garment JV 1999* (3 septembre 1999), *Ibid.*, p. 518 et *Contribution Transfer JV 1999* (2 décembre 1999) *Ibid.*, p. 597) ; du versement de dommages-intérêts (*XX Curtain JV 1999* (2 juillet 1999) *Ibid.*, p. 476 (combiné avec le principe de « réparation à concurrence équivalente ») ; *Wuxi Chemical JV 1997* (15 décembre 1997), *Ibid.*, p. 66 ; *Construction of XX Commercial Building Chemical JV 1997* (31 mars 1998), *Ibid.*, p. 125 ; *Resin Product JV 1998* (7 mai 1998), *Ibid.*, p. 168 ; *Delicious Catering JV 1997* (11 mai 1998), *Ibid.*, p. 181 ; *Pressure Container JV 1998* (29 mai 1998), *Ibid.*, p. 200 ; *Rubber Product JV 1998* (30 septembre 1998), *Ibid.*, p. 254 ; *XX Great Hotel JV 1999* (9 décembre 1999), *Ibid.*, p. 653 ; *Commercial Building JV 1999* (31 décembre 1999), *Ibid.*, p. 735 ; de la répartition du préjudice (*Real Estate Construction and Management JV 1998*, sentence CIETAC (2 avril 1998) rendue à Shenzhen, *Ibid.*, p. 137). Sur les 30 sentences rendues par le CIETAC entre 2003 et 2006, 6 sentences arbitrales se fondent sur l'équité et la raison, deux se fondent sur le principe d'honnêteté.

⁵⁸² Art. 4, PGDC ; Art. 4 et 5, interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats de 2009 ; Opinion de la Cour suprême sur quelques questions relatives à l'adjudication des différends contractuels civils et commerciaux du 7 juillet 2000.

⁵⁸³ Comme l'indique FAN Kun, le terme droit (*fa*, 法) est entendu dans un sens plus étroit en Chine, purement fonctionnel (lois), qu'il n'a dans le langage occidental, dans lequel il est plus complexe et inclut en outre notamment les notions de garantie des droits et de justice, *Arbitration in China*, p. 184.

⁵⁸⁴ M. TIMOTEO, op. cit., p. 944.

⁵⁸⁵ FAN Kun, *Arbitration in China*, pp. 208-209.

autorisation, reflétait la véritable intention des parties, et reflétait la discussion du conseil d'administration relative au coût et à l'extension de la durée du contrat d'EJV. Le tribunal arbitral a également relevé que le contrat d'exploitation avait en réalité été exécuté par les parties, l'associé (demandeur) ayant transmis, à la date prévue, le droit de gérer à son associé-exploitant (défendeur), et ce dernier ayant dirigé seul l'EJV depuis. En conséquence, le tribunal a, « *en vertu du principe d'équité et de raisonnable et du principe d'égalité d'indemnisation* », fait droit à la requête du demandeur, qui sollicitait le paiement du prix du contrat, des droits de service public et de location du lieu d'exécution du contrat⁵⁸⁶.

350. Ces principes sont d'autant plus utilisés qu'ils sont également au centre du droit chinois de l'arbitrage, qui prévoit que la mission de l'arbitre siégeant en Chine est de trancher le litige sur la base des faits, conformément à la loi, et « *d'une manière juste et raisonnable* »⁵⁸⁷. Le règlement d'arbitrage CIETAC dispose également que l'arbitre doit rendre sa sentence arbitrale de manière indépendante et impartiale sur la base des faits, conformément à la loi et aux termes des contrats, en tenant compte de la pratique internationale (usages internationaux, *guoji guanli*, 国际惯例) et en vertu des principes d'équité (*gongping*, 公平) et de raison (*heli*, 合理)⁵⁸⁸. Cette conception correspond à la conception traditionnelle chinoise de la recherche d'une décision sur la détermination des droits et obligations des parties, qui soit « *tant raisonnable que juridique* » (*heli hefa*, 合理合法). Dès lors, la distinction traditionnelle, connue en arbitrage occidental, entre l'obligation de l'arbitre de statuer en droit, d'une part, et les pouvoirs spéciaux expressément conférés par les parties à l'arbitre de statuer en équité, d'autre part, n'existe pas en droit chinois de l'arbitrage⁵⁸⁹. Le droit chinois de l'arbitrage, au contraire, autorise l'arbitre à trancher en droit selon les stipulations du contrat, mais lui demande également de tenir compte des principes de raison et d'équité, sans que, semble-t-il, les parties puissent exclure leur application, de sorte que les arbitres siégeant en Chine sont dotés du pouvoir d'amiable compositeur⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ *XX Curtain JV* 1999, sentence CIETAC (2 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476, traduction de l'auteur.

⁵⁸⁷ Art. 7, loi sur l'arbitrage.

⁵⁸⁸ Art. 43(1), règlement CIETAC 2005, art., 47(1), règlement d'arbitrage du CIETAC 2012.

⁵⁸⁹ TAO Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2008, pp.104-105 ; FAN Kun, *Arbitration in China*, pp. 209-210 et 220.

⁵⁹⁰ TAO Jingzhou, *Ibid*, p. 105. Il conviendra de suivre la pratique des arbitrages selon le règlement d'arbitrage ICC en Chine, qui prévoit que l'arbitre ne peut exercer le pouvoir d'amiable composition, que sous réserve d'un accord des parties.

351. Dans la sentence arbitrale *Keeneye Holdings Limited et New Purple Golden Resources Development Limited c/ Gao Haiyan et Xie Heping*, rendue le 3 juin 2010 à Xian, sous l'égide de la Commission d'arbitrage de Xian⁵⁹¹, le tribunal arbitral a prononcé l'annulation d'une cession des parts d'une joint venture sino-étrangère. Le tribunal arbitral a également, de sa propre initiative, décidé, en dehors de tout débat contradictoire et en l'absence de toute demande des cessionnaires (les sociétés hongkongaises Keeneye et New Purple) à cet effet, de leur allouer une compensation financière, sur le fondement du principe d'équité. Le tribunal a déterminé seul le montant de cette compensation financière⁵⁹². Le tribunal n'a toutefois formulé qu'une recommandation, fondée sur le principe d'équité et de raisonnable, afin de réparer ce à quoi il estimait que les cessionnaires avaient droit juridiquement, afin de compenser la perte économique subie par la révocation de l'acte de cession : « Néanmoins, Keeneye and New Purple devraient être autorisés en droit à obtenir une compensation économique, dès lors que la convention de cession de parts a été révoquée. En conséquence, le tribunal recommande que Gao et Xie, prennent l'initiative de payer 50 millions de RMB, comme compensation économique à Keeneye et New Purple, afin de mettre fin aux litiges entre les parties. Cette recommandation est fondée sur les principes d'arbitrage d'équité et de raison, elle n'est pas contraignante et ne sera pas incluse dans l'arbitrage »⁵⁹³. Le caractère non contraignant de la décision de versement d'une indemnisation au profit d'une partie qui ne l'avait pas sollicitée, exclut le risque de dépassement par les arbitres de l'étendue de leur mission, et n'affecte pas la validité de la décision. Cette décision peut également être le

⁵⁹¹ Sur les faits et l'annulation de la cession de parts, v. paragr. 490 et s. *infra*. Sentence arbitrale Commission d'arbitrage de Xian No. 2232-2009 (3 juin 2010) (arbitres Jiang Ping - Zhou Jian - Liu Chuntian), en langue chinoise, inédite. De larges extraits de la sentence sont traduits en anglais et reproduits dans les deux décisions judiciaires relatives à son exequatur à Hong Kong : Jugement de la Court of first instance de Hong Kong en date du 12 avril 2011, [2012] 1 HKLRD 627 ; arrêt de la Court of appeal de Hong Kong en date du 2 décembre 2011, CACV 79/2011.

⁵⁹² « Puisque, dans les circonstances du présent litige, Keeneye et New Purple n'ont ni formé de demande d'arbitrage de compensation économique à l'encontre de Xie et Gao, ni indiqué son montant, pour le cas où la convention de cession de part sociales serait annulée, cette question n'a pas été discutée par les parties », [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 37.

⁵⁹³ [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 37. En effet, le tribunal arbitral a constaté que Gao, en détention avait, dans un premier temps, contracté auprès des futurs cessionnaires un emprunt de 6 millions RMB, pour verser une compensation aux victimes de l'action pénale dans laquelle il était impliqué et régler des frais d'avocats à Hong Kong et en Chine. Le tribunal a estimé que ce montant pouvait représenter le prix de cession des parts. Le tribunal arbitral a également relevé que les diligences effectuées par les cessionnaires, Keeneye et New Purple, pouvaient justifier d'une telle compensation financière : « durant la détention de Xie et de Gao, Keeneye et New Purple ont fourni une assistance financière à leurs familles, qui leur a permis de verser une compensation aux victimes dans l'affaire pénale, et d'être finalement libérés. En outre, puisque Keeneye et New Purple ont réglé des honoraires judiciaires des affaires Baijun à Hong Kong après l'acquisition des parts de Baijun, et désigné Wang Li et Lu Ying pour exécuter certaines tâches relatives à l'exploitation et la gestion de la société cédée, le tribunal arbitral décide, en application du principe d'équité, que Xie et Gao devront verser une compensation économique à Keeneye and New Purple d'un montant à définir », [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 37.

résultat d'un compromis au sein du tribunal arbitral, qui avait, dans un premier temps informé les parties, lors de la médiation, de sa volonté de valider la cession de parts. Elle est toutefois préoccupante quant à la prévisibilité de l'application du droit, mais reflète bien la conception que se font les arbitres de leur mission tenant à la recherche d'une détermination des droits des parties qui soit à la fois raisonnable et juridique (*heli hefa*, 合理合法).

352. Le montant de la compensation, fixée par le tribunal arbitral, semble être fondée sur une offre de paiement de 30 million RMB, formulée par Gao et Xie, durant la procédure de médiation, que le tribunal a portée à 50 millions RMB : « *Le tribunal arbitral a relevé que Xie et Gao ont fait une offre de médiation de verser 30 million RMB à Keeneye et New Purple lors de la procédure de médiation tenue lors de la première audience du tribunal arbitral, et le tribunal tient également en compte le fait que les parties devront coordonner, coopérer entre elles et également régler un certain nombre de frais afin de re-transférer les parts sociales à la suite de l'annulation du contrat de cession de parts* »⁵⁹⁴. Cette utilisation dans l'arbitrage d'une offre transactionnelle pose la question du caractère confidentiel de la procédure arb-med, conduite par un tribunal arbitral, qui utilise contre une partie, l'offre transactionnelle qu'elle avait formulée durant cette médiation, et sur les garanties offertes aux parties dans le cadre juridique offert en Chine par ce type de procédure. Ce passage flou du droit à l'équité, de l'arbitrage à la médiation, caractéristique de ces procédures d'arbitrage, peut-il être évité lorsqu'un droit étranger est applicable. Il convient de rechercher de quelle façon les arbitres appliquent ce droit étranger.

§ 2 Le statut du droit étranger

353. L'application d'un droit non chinois prévu contractuellement, ou résultant de la règle de conflit de lois, est limitée par le statut accordé au « droit étranger » par les tribunaux étatiques et par les arbitres. La Chine, comme les pays de tradition de droit continental a adopté le principe *jura novit curia*, selon lequel il appartient au juge de déterminer le contenu du droit, même étranger⁵⁹⁵. Les règles de procédure chinoises applicables devant les tribunaux étatiques chinois ont atténué ce principe et prévoient qu'en cas de choix par les parties d'un droit étranger (c'est-à-dire non-chinois), il revient aux parties de rapporter la preuve du

⁵⁹⁴ [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 37.

⁵⁹⁵ ZHANG Mo, « Choice of law in contracts : a Chinese approach », 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, pp. 289-333, p. 326. Sur le statut de la loi applicable en droit de l'arbitrage, v. G. KAUFMANN-KOHLER, « The governing law : fact or law ? – a transnational rule on establishing its content », *Bulletin Association Suisse d'Arbitrage*, Special Series n° 26, juin 2006.

contenu de ce droit étranger⁵⁹⁶. Pour le cas où l'application du droit non-chinois résulte de la règle de conflit de lois, le statut de la loi non-chinoise applicable n'est pas clair. Les règles de procédure prévoient que le tribunal peut, soit *ex officio* déterminer le contenu du droit, soit demander aux parties d'en rapporter le contenu⁵⁹⁷. Dans les deux cas, le juge étatique « *peut* » appliquer le droit chinois, même pour le cas où l'incapacité à déterminer le contenu du droit étranger est le fait du tribunal : « *si ni les parties et ni les tribunaux populaires ne peuvent constater le contenu de la loi étrangère par des voies appropriées, les tribunaux populaires peuvent appliquer la loi de la RPC* »⁵⁹⁸.

354. Les auteurs chinois rapportent qu'en pratique, le juge chinois s'abstient souvent d'exécuter l'obligation de chercher le contenu du droit étranger applicable, surtout s'il résulte d'un choix de loi des parties, et le juge fait reposer cette seule responsabilité sur les parties⁵⁹⁹. Il semble qu'il en va de même pour l'arbitre. Dans *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* rendue en 2004⁶⁰⁰, le tribunal intermédiaire de Xiamen a écarté le droit applicable à la clause compromissoire, en l'occurrence le droit suisse, au motif que la partie qui invoquait l'application de ce droit n'avait pas rapporté la preuve de son contenu. Le tribunal a refusé de rechercher par lui-même le contenu du droit suisse : « [...] *En deuxième lieu, selon le contrat « la loi du pays où le vendeur a son établissement principal », c'est-à-dire le droit suisse, devrait s'appliquer à titre complémentaire ou alternatif. Toutefois, le défendeur a omis de fournir, dans le délai stipulé, les documents nécessaires, et est considéré comme ayant renoncé à son droit* ».

355. On peut se demander si l'arbitre siégeant en Chine ne se comporte pas comme un juge étatique en assimilant également le droit non-chinois applicable comme *lex causae*, à un

⁵⁹⁶ Art. 9, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007. L'art. 193 de l'avis par la Cour suprême sur le PGDC prévoyait plusieurs moyens d'établissement de la loi étrangère, mais les auteurs doutent de sa mise en oeuvre par les tribunaux. V. sur ce point CHEN Weizuo, *Nouvelle codification du droit international privé chinois, Recueil des cours*, tome 357 (2012), p. 187.

⁵⁹⁷ Art. 9, dispositions de la Cour suprême sur la loi applicable de 2007.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ V. XIAO Yongping, « Foreign precedent in Chinese courts », *Yearbook of Private International Law*, Volume 11 (2009), pp. 277-278, citant un jugement d'un tribunal intermédiaire du Guangdong de 1986 relatif à un contrat de prêt, conclu entre deux sociétés de Hong Kong, prévoyant que le droit de Hong Kong était applicable. Les parties n'ayant pu, comme le leur demandait le tribunal intermédiaire, rapporter la preuve du contenu du droit de Hong Kong, le tribunal intermédiaire a appliqué le droit chinois au motif que le droit de Hong Kong ne pouvait être établi.

⁶⁰⁰ *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (tribunal intermédiaire de Xiamen, 14 décembre 2004), v. note 90 *supra*, traduction de l'auteur.

« droit étranger » au siège. Ainsi, dans *Coating Equipment 2002* mentionnée ci-dessus⁶⁰¹, le tribunal arbitral avait, à l'issue de la règle de conflit de lois, déterminé que le droit américain était applicable au statut d'une partie, en l'occurrence la théorie « *piercing the corporate veil* » pour étendre les effets d'un contrat de vente à des non-signataires. Il a cependant qualifié ce droit applicable de « *droit étranger* » au regard du siège de l'arbitrage, n'a pas recherché son contenu et, constatant que le demandeur n'avait pas rapporté le contenu du droit applicable, lui a préféré le droit du siège, à savoir le droit chinois : « *la qualification et le statut doivent être soumis au droit de [leur] pays, c'est à dire, les Etats-Unis. [...] Le droit des Etats-Unis est un droit étranger pour un tribunal arbitral en Chine. La partie qui propose l'application de la loi des Etats-Unis doit supporter la charge de prouver les dispositions pertinentes du droit des Etats-Unis. Or, les [Acheteurs] n'ont pas satisfait à la charge de la preuve. Lorsque le droit américain applicable ne peut être identifié, le tribunal arbitral doit appliquer le droit du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire le droit chinois* ».

356. A l'issue de l'examen de l'étendue des pouvoirs juridictionnels et substantiels dont dispose l'arbitre qui tranche le contentieux des contrats de joint ventures sino-étrangères, on peut s'interroger sur l'autonomie de ce mode de résolution des litiges. L'accès à l'arbitre statuant en Chine connaît une double limite : limitation de l'existence du consentement résultant du droit étatique et limitation de la portée du consentement résultant d'une interprétation stricte de la compétence de l'arbitre. Le recours à un siège de l'arbitrage situé à l'étranger permet d'échapper à cette conception étroite de la compétence de l'arbitre, et ouvrir l'accès à l'arbitre. Il est entendu que l'arbitre qui siège hors de Chine n'est pas tenu par les règles de compétence du droit chinois de l'arbitrage, et les tribunaux chinois respectent la validité de clauses compromissaires, selon le droit du siège, qui seraient autrement invalidées en droit chinois de l'arbitrage. En revanche, l'examen de l'étendue de la compétence des arbitres joue un rôle déterminant *a posteriori*, dans la phase d'exécution de la sentence et de la vérification de la compétence des arbitres, par le juge chinois chargé de l'exécution de la sentence rendue à l'étranger. En témoignent les décisions judiciaires chinoises de refus d'exécution des sentences rendues dans les affaires *Pepsi Inc c/ Sichuan Lurun Co.* et *Pepsi China c/ Lurun Co.*⁶⁰² et *Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd (Yongning) ; Suram Media*

⁶⁰¹ *Coating Equipment Case*, sentence CIETAC (15 juillet 2002), disponible en anglais sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020715c1.html>.

⁶⁰² ZHAO Lanming, « Chinese court refused to enforce award for failure to satisfy pre-arbitration consultation provision », *Arbitration Committee Newsletter*, IBA legal Practice Division, March 2009, pp. 43-44. V.

*Ltd. c/ Hemofarm DD ; MAG Interdrate Holding DD (Hemofarm)*⁶⁰³. Les pouvoirs substantiels de l'arbitre sont, en raison de l'exclusion de l'autonomie de la volonté et de la règle de conflit de loi en matière de contrats de joint ventures sino-étrangères, également significativement réduits. Or, le contrôle des investissements étrangers par leur soumission au droit local, dont le contenu et l'application sont sujets à caution, crée une insécurité juridique pour les investisseurs étrangers et locaux, dont il convient de rechercher maintenant si elle est vérifiée dans les faits. Le corpus de sentences arbitrales, rendues en matière de contrats de joint ventures sino-étrangères, rend compte de la réalité du contenu et de l'application de ce droit chinois des investissements étrangers.

également N. DARWAZEH and F. YEOH, « Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention--China and Hong Kong Perspectives » 25 *Journal of International Arbitration*, (2008), p. 842.

⁶⁰³ Affaire ICC No. 13464/MS/JB/JEM, sentence arbitrale (7 mars 2007) rendue à Paris (inédiée).

**Seconde partie - Le règlement par l'arbitre international des litiges relatifs aux
contrats de joint ventures sino-étrangères**

357. L'examen par l'arbitre des litiges relatifs aux contrats de joint ventures sino-étrangères porte principalement sur trois catégories. En premier lieu, les litiges relatifs à la formation du contrat de joint venture. L'examen des sentences arbitrales montre que le contentieux est important mais également que les arbitres n'hésitent pas à relever d'office les questions de validité des contrats de CJV et d'EJV. En deuxième lieu, le contentieux de l'exécution par les parties de leurs obligations respectives, qui est le plus nourri. Il porte sur les obligations des parties quant aux modes de financement de la joint venture et aux activités des parties. Enfin, en dernier lieu un contentieux sur le sort de la joint venture. Ce contentieux est important car les arbitres constatent le plus souvent, en présence d'un contrat valable de joint venture, que le projet de coopération est un échec, et disposent des moyens juridiques et de l'accord des parties le plus souvent afin de mettre fin à la relation contractuelle.

358. La présente partie introduira, en suivant l'approche chronologique de l'existence de la joint venture, les différends relatifs à la formation du contrat de joint venture sino-étrangère (Titre I) avant d'aborder les différends relatifs à la vie et à la fin de la joint venture sino-étrangère (Titre II).

**Titre I – Le règlement des litiges liés à la conclusion des contrats de joint ventures
sino-étrangères**

359. L'ensemble contractuel que constitue l'opération de joint venture nécessite la conclusion du contrat de joint venture, de statuts en cas de choix d'EJV, puis, le cas échéant, de contrats d'application. L'existence et la validité du contrat de joint venture sont soumises aux conditions énoncées dans la législation chinoise relative tant au droit commun des contrats qu'aux investissements étrangers. La création de la joint venture sino-étrangère, EJV ou CJV, répond quant à elle aux conditions de formation contenues dans le droit chinois des investissements étrangers, et bénéficie en principe d'un régime dérogatoire à celui droit commun chinois des sociétés. Les développements du présent titre seront consacrés aux conditions de la conclusion du contrat de joint venture et

laisseront de côté les conditions de création du véhicule sociétaire et des contrats d'application.

360. La définition du contrat de joint venture telle qu'elle apparaît dans les textes chinois relatifs aux joint ventures sino-étrangères est un point de départ utile à l'examen des conditions de conclusion de ce contrat. Le contrat d'EJV y est défini comme « *le document, convenu et conclu par les parties, relatif à leur droits et obligations respectifs* »⁶⁰⁴. Le contrat de CJV est défini comme « *le document écrit, rédigé par les parties à la CJV après être parvenues à un accord sur les droits et obligations des parties pour l'établissement de l'entreprise* »⁶⁰⁵. Ainsi, la conclusion du contrat de joint venture répond à des conditions de fond - consentement, parties et objet - et à des conditions de forme - nécessité d'un écrit. Ces conditions seront examinées ci-après au regard de la législation chinoise sur les contrats et sur les investissements étrangers.

361. Deux éléments de réflexion doivent être observés à titre préliminaire. En premier lieu, les contrats de joint ventures sino-étrangères ont été conclus et mis en œuvre en Chine à partir de 1979, alors même que le droit chinois ne connaissait pas la notion de contrat. Si la législation chinoise relative aux investissements étrangers sous forme d'entreprises, révisée à plusieurs reprises depuis 1979, a conservé ses éléments fondamentaux relatifs à la formation du contrat de joint venture, en revanche, le droit chinois des contrats a subi d'importantes évolutions : la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, les PGCD, la loi sur les contrats, qui a profondément remanié les règles antérieures de conclusion des contrats. Ces régimes successifs comportent des règles différentes relatives à la validité des contrats, notamment pour ce qui concerne le sort des contrats de joint ventures non approuvés. En effet, les sentences arbitrales étudiées, rendues pour la période de 1995 à 2006, rendent compte, pour beaucoup, de conventions liées à des investissements conclus avant 1^{er} octobre 1999, date de l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats et il importe d'avoir à l'esprit le régime légal qui leur est applicable dans le temps⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Art.10, décret d'application 2001 de la loi sur les EJV de 2001.

⁶⁰⁵ Art. 10(2), décret d'application 1995 de la loi sur les CJV de 1988.

⁶⁰⁶ V. paragr. 330 à 335 *supra*.

362. En second lieu, les conditions de formation applicables énoncées dans la loi sur les contrats sont réparties en catégories complexes et artificielles. Le droit chinois des contrats distingue deux types de conditions de « conclusion » (*dingli*, 订立) du contrat. Tout d'abord, on relève les éléments dits de « formation » (*chengli*, 成立) du contrat qui reprennent les conditions de formation connues en droit français, c'est-à-dire consentement, objet, forme, et conditionnent son existence ou son inexistence (*chengli-wei chengli*, 成立 – 未成立). Puis la loi ajoute aux conditions de formation un certain nombre de conditions, intitulées conditions de « validité » (*xiaoli*, 效力) du contrat, qui comprennent les questions de capacité, d'intention des parties et de conformité aux lois impératives et à l'ordre public. La formation et la validité du contrat interviennent en principe simultanément⁶⁰⁷, à l'exception de deux situations, dans lesquelles la validité est dissociée de la formation du contrat, et intervient postérieurement : approbation (*pizhun*, 批准) du contrat et condition suspensive (*futiaojian*, 附条件)⁶⁰⁸.

363. Cette distinction illustrerait un nouvel aspect de l'adaptation du droit des contrats aux notions de droit occidental, tout en tenant compte des « caractéristiques chinoises ». La doctrine chinoise explique la distinction entre les concepts de formation et de validité ainsi qu'il suit : « *'Contract formation' is identified as the 'the process whereby the parties through equal consultation come to agree on the terms of their contemplated transaction' while 'contract validity' 'largely depends on the state's attitude to and evaluation of the contract in question'. In other words, contract formation is mainly governed by the parties' free will and the principle of freedom of contract. In contrast, contract validity chiefly reflects the state's evaluation of and intervention in contractual relationships* »⁶⁰⁹. La doctrine chinoise considère également que la loi sur les contrats dessine une distinction plus claire qu'auparavant entre formation et validité du contrat, la distinction étant absente de textes fondamentaux tels de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger⁶¹⁰ et critique les décisions judiciaires, rendues sous

⁶⁰⁷ Art. 44(1), loi sur les contrats.

⁶⁰⁸ Art. 44(2), loi sur les contrats.

⁶⁰⁹ V. WANG Liming (principal rédacteur de la loi sur les contrats) and XU Chanxi, « Fundamental Principles of China's Contract Law », *Journal of Asian Law* 1 1999 pp. 28-29. Voir également BING Ling, *Contract Law in China*, p. 59.

⁶¹⁰ V. ZHENG Yunrun, « Studies on certain issues of the General Principles of Contract Law », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, (2003) 7, pp. 28-58, p. 29-30.

l'empire des lois antérieures, qui avaient pu confondre ces notions de formation et de validité et, à tort, invalider un grand nombre de contrats⁶¹¹.

364. Cette dichotomie est en réalité difficile à mettre en œuvre, et l'étude des sentences ne permet pas de clarifier de façon efficace ces deux notions et les sanctions qui s'y attachent en droit chinois. Il sera donc préféré, pour les besoins de l'examen des sentences arbitrales rendues en matière de conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères, une distinction fondée sur les conditions de fond (Chapitre I) et sur les conditions de forme de la conclusion des contrats (Chapitre II).

Chapitre I Les litiges relatifs aux conditions de fond de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères

365. Les litiges relatifs aux conditions de fond de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères concernent principalement la qualité des parties (section I) et leur consentement au contrat de joint venture sino-étrangère (section II).

Section I Les parties au contrat de joint venture sino-étrangère

366. La législation en matière de joint ventures sino-étrangères prévoit l'association d'un partenaire « étranger » avec un partenaire « chinois ». Les conditions posées, par droit chinois des investissements étrangers, sur l'identité, la forme juridique et la capacité des partenaires, sont au cœur des questions relatives à la validité des contrats de joint ventures.

§ 1 Le partenaire chinois

367. Le champ d'application *ratione personae* des deux lois sur les joint ventures sino-étrangères est différent, et il distingue le cas où le partenaire de la joint venture est étranger et le cas où il est chinois. Alors que les ressortissants ou particuliers étrangers (personnes physiques) figurent aux côtés des « sociétés, entreprises et autres organisations économiques » dans la liste des catégories de partenaires étrangers, les ressortissants ou particuliers chinois sont exclus de la liste des catégories de partenaires

⁶¹¹ V. WANG Liming, XU Chanxi, *op. cit.*

chinois⁶¹². Cette exclusion des ressortissants chinois des accords de joint ventures sera examinée en premier lieu (A). Les entités chinoises autorisées à conclure des contrats de joint ventures seront ensuite analysées (B).

A. L'exclusion des ressortissants chinois

368. Le principe de l'exclusion des ressortissants chinois des accords de joint ventures sera examiné (1) avant d'en examiner les limites (2).

1. La notion de personne physique

a. Personne physique et citoyen

369. La division traditionnelle du droit français entre personne physique et personne morale n'est pas mise en œuvre sous cette forme exacte en droit interne chinois. Le concept utilisé par les textes internes chinois pour distinguer la personne physique de la personne morale, est celle de « citoyen » (*gongmin*, 公民). Ce terme « citoyen » est utilisé dans les PGDC et dans la loi sur les contrats technologiques pour le distinguer de la personne morale (*faren*, 法人). La doctrine chinoise reproche à juste titre le choix de ce vocable qui laisse non résolue l'application des textes chinois aux non-nationaux personnes physiques et aux entités économiques chinoises dépourvues de personnalité morale (associations, *hehuo*, 合伙)⁶¹³. La notion de personne physique (*ziranren*, 自然人) traduction de l'anglais « *natural person* », a fait son apparition dans la loi sur les contrats, en référence aux parties au contrat, et est désormais la notion retenue en droit chinois.

370. En droit international des investissements toutefois, l'investisseur chinois personne physique a pu être défini, moyennant le recours au terme de citoyen, dans certains des premiers TBI chinois: « *In respect of the PRC, any company, other legal person or citizen of China authorized by the Chinese government to make an investment* »⁶¹⁴. Ce terme a été rapidement abandonné, et remplacé par celui de « personne physique » : « *In*

⁶¹² Art. 1, loi sur les EJV de 1979 : « ... la République populaire de Chine autorise les sociétés, entreprises et autres organisations économiques ou particuliers étrangers (dénommés ci-dessous partenaires étrangers) à s'associer avec les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises (dénommées ci-dessous partenaire chinois) ... ». V. également art. 1, loi sur les CJV de 1988.

⁶¹³ ZHANG Mo, *Chinese Contract Law*, p. 10.

⁶¹⁴ Art. 1, TBI Chine-Suède 1982.

respect of the PRC: (1) "National" means physical persons who possess nationality of China in accordance with the Chinese legislation »⁶¹⁵ ; « *Les personnes physiques possédant la nationalité de l'une ou l'autre Partie contractante.* »⁶¹⁶ ; « *natural persons who have nationality of either Contracting Party in accordance with the laws of that Contracting Party* »⁶¹⁷.

b. *La capacité civile des personnes physiques*

371. Les lois chinoises relatives aux EJV et aux CJV ne font état ni des personnes physiques ni des citoyens chinois, parmi les catégories de co-contractants chinois autorisés à conclure des contrats de joint ventures avec des investisseurs étrangers. Ce défaut de mention dans le texte de 1979 était conforme au droit positif contemporain qui déniait aux personnes physiques la capacité de contracter. Les personnes physiques de nationalité chinoise n'étaient pas autorisées à conclure des contrats économiques internes : « *The economic contract is an agreement between legal persons specifying their mutual relations, rights and obligations in order to realize certain economic aims* »⁶¹⁸. Elles étaient également exclues *ratione personae* des contrats économiques internationaux : « *This Law shall apply to economic contracts concluded between enterprises or other economic organizations of the People's Republic of China and foreign enterprises, other economic organizations or individuals [...]* »⁶¹⁹. C'est, dans la loi chinoise relative aux contrats technologiques, que les personnes physiques se sont vu reconnaître pour la première fois la capacité de conclure un contrat : « *This Law applies to contracts made between legal persons, between legal persons and citizens, and between citizens, which establish civil rights and obligations in technical development, technology transfer, technical consultancy and technical service. It does not apply however, to contracts in which one party is a foreign enterprise, other foreign organization or foreign individual.* »⁶²⁰. Cette loi était toutefois de portée limitée, quant à la capacité des personnes physiques à contracter, puisque : (i) la loi ne s'appliquait qu'aux relations purement de droit interne et excluait de son champ les contrats conclus

⁶¹⁵ Art. 1, TBI Union Economique Belgique/Luxembourg-Chine 1984.

⁶¹⁶ Art. 1, TBI France-Chine 1984 et TBI France-Chine 2007.

⁶¹⁷ TBI Pays-Bas-Chine 2003.

⁶¹⁸ Art. 2, loi sur les contrats économiques, version 1981.

⁶¹⁹ Art. 2, loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

⁶²⁰ Art. 2, loi sur les contrats technologiques internes du 23 juin 1987.

avec un étranger personne morale ou personne physique, et (ii) ces contrats avaient un domaine d'application limité aux contrats technologiques⁶²¹.

372. Ce n'est que dans les PGDC, en 1986, que la capacité civile a été reconnue à tous les citoyens chinois⁶²², et qu'a été affirmée à nouveau, en Chine, la capacité civile des personnes majeures de 18 ans de conclure tous les actes juridiques : « *Les citoyens atteignent la majorité à 18 ans. Ils jouiront de la pleine capacité pour les actes juridiques, et ils ont la faculté d'entreprendre en toute indépendance des activités civiles et ils seront reconnus en tant que personnes ayant la pleine capacité pour les actes juridiques* »⁶²³.

373. La loi sur les contrats confirme l'autorisation de contracter des personnes physiques en énonçant, dans sa définition du contrat, que les parties contractantes peuvent être des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres « *organisations* » : « *Pour les besoins de la présente loi, un contrat est un accord entre des personnes physiques, des personnes morales et d'autres organisations de niveau égal, pour les besoins de l'établissement, la modification ou l'extinction de droits et obligations civils* »⁶²⁴. La loi sur les contrats parachève la construction de la règle en autorisant les personnes physiques à contracter, sous réserve de leur seule capacité civile : « *Lorsqu'elles concluent un contrat, les parties devront posséder les capacités requises en matière de droits civils et d'actes civils* »⁶²⁵. Le droit chinois ne définit pas de capacité qualifiée, telle que la capacité des commerçants. Les personnes physiques chinoises ont indistinctement la capacité de contracter tous types de contrats. Cependant cette capacité reconnue par le droit civil aux personnes physiques n'induit pas pour autant l'octroi de la qualité d'investisseur qui permet de contracter les contrats économiques internationaux, tels que les contrats de joint ventures sino-étrangères.

⁶²¹ ZHANG Mo, *Chinese Contract Law*, pp. 7-8, 50.

⁶²² Art. 11, PGDC.

⁶²³ Art. 12, PGDC. Le Code civil de la Chine républicaine, du 10 octobre 1929, abrogé en Chine continentale en 1949, dispose : « *la capacité juridique d'une personne commence à sa naissance et se termine à son décès* » (art. 6). Sur la capacité des personnes physique en général en droit chinois, v., LING Bing, *Contract Law in China*, 4.2 pp. 124-129.

⁶²⁴ Art. 2, loi sur les contrats.

⁶²⁵ Art. 9(1), loi sur les contrats.

2. La qualité d'investisseur des personnes physiques

a. *L'exclusion des personnes physiques de la qualité d'investisseur*

374. En conservant, lors des révisions de la loi relative aux EJV en 2001 et de la loi relative aux CJV en 2000, le défaut de référence aux personnes physiques chinoises, le droit chinois des investissements continue de les tenir à l'écart de la qualité de « joint venturer » (ou « partenaire ») chinois, c'est-à-dire de la participation dans une entreprise à capitaux étrangers⁶²⁶.

375. Cette règle n'est pas limitée aux seules entreprises à capitaux étrangers. Elle est également affirmé en droit chinois des BOT. La loi prévoit expressément que les parties aux BOT Chinois sont des personnes morales : « le contrat de BOT doit au moins contenir les éléments suivants : (1) le nom, le lieu de résidence et représentants des différentes personnes morales parties au contrat de BOT »⁶²⁷. Il en va de même pour l'appaleur d'offre en matière de concessions publiques : « L'appaleur d'offre qui participe à l'appel d'offre concurrentiel devra remplir les conditions suivantes : (1) être une entreprise personne morale, enregistrée conformément à la loi »⁶²⁸.

376. L'affaire *Aquaculture JV Case 1999*⁶²⁹ illustre la nature de cette exclusion en droit chinois des investissements. En l'espèce, l'investisseur étranger demandait la résiliation du contrat de joint venture et la restitution de son apport en numéraire (30.000 USD) au motif que le partenaire chinois, en s'abstenant d'ouvrir un compte bancaire au nom de la

⁶²⁶ Art. 1er, loi sur les EJV 2001 : « En vue d'élargir la coopération économique et les échanges techniques internationaux, la PRC autorise les sociétés, entreprises ou autres organisations économiques, ou particuliers étrangers (dénommés ci-dessous « Partenaires étrangers ») à s'associer avec les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises (dénommées ci-dessous « Partenaires chinois ») pour l'établissement conjoint d'entreprises mixtes [EJV] sur le territoire de la RPC, conformément au principe d'égalité et des avantages réciproques et sur approbation du gouvernement chinois ». L'article 1er de la loi sur les CJV de 2000 dispose : « La présente loi est formulée en vue d'élargir la coopération économique et les échanges techniques et de promouvoir l'établissement conjoint, la PRC autorise les sociétés, entreprises ou autres organisations économiques, conformément au principe d'égalité et des avantages réciproques, par les particuliers étrangers (dénommés ci-dessous « Partenaires étrangers ») à s'associer avec les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises (dénommées ci-dessous « Partenaires chinois ») de CJV sur le territoire de la RPC ».

⁶²⁷ Art. 18, Avis sur l'Approbation et l'Administration des Investissements Etrangers dans les Projets Pilotes de Concession, conjointement promulgué par les Ministères chinois des Statistiques, de l'Energie Electrique et des Transports, promulgué le 21 août 1995.

⁶²⁸ Art. 7, mesures nationales sur la concession, en vigueur au 1^{er} mai 2004.

⁶²⁹ *Aquaculture JV Case 1997*, Sentence CIETAC (30 juillet 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48, traduction de l'auteur.

joint venture et en conduisant les affaires de la joint venture pour son propre compte, se serait accaparé l'apport de son associé. L'investisseur étranger arguait en outre de l'invalidité (*wuxiao*, 无效) du contrat de joint venture, au motif que le partenaire chinois, une société de droit chinois immatriculée à la veille de la signature du contrat, ne disposerait pas de la « qualification d'investisseur » (*touzi zige*, 投资资格) : « A l'ouverture de l'audience, le demandeur a soumis un mémoire additionnel, dans lequel il alléguait que : 1. La défenderesse était dépourvue de la qualification (*zige*, 资格) nécessaire pour être un investisseur éligible. En fait, la défenderesse avait été approuvée et enregistrée seulement 20 jours avant la conclusion du contrat de joint venture [26 janvier 1996], c'est à dire le 8 janvier 1996, et comprenait comme associés *Miao XX* et d'autres poissonniers »⁶³⁰.

377. Le tribunal arbitral a rejeté cette allégation et a retenu, dans sa sentence, qu'en accomplissant les formalités d'enregistrement et d'obtention d'une licence d'exploitation comme personne morale, la défenderesse était devenue un « partenaire chinois » et qu'elle disposait légalement de la « qualification d'investisseur » : « Le tribunal a déterminé, qu'avant la conclusion du contrat de joint venture, la défenderesse avait réussi son enregistrement après des département compétents de l'AIC et avait obtenu une licence d'affaires en qualité de personne morale, et était donc devenue « un partenaire (joint venturer) chinois légal ». Le tribunal arbitral affirme que la défenderesse disposait légalement de la « qualification d'investisseur. L'allégation de fraude soulevée par le demandeur ne repose pas sur des fondements solides ». Ainsi, l'aptitude à conclure un contrat de joint venture sino-étrangère s'analyse en une question de qualification (*zige*, 资格), ou de statut d'investisseur, dont sont dépourvues toutes les personnes physiques chinoises, nonobstant leur capacité civile. Il convient de cerner les limites de cette interdiction.

a. Les limites du défaut de statut d'investisseur des nationaux chinois

378. Le refus d'accorder le statut d'investisseur aux nationaux chinois en droit chinois des investissements étrangers trouve ses limites tant en droit international des investissements, et notamment dans les TBI chinois, (i) que dans la pratique constatée des entreprises à capitaux étrangers en Chine (ii).

⁶³⁰ *Ibid.*

i. L'absence d'exclusion en droit international des investissements

379. L'exclusion de la qualification d'investisseur énoncé par le droit chinois des investissements étrangers ne trouve pas d'équivalent en droit international des investissements. Les TBI chinois reconnaissent expressément le statut d'investisseur aux ressortissants chinois de sorte que les ressortissants chinois disposent, en droit international des TBI chinois, d'une qualification qui leur est encore déniée en droit interne.

380. L'article 25(2) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 définit le « ressortissant d'un autre Etat contractant » de la façon suivante : « Toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'art. 28, al. (3) ou à l'art. 36, al. (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ». L'article 25(2) pose donc le principe de la qualification des personnes physiques comme investisseurs. Il assortit cette qualification d'une double condition. Tout d'abord, la personne physique doit être un ressortissant d'un Etat contractant, mais pas un ressortissant de l'Etat récepteur, excluant ainsi les personnes possédant une double nationalité de l'Etat défendeur au litige⁶³¹. Ensuite, cette condition de nationalité est une obligation continue, qui doit être remplie tant au jour du consentement des parties à l'arbitrage qu'au jour où le ressortissant étranger dépose sa demande d'arbitrage au CIRDI.

381. En matière d'arbitrage CIRDI, la détermination de la nationalité est guidée par deux principes. En premier lieu, la Convention de Washington du 18 mars 1965 ne pose pas de condition à la détermination de la nationalité d'une personne physique. Selon le droit international, la question de la nationalité est en général tranchée par référence à la loi de l'Etat dont la nationalité est revendiquée.⁶³² Le droit applicable au litige, déterminé selon l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, n'a pas

⁶³¹ D. WILLIAMS, « Jurisdiction and Admissibility », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, SCHREUER (ed.), 2008, pp. 884-885.

⁶³² *Tza Yap Shum c/ République du Pérou*, Affaire CIRDI No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (12 février 2007), paragr. 54 : « There is no question that according to international law it is for each State to determine who their nationals are under its law ».

vocation à s'appliquer à la nationalité du demandeur personne physique, les questions de nationalité devant être réglées par référence au droit interne, sous réserve des règles du droit international applicables⁶³³. Les TBI chinois stipulent qu'une personne physique est qualifiée d'investisseur dès lors qu'elle possède la nationalité de la RPC conformément à ses lois : « *Le terme « investisseur » désigne : (a) les nationaux, c'est-à-dire les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes* »⁶³⁴, « *the term "investor" means [...] (b) in respect of the PRC: natural persons who have nationality of the PRC in accordance with its law* »⁶³⁵, « *The term "investor" means, (a) natural persons who have nationality of either Contracting Party in accordance with the laws of that Contracting Party* »⁶³⁶.

382. En second lieu, dès lors que la nationalité du demandeur personne physique est une condition de compétence, les tribunaux appliquent ces conditions posées par le droit interne, dans le cadre de l'article 41 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, qui leur octroie le pouvoir de statuer sur leur propre compétence. En conséquence, un tribunal arbitral, statuant sous l'égide du CIRDI, a l'autorité de décider par lui-même et de former sa propre décision quant à la nationalité du demandeur, en s'appuyant sur les faits et sur le droit interne qui lui sont soumis.

383. L'affaire *Tza Yap Shum c. Pérou* (« *Tza c/ Pérou* »)⁶³⁷ illustre la première application d'un TBI chinois à un ressortissant chinois, M. Tza, personne physique dont la qualité d'investisseur chinois, au regard du TBI Chine-Pérou (1994), a été reconnue par un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. Selon ce TBI chinois, le droit chinois était le droit applicable à la détermination de la nationalité de M. Tza⁶³⁸. Selon la loi sur la nationalité de la RPC⁶³⁹, la nationalité chinoise s'acquiert par la naissance, et

⁶³³ C. SCHREUER, *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge University Press, 2ème édition, paragr. 641.

⁶³⁴ Art. 1(2)(a), TBI Chine-France (2007).

⁶³⁵ Art. 1(2)(b), TBI Chine-Allemagne (2001).

⁶³⁶ Art. 1(2)(a), TBI Chine-Pays-Bas (2003).

⁶³⁷ *Tza c. Pérou*, Affaire CIRDI No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (12 février 2007).

⁶³⁸ Art. 1(2)(a), TBI Chine-Pérou : « *The term "investors" means [...] in respect of the PRC: (a) natural persons who have nationality of the PRC in accordance with its laws* ».

⁶³⁹ The Nationality Law (*Zhonghua Renmin Gongheguo guoji fa*) was adopted at the Third Session of the Fifth Chinese People's National Assembly (NPA) and effective as of September 10, 1980.

est conférée à une personne, née en Chine, dont les deux parents sont des ressortissants chinois ou dont un des parents est un ressortissant chinois (Article 4). La loi chinoise sur la nationalité dispose également que la Chine ne reconnaît la double nationalité à aucun ressortissant chinois (Article 3). Depuis 1997, la loi sur la nationalité s'applique directement, par voie de promulgation, dans la Région administrative spéciale de Hong Kong de la même manière qu'elle s'applique dans le reste de la Chine⁶⁴⁰. Dans *Tza c/ Pérou*, le demandeur était né en 1948, dans la province chinoise du Fujian, et était résident de Hong Kong depuis 1972. Il possédait un passeport de la Région administrative spéciale de Hong Kong dans lequel il était indiqué qu'il était né en Chine. Le Pérou ne contestait pas que le demandeur fût né en Chine de parents chinois, et ne prétendait pas non plus que ce dernier eût acquis cette nationalité de façon illégale, ou eût depuis acquis une autre nationalité. Le défendeur contestait la crédibilité des moyens de preuve produits par M. Tza⁶⁴¹, au motif qu'ils ne constituaient qu'un commencement de preuve (*prima facie evidence*) de sa nationalité, et qu'une preuve absolue de sa nationalité chinoise était nécessaire et requérait la production de son certificat de naissance, faute de quoi sa nationalité chinoise n'était pas établie. M. Tza n'était pas en mesure de fournir son certificat de naissance puisque le registre concerné avait été détruit en 1949.

384. L'examen des preuves documentaires par le tribunal arbitral a suivi le consensus selon lequel un document officiel émis par l'autorité étatique compétente, relative à la nationalité d'une partie, doit être considéré comme constituant seulement une preuve *prima facie* de nationalité⁶⁴², et que la question doit être tranchée par le tribunal arbitral au vu de l'ensemble des preuves devant lui : « *Therefore, according to the Nationality Act as interpreted by the Permanent Committee of the People's National Assembly for*

⁶⁴⁰ P. LEUNG, *The Hong Kong Basic Law, Hybrid of Common Law and Chinese Law*, p. 93, LexisNexis 2007. Conformément à l'article 18 et à l'Annexe III de la Loi fondamentale de Hong Kong, la loi sur la nationalité est entrée en vigueur à Hong Kong le 1^{er} juillet 1997, jour de la rétrocession de Hong Kong à la Chine. Cette loi est applicable directement, par voie de promulgation, en application des « Explications sur quelques questions relatives à l'application de la loi sur la nationalité de la RPC à Hong Kong », adoptées par le comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, le 15 mai 1996.

⁶⁴¹ *Tza Yap Shum c/ République du Pérou*, Affaire CIRDI No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (12 février 2007), paragr. 55-56. En l'occurrence, le demandeur avait produit une copie de son passeport, émis par la Région autonome spéciale de Hong Kong, désignant la province du Fujian comme son lieu de naissance, et une copie de sa carte d'identité de Hong Kong indiquant qu'il était né en Chine.

⁶⁴² Z. DOUGLAS, *The Investment Law of Investment Claims*, Cambridge Univ. Press, 2009, paragr. 537.

its application to Hong Kong, it seems to be clear, prima facie, that Claimant validly holds the Chinese nationality... In the opinion of the Tribunal, the nationality conferred by a state to a person under its law has a strong presumption of validity »⁶⁴³. Ce faisant, le tribunal arbitral a suivi la solution déjà affirmée dans l'affaire *Micula c/ Roumanie*⁶⁴⁴. Le tribunal a soupesé la charge de la preuve et déterminé que les preuves produites par le demandeur créaient une présomption de nationalité qui pouvait être contestée, mais que la charge de la preuve était renversée, qu'il incombait au défendeur de renverser cette présomption, en rapportant la preuve que cette nationalité avait été acquise d'une manière non conforme au droit international, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce. Cette solution est également celle du droit international coutumier incorporée dans le Projet d'articles sur la protection diplomatique, de la Commission du droit international, qui dispose, qu'aux fins de la protection diplomatique d'une personne physique, « *on entend par État de nationalité un État dont cette personne a acquis la nationalité, conformément au droit de cet État, par sa naissance, par filiation, par naturalisation, à la suite d'une succession d'États ou de toute autre manière non contraire au droit international* »⁶⁴⁵. Le tribunal a en conséquence décidé que M. Tza avait suffisamment prouvé qu'il était un investisseur protégé au titre du TBI Chine-Pérou et qu'il remplissait par ailleurs les conditions de nationalité prévues à l'article 25(2) de la Convention de Washington du 18 mars 1965.

ii. *Les limites de l'exclusion en droit interne des investissements*

385. L'interdiction faite aux personnes physiques chinoises de conclure des contrats de joint venture est traditionnellement expliquée par le contexte historico-économique chinois, l'absence, dans les premiers temps de l'ouverture économique, de particuliers

⁶⁴³ *Tza c/ Pérou*, paragr. 62-63.

⁶⁴⁴ « *The burden of proving that nationality was acquired in a manner inconsistent with international law lies with the party challenging the nationality. In that respect, there exists a presumption in favour of the validity of a State's conferment of nationality. The threshold to overcome such presumption is high* », *Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food S. A, S. C. Starmill S. R. L. et S. C. Multipack S. R. L. c/ Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 septembre 2008, paragr. 87, disponible sur <http://arbitrationlaw.com>.

⁶⁴⁵ Art. 4 « *État de nationalité d'une personne physique* », Projet d'articles sur la protection diplomatique, UN Doc.A/61/10, Art. 4, 61^{ème} Sess. Supp No. 10 (2006), disponible sur http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/9_8_2006_francais.pdf

suffisamment riches pour établir des relations d'affaires avec des étrangers et les restrictions politiques et économiques à la conduite des affaires par des particuliers⁶⁴⁶.

386. Ces raisons sont toutefois désormais obsolètes au vu de la libéralisation des règles économiques et juridiques : la personne physique peut conclure un contrat de société et devenir associé d'une société de droit chinois, société à responsabilité ou société par action, mais ne serait pas éligible à devenir associé d'une société à capitaux sino-étrangers. Elles le sont également au regard de l'évolution de la réglementation chinoise du commerce extérieur⁶⁴⁷. Avec l'entrée en vigueur le 1er juillet 2004 de la nouvelle loi sur le commerce extérieur, le principe du monopole d'Etat du commerce extérieur a été aboli, la Chine s'alignant sur les exigences de l'OMC. Depuis cette date, toute entreprise et toute personne physique est désormais libre de commercer avec l'étranger, une simple procédure déclarative d'enregistrement auprès de l'AIC étant nécessaire⁶⁴⁸.

387. Elles sont par ailleurs inutiles à deux titres. En premier lieu, la restriction est aisément contournable au moyen de la constitution, par la/les personnes physiques, d'une société de droit chinois, même unipersonnelle⁶⁴⁹. La concomitance de la date d'enregistrement et de celle de l'obtention de la licence d'exploitation de la société chinoise dans l'affaire *Aquaculture JV 1997* susvisée illustre un exemple de société constituée par des personnes physiques, pour les seuls besoins de l'établissement d'une joint venture, afin d'échapper à la restriction. Or dans un contexte juridique où l'abus de personnalité morale est peu sanctionné, l'obligation de constituer une personne morale

⁶⁴⁶ HUI Huang, « The regulation of foreign investment in post-WTO China: a political economy analysis », 23 *Columbia Journal of Asian Law* 2009, p. 189. HUI Huang ajoute que l'exclusion des personnes physiques permettait de faciliter la régulation et la supervision par l'Etat des investissements étrangers en Chine.

⁶⁴⁷ Avant 1994, les activités de commerce international relevaient du monopole d'Etat. Avec la loi sur le commerce extérieur de 1994, la Chine a ensuite permis aux entreprises dotées de la personnalité morale, publiques comme privées, d'obtenir sous conditions une licence d'opérateur du commerce international, que peu d'entreprises privées en fait se sont vues attribuer. En 2001, suite à l'entrée de la Chine dans l'OMC, le 11 décembre 1999, l'approbation préalable a été remplacée par une déclaration préalable. V. Y. v. Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, pp. 31-32,

⁶⁴⁸ Autre conséquence de l'adoption de la loi de 2004 : Les entreprises étrangères établies en Chine peuvent désormais directement importer ou exporter des produits et se livrer à des activités d'import-export, à condition de modifier la liste de leurs activités selon les modalités prévues en matière d'approbation, de vérification et d'enregistrement. v. Y. DOLAIS, *Ibid.*

⁶⁴⁹ Depuis la modification de la loi sur les sociétés en 2005, les particuliers et les personnes morales sont autorisés à constituer des sociétés unipersonnelles, dans les conditions posées par la loi.

peut avoir des effets pervers, au détriment de l'associé étranger⁶⁵⁰. En second lieu, les fusions-acquisitions chinoises conduisent des personnes physiques à devenir, de fait, associées de sociétés à capitaux étrangers, lorsque une société de droit chinois, dont elles sont actionnaires, fait l'objet d'une prise de contrôle par un investisseur étranger, puis est convertie en joint venture sino-étrangère⁶⁵¹.

B. L'exclusivité accordée aux entités économiques chinoises

388. Les deux lois sur les joint ventures énoncent une liste de trois catégories d'entités, autorisées à devenir le partenaire, ou l'investisseur, chinois d'une EJV ou d'une CJV : les sociétés (*gongsi*, 公司), les entreprises (*qiye*, 企业) et les autres organisations économiques (*jingqi zuzhi*, 经济组织) chinoises⁶⁵². Cette liste n'a pas été modifiée depuis 1979. L'absence de recours à des termes, tels que « entre autre » ou « non exclusivement »⁶⁵³, laisse supposer que cette liste est exhaustive. La liste des entités chinoises, reprend très exactement celle des entités, partenaires ou investisseurs étrangères, aptes à conclure un contrat de joint venture, sans toutefois correspondre à une classification du droit chinois. En effet, la loi énonce en premier lieu les « sociétés », alors qu'en 1979 le droit chinois ne disposait pas de loi sur les sociétés et ne reconnaissait pas non plus la notion de personne morale. De même, les organisations économiques ne sont pas une catégorie claire du droit chinois.

389. En réalité, le vocabulaire utilisé se rapproche plus de la terminologie de certains TBI chinois. Ainsi, l'énoncé présente des similitudes avec la définition de l'investisseur chinois contenue dans la première génération de TBI chinois : « *In relation to the People's Republic of China, enterprises, other economic organizations and associations* »⁶⁵⁴, « *'Enterprises' means economic organizations established in accordance with the Chinese law and having seats in the territory of China* »⁶⁵⁵, « *Toute*

⁶⁵⁰ V. paragr. 167 à 176 *supra*.

⁶⁵¹ HUI Huang, « The regulation of foreign investment in post-WTO China: a political economy analysis », 23 *Columbia Journal of Asian Law* 2009, p. 190.

⁶⁵² Art. 1, loi sur les EJV 1979, art. 1, loi sur les CJV 1988. Cette formulation est restée inchangée dans les révisions ultérieures de ces lois.

⁶⁵³ Formulation que l'on trouve dans la liste des catégories d'avoirs constituant des investissements, dans les TBI chinois.

⁶⁵⁴ Art. 1(4)(b), TBI Chine-Japon 1988.

⁶⁵⁵ Art. 1(1)(2), TBI Chine-Belgique-Luxembourg 1984.

entité économique ou personne morale constituée conformément à la législation de l'une ou l'autre des Parties contractantes et possédant son siège sur son territoire [...] »⁶⁵⁶.

390. Les trois entités – sociétés, entreprises et organisations économiques - doivent être replacées dans le contexte économique et juridique chinois. Les formes que peuvent revêtir ces trois catégories d'entités seront examinées car les questions relatives à leur existence et leur capacité⁶⁵⁷ constituent une des difficultés récurrentes rencontrées par les investisseurs étrangers (1). La question de la détermination de la nationalité de ces entités sera ensuite examinée (2).

1. Les entités économiques chinoises

391. Une des difficultés récurrentes du droit chinois est, qu'outre la complexité des sources du droit chinois relatives aux diverses formes juridiques que peuvent adopter les acteurs de la vie économique, on note la création spontanée d'acteurs utilisant des formes sociales ou organisationnelles dans un vide juridique complet. D. C. CLARKE rapporte l'existence, et la reconnaissance officielle, de sociétés unipersonnelles depuis 2002 (antérieurement à leur autorisation par la révision de la loi sur les sociétés de 2005), d'entreprises coopératives par actions depuis le milieu des années 1980 et d'associations à responsabilité limitée, faisant même l'objet d'une réglementation locale, voire d'instructions du bureau local, en l'absence de tout texte législatif⁶⁵⁸. Les sentences arbitrales publiées ne rendent, pour la plupart, pas compte de la forme juridique de la partie chinoise. Lorsqu'elles font référence à la forme de la partie chinoise, il s'agit d'entreprises (« *respondent (a Chinese enterprise)* »⁶⁵⁹), de sociétés (« *Shanghai xx Company* »⁶⁶⁰, « *Shenzhen Branch of Guangdong XX Development Company* »⁶⁶¹),

⁶⁵⁶ Art. 1(3)(b), TBI Chine-France 1984.

⁶⁵⁷ Art. 9, loi sur les contrats « *Afin de conclure un contrat, les parties doivent posséder les capacités, requises pour les droits civils et les actes civils* ».

⁶⁵⁸ D. C. CLARKE, « How do we know when an enterprise exists ? Unanswerable questions and legal policentricity in China », 19 *Columbia Journal of Asian Law* 50, p. 55-61.

⁶⁵⁹ *The Aquaculture JV Case 1997*, sentence CIETAC (30 juillet 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48.

⁶⁶⁰ *The Shanghai Food Factory JV Case 1995*, sentence CIETAC (3 mai 1995) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 1.

⁶⁶¹ *The XX Costume JV Case 1998*, sentence CIETAC (30 avril 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 155.

d'usines (« *BB Chemical Fertiliser Plant of Jiangsu Province* »⁶⁶², « *XX Chemical Plant* »⁶⁶³, « *Jiangsu Xishan XX Factory* »⁶⁶⁴). On constate également, dans ces sentences, le même désordre, que celui relevé par D. C. CLARKE, à savoir l'usage, dès 1984, du terme « société » pour désigner la partie chinoise, alors que la loi chinoise sur les sociétés n'existe que depuis 1993 : « *Guangdong BB Company* »⁶⁶⁵, « *Shenzhen CC Company* »⁶⁶⁶. Ces catégories et les questions juridiques soulevées, dans les sentences arbitrales concernées, seront examinées tour à tour. On commencera l'analyse par celle des entreprises chinoises (a), puis les sociétés (b), enfin les autres organisations économiques (c).

a. *Les entreprises économiques chinoises*

392. L'entreprise est répertoriée par l'OCDE dans la catégorie des unités institutionnelles, engagées dans la production de biens et de services, et qui peut être une société, une institution sans but lucratif, ou d'une entreprise non constituée en société, dès lors qu'elle est capable, de son propre chef, de posséder des actifs, de contracter des obligations, de s'engager dans des activités économiques et de réaliser des opérations avec d'autres entités⁶⁶⁷. Le concept d'« entreprise économique » porte l'empreinte de l'ère chinoise de l'économie planifiée et désignait traditionnellement les unités de production commerciales et industrielles sous la direction de l'Etat. A défaut de définition ou de caractéristique juridique précise, l'entreprise constitue une catégorie

⁶⁶² *Nantong Equipment Import JV Case* (1988), sentence CIETAC (20 août 1988), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°56, p. 223.

⁶⁶³ *The Shanghai XX Club Case 1997*, sentence CIETAC (28 février 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 23.

⁶⁶⁴ *The Wuxi Chemical JV Case 1997*, sentence CIETAC (15 décembre 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 66.

⁶⁶⁵ *Gourmet Center JV Case 1984*, sentence CIETAC (26 janvier 1984) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°12, p. 36.

⁶⁶⁶ *Roast Goose House JV Case 1986*, sentence CIETAC (15 septembre 1986), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°21, p. 72. V. également *XX Paper Machinery JV 1999* (30 avril 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 413.

⁶⁶⁷ La Définition de référence de l'OCDE, pp. 50-53. La Définition de référence de l'OCDE ajoute que les quatre principales caractéristiques d'une unité institutionnelle consistent en ce qu'elle : a) est en droit de posséder elle-même des biens ou des actifs et est en mesure d'échanger la propriété de biens ou d'actifs au moyen d'opérations avec d'autres unités institutionnelles ; b) est capable de prendre des décisions économiques et de participer à des activités économiques dont elle est légalement tenue responsable et comptable ; c) est en mesure de contracter des responsabilités en son propre nom, de contracter d'autres obligations ou des engagements futurs, et de passer des contrats ; et d) tient une comptabilité complète, y compris un bilan, ou alors il lui serait possible et significatif, d'un point de vue économique, de tenir une comptabilité complète si la demande lui en était faite.

complexe du droit chinois en raison de la diversité des formes qu'elle peut revêtir et des textes qui lui sont applicables. La classification des entreprises proposée par WANG Guiguo est établie en fonction de l'origine de leur détention : propriété de l'Etat, collective, privée, étrangère et mixte⁶⁶⁸. Cette classification sera retenue dans la présente étude car elle est la plus susceptible d'appréhender cette complexité et les relations qu'entretiennent ces entreprises avec la notion de « société ». WANG distingue donc cinq types d'entreprises économiques : les entreprises d'Etat (*guoyou qiye*, 国有企业)⁶⁶⁹, les entreprises collectives (*jiti suoyou qiye*, 集体所有企业), les entreprises privées, les entreprises à capitaux étrangers et mixtes (les EJV et les CJV). Après avoir souligné les caractéristiques communes aux entreprises chinoises (i), il conviendra d'examiner les trois principales catégories d'entreprises, les entreprises d'Etat, les entreprises collectives et les entreprises à capitaux mixtes et étrangers (ii).

i. Les caractéristiques communes aux entreprises chinoises

393. L'entreprise chinoise, partenaire de joint ventures sino-étrangères, est dans une situation paradoxale, qui est le miroir inversé de celle d'une personne physique de nationalité chinoise. Cette dernière a la capacité de droit civil lui permettant de conclure des contrats, mais ne possède pas la qualification d'investisseur lui permettant de conclure un contrat de joint venture sino-étrangère. L'entreprise quant elle, même lorsqu'elle n'est pas dotée de la personnalité morale, possède la qualification d'investisseur, qui lui permet de conclure un contrat de joint venture sino-étrangère. Cette singularité nécessite un examen des conditions d'existence et des attributs d'une entreprise, posés par le droit chinois :

- *L'enregistrement et la licence d'exploitation*

394. Toutes les entreprises chinoises ont l'obligation d'être enregistrées auprès des autorités chinoises, quelle que soit leur forme de détention, à savoir publique (d'Etat ou collective), privée, sino-étrangère ou étrangère. Une entreprise est qualifiée de personne morale, elle doit être enregistrée sur le registre des personnes morales, conformément au décret relatif à l'enregistrement des personnes morales. Autrement, l'entreprise est

⁶⁶⁸ WANG Guiguo, *Wang's Business law of China*, 4^e édition, LexisNexis, Hong Kong, 2003.

⁶⁶⁹ Régies par la loi de 1993, et antérieurement dénommées entreprises détenues par l'ensemble du peuple (*quanmin suoyouzhi qiye*, 全民所有企业) dans la loi du 13 avril 1988.

enregistrée dans la catégorie des activités dépourvues de personnalité morale. Dès lors que les conditions d'enregistrement ont été satisfaites, l'entreprise se voit délivrer une licence d'exploitation sur laquelle est précisé si l'entreprise a, ou non, la personnalité morale⁶⁷⁰.

- *La personnalité morale*

395. En matière d'investissement international, la Convention de Washington du 18 mars 1965 fonde la définition de l'investisseur sur le critère de la personne morale⁶⁷¹. Si les TBI imposent également que l'investisseur ait la personnalité morale, les TBI chinois susvisés, notamment le TBI Chine-France, qualifient d'investisseurs, les entités économiques, qu'elles soient dotées ou non de la personnalité morale.

396. Le droit civil chinois définit la personne morale comme une organisation qui a la capacité pour accomplir des actes civils, et qui jouit en indépendance des droits civils et qui assume une responsabilité civile, conformément à la loi⁶⁷². Les entreprises chinoises peuvent obtenir la personnalité morale sous la condition (i) qu'elles y soient autorisées par la loi et (ii) qu'elles se conforment à un certain nombre de conditions préalables. Tout d'abord, le droit civil chinois n'autorise que les entreprises d'Etat, les entreprises collectives et les entreprises à capitaux mixtes ou étrangers à devenir des « entreprises personnes morales » (*faren qiye*, 法人企业)⁶⁷³. A compter de 1988, la personnalité morale a été également reconnue aux entreprises privées, légalisant ainsi les entreprises privées à responsabilité limitée⁶⁷⁴. Les associations d'affaires (*lianying*, 联营), c'est à dire toute nouvelle entité économique, formée par plusieurs entreprises ou entre une entreprise et une institution afin d'exploiter ensemble une activité économique, sont également autorisées à devenir des personnes morales⁶⁷⁵. Les autres catégories d'entreprises, à savoir les entreprises individuelles et les associations de particuliers, ne

⁶⁷⁰ Art. 38, décret relatif à l'enregistrement des personnes morales 1988, modifié en 1996 et en 2000.

⁶⁷¹ Art. 25(2)(b), Convention de Washington du 18 mars 1965, C. SCHREUER, *op. cit.*. V. également, D. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 890.

⁶⁷² Art. 36(1), PGDC, 1986.

⁶⁷³ Egalement traduite par le vocable « personnes morales à caractère économique », PGDC, Chapitre 2, Section 2, arts. 41 à 49.

⁶⁷⁴ Règlement provisoire du 25 juin 1988 sur les entreprises privées.

⁶⁷⁵ Art. 51, PGDC.

peuvent devenir des entreprises personnes morales. Par ailleurs, le droit civil chinois pose quatre conditions à l'octroi de la personnalité morale à ces entreprises et associations d'affaires : (i) posséder des fonds requis par l'Etat, (ii) posséder des statuts, (iii) posséder des organes et des locaux, (iv) être capable de supporter une responsabilité civile de manière indépendante et (v) avoir été approuvé et enregistré auprès des autorités compétentes⁶⁷⁶.

- *La capacité de contracter*

397. Dès son établissement, une personne morale jouit de la capacité civile et de la capacité d'accomplir des actes civils⁶⁷⁷. Les PGDC ne définissent par les « parties » à un acte juridique⁶⁷⁸. Ils exigent toutefois, à peine de nullité de l'acte, que les parties aient la capacité civile⁶⁷⁹. Dès lors, l'entreprise dépourvue de personnalité morale, a-t-elle la capacité de contracter ? En matière de contrats internationaux, le droit chinois des contrats prévoit depuis 1985 que le contractant chinois d'un contrat international peut être une « entreprise » ou d'« autres organisations économiques de la RPC »⁶⁸⁰ et ne comporte pas de référence à une nullité, tirée d'un défaut de personnalité morale des entreprises ou des « autres organisations économiques ». Le droit chinois des contrats internationaux et des investissements étrangers valide donc le contrat conclu par des entités économiques dépourvues de personnalité morale. Il convient dès lors de rechercher la typologie de ces entreprises chinoises.

ii. *Les catégories d'entreprises*

- *Les entreprises d'Etat*

398. La réforme des entreprises d'Etat, mise en oeuvre à partir de 1984, est une des parties centrales de la réforme de l'Etat, qui a accompagné la politique d'ouverture de la Chine⁶⁸¹. Les entreprises d'Etat faisaient jusqu'alors partie de l'Etat et étaient organisées

⁶⁷⁶ Art. 41, PGDC. Ces quatre conditions sont presque identiques aux quatre conditions générales posées dans le même texte à l'octroi de la personnalité morale (art. 37 PGDC).

⁶⁷⁷ Art. 36(1), PGDC.

⁶⁷⁸ Art. 85, PGDC.

⁶⁷⁹ Arts. 55 et 58, PGDC.

⁶⁸⁰ Art. 2, loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

⁶⁸¹ J.-F. HUCHET, « Quelle restructuration des PME d'État en Chine ? », *Critiques internationales* 2006, 3. p. 173-187 ; J.-F. HUCHET, « Les entreprises d'État chinoises à la croisée des chemins », *Tiers Monde*,

verticalement en groupes monopolistiques, sous la direction des ministères au niveau de l'Etat central et des collectivités territoriales (province, ville)⁶⁸². Au début des années 80, la réforme du système de production et de prix a menacé la survie de ces entreprises, chroniquement déficitaires, dépendantes de subventions budgétaires ou de prêts de banques publiques⁶⁸³. L'objectif poursuivi a été d'améliorer l'efficacité de ces entreprises tout en maintenant la propriété publique industrielle de l'Etat.

399. L'ouverture de la Chine aux investissements étrangers répondait à ce besoin de modernisation de l'appareil industriel chinois, moyennant la création de joint ventures, constituées entre des investisseurs étrangers et généralement les entreprises d'Etat⁶⁸⁴. L'apport en capital et en technologie effectué par l'investisseur étranger permettait de financer la modernisation et le développement des sociétés d'Etat, sans avoir besoin de recourir à une privatisation. En témoigne l'accord conclu entre American Motors Corporation (AMC) et l'usine Beijing Auto Works en 1983 pour constituer Beijing Jeep Company, Ltd, une EJV au capital de 51 millions USD, moyennant un apport d'AMC de 16 millions de USD, pour moitié en numéraire et pour moitié en technologie⁶⁸⁵.

400. Une des premières étapes juridiques de la réforme des entreprises publiques a consisté à séparer ces entreprises de l'appareil étatique et de l'administration, tout particulièrement des ministères industriels. A compter de 1988 et surtout de 1993, un certain nombre de mesures ont été adoptées afin d'affirmer leur autonomie, de définir le rôle de l'Etat, comme actionnaire, et les conditions de son intervention dans ces

1996, vol. 37, n°147, p. 599-627 ; J.-F. HUCHET, « Les entreprises d'Etat » in *Dictionnaire de la Chine contemporaine*, sous la direction de Th. SANJUAN, Paris, Armand Colin, 2006.

⁶⁸² WANG Guiguo, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁸³ *Perspectives de l'investissement international*, OCDE 2003, p. 69.

⁶⁸⁴ V. *Perspectives de l'investissement International*, OCDE 2003, p. 48. HUANG Yansheng : « An important reason why JV have been so popular is that they help maintaining the façade that Chinese firms have not been « acquired ». Some SOEs have remained as ongoing business entities », *Selling China*, Cambridge University Press, 2003, p. 216. Pour une analyse des années 1979-88, V. M. PEARSON, *Joint ventures in the People's Republic of China*, Princeton University Press, 1991, pp. 66-99. Pour une analyse des années 1990, HUANG Yansheng, *op. cit.*, p. 67-68 et 212-216. V. également G. CHANG, *The coming collapse of China*, Random House, New York, 2001, pp. 66-69.

⁶⁸⁵ J. MANN, *Beijing Jeep*, First Touchstone, 1989, pp. 83-86. V. également l'accord de joint venture conclu en octobre 1984 entre Volkswagen AG et Shanghai Automotive Industry Corporation pour constituer Shanghai Volkswagen Automotive Co., Ltd.

entreprises d'Etat⁶⁸⁶. A partir de 1993⁶⁸⁷, les entreprises d'Etat ont été sociétésées, sans que toutefois leur capital soit privatisé. La mise en œuvre de ces principes est restée longtemps dépourvue de clarté.

401. La séparation avec l'Etat a consisté à octroyer, à ces entreprises, la personnalité morale, dans les conditions du droit civil⁶⁸⁸. Toutefois, cette personne morale avait des attributs limités. L'entreprise d'Etat n'était pas propriétaire des biens composant son patrimoine. L'Etat restait propriétaire de ces biens, dont il se contentait de déléguer la gestion à l'entreprise. Les dispositions de la loi sur les entreprises d'Etat de 1993 et de la loi sur les sociétés de 1993 confirment que l'Etat détenait la propriété du capital de l'entreprise sociétésée, tout en conservant la propriété des biens de l'entreprise : « *L'entreprise devra obtenir le statut de personne morale, en conformité avec la loi, et supporter la responsabilité civile sur les biens que l'Etat l'a autorisée à exploiter et à gérer* »⁶⁸⁹. C'est dans ce contexte juridique qu'a été rendue la sentence arbitrale *Paper Mill JV 2000*, dans laquelle l'investisseur canadien contestait l'indépendance, au regard du Gouvernement Local, de la personnalité morale de l'entreprise d'Etat, Paper Mill, aux motifs que cette entreprise dépendait financièrement complètement de l'Etat et que les apports, qu'elle était sensée effectuer, l'avaient été par le Gouvernement Local⁶⁹⁰. Le tribunal ne pouvait s'appuyer que sur la définition susvisée des attributs des entreprises d'Etat, contenue dans la loi de 1993, sans toutefois mettre cette définition correctement en application. Le tribunal énonçait : « *La demanderesse, une entreprise d'Etat (guoyou qiye, 国有企业), dispose d'une personnalité morale séparée et ses biens sont la propriété de l'Etat. L'Etat agit comme gérant de l'entreprise d'Etat et a le pouvoir de gérer les actifs d'Etat* »⁶⁹¹. S'il est exact que les biens de l'entreprise d'Etat sont

⁶⁸⁶ Loi sur les entreprises industrielles détenues par l'ensemble du peuple, adoptée le 13 avril 1988 à la première session de l'Assemblée populaire nationale, en vigueur au 1^{er} août 1988. V. également *China's Management of Enterprise Assets: the state as Shareholder*, The World Bank, 1988.

⁶⁸⁷ Loi sur les entreprises d'Etat de 1993. E. STEINFELD, *Forging Reform in China: the Fate of State-owned Industry*, Cambridge 1998 ; SIN Ligang, YANG Jilong, ZHANG Yongsheng, « State owned enterprises outward investment and the structural reform in China », *China and World Economy*, pp. 38-53, Vol. 19, No. 4, 2011 ; P. RIBLETT « A legal regime for State-owned companies in the modern era », *J. of Transnational Law & Policy*, Vol. 18:1 Fall 2008, pp. 1-46.

⁶⁸⁸ Art. 2, loi sur les entreprises d'Etat de 1988 ; art. 36, PGDC.

⁶⁸⁹ Art. 4(3), loi sur les entreprises d'Etat de 1993.

⁶⁹⁰ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin. V. note 214 *supra*. Traduction de l'auteur.

⁶⁹¹ *Ibid.*

propriété d'Etat, c'est à l'entreprise que revient le rôle de gérer ces biens, et non à l'Etat. En reconnaissant à l'Etat un rôle de gérant, le tribunal arbitral a méconnu les dispositions légales et a affirmé, en l'espèce, qu'il existait bien une confusion de personnalité.

402. Cette demi-mesure, qui prive ces entreprises d'un droit patrimonial et dénie l'effectivité de la création d'une entité juridique indépendante, a été critiquée par une partie de la doctrine chinoise, qui a plaidé la reconnaissance du droit de propriété des entreprises d'Etat sur leur patrimoine : « *Although made with good intent, this provision ignored the status of legal persons of State-owned enterprises. The proper way to deal with the problem is to allow the State, as the sole owner of State-owned enterprises, to own the enterprises; and at the same time, to allow the state-owned enterprises to own, operate and utilize the property they have. Without such a clear provision, the status of legal persons can hardly be given effect to* »⁶⁹². Ce principe qui affirme, dans le même temps, l'indépendance de la personnalité morale et la propriété de l'Etat sur les biens de l'entreprise, est particulièrement mal adapté au domaine des joint ventures sino-étrangères. En effet, il est demandé, aux associés de la joint venture, d'effectuer des apports translatifs de propriété. Il est permis de se demander si l'Etat, réputé propriétaire des actifs apportés par une entreprise d'Etat, n'est pas en réalité celui qui réalise l'apport en joint venture, en transmettant la propriété du bien, devenant ainsi, par l'exécution contractuelle de l'obligation d'apport, partie au contrat de joint venture.

403. C'est également à la lumière de cette formulation, qu'il convient d'examiner la définition donnée par la Chine, en droit international, à l'indépendance d'une entreprise d'Etat et aux liens entre cette entreprise et l'Etat. La position présentée par la délégation chinoise devant le comité *ad-hoc* des Nations-Unies sur les Immunités Juridictionnelles des Etats et de leur Biens, dans le cadre des travaux préparatoires relatifs aux relations entre l'Etat et une entreprise d'Etat, fait référence à cette conception du droit interne chinois, en définissant l'entreprise d'Etat comme « *ayant la capacité d'acquérir, de*

⁶⁹² WANG Guiguo, *op. cit.*, pp. 159-160. Sur le débat relatif au droit patrimonial des entreprises d'Etat chinoises, v. LI Bin, *La protection de la propriété en Chine*, Tome 1, L'Harmattan, 2011, paragr. 149.

posséder, d'être propriétaire ou de disposer de biens, y compris les biens qu'elle exploite et gère sur autorisation de l'Etat »⁶⁹³.

404. Comme l'indique LI Bin, la révision de 2005 de la loi sur les sociétés a permis de clarifier cette question en substituant, à l'ancien article 4 de la loi sur les sociétés de 1993, une nouvelle formulation, en vertu de laquelle l'Etat est désormais actionnaire des sociétés par « mesure d'investissement » (*chuzi, 出资*)⁶⁹⁴. Cette formulation d'un « Etat-investisseur », en lieu et place d'un « Etat-propriétaire », est confirmée à l'article 55 de la loi sur les droits réels de 2007. De plus, l'indépendance du patrimoine de « l'entreprise investie par l'Etat » (*guojia chuzi de qiye, 国家出资的企业*) est désormais affirmée dans la loi sur les droits réels, qui limite les droits de l'Etat à la perception de revenus et à l'administration des biens de l'entreprise : « *The state, collectives and private individuals may, in accordance with the law, invest in and establish limited liability companies, companies limited by shares and other enterprises. If the immovable property or movable property of the state, a collective or a private individual is invested in an enterprise, the investor shall enjoy rights, such as returns on assets, making material decisions and selecting the management and perform obligations as provided or in proportion to its/his/her capital contribution* »⁶⁹⁵.

405. En 2003, le Conseil des affaires d'Etat, en sa qualité d'organe exécutif de l'Etat, s'est vu attribué l'exercice de la propriété d'Etat⁶⁹⁶. Il a confié la responsabilité d'exercer la fonction d'« investisseur » à la Commission d'administration et de supervision des biens d'Etat (*State Assets Supervision and Administration Commission*, ci-après la « SASAC »), une entité établie directement sous son autorité⁶⁹⁷. En

⁶⁹³ « *With regard to the relationship between a State and a State enterprise, the Chinese Delegation maintained that in principle a State enterprise or any other entity set up by a State should not enjoy State immunities, so long as the State enterprise or the other entity has independent act and the capacity to sue or be sue and has the capacity to acquire, possess or own or dispose property, including the property they operate and manage authorized by the State. At the same time, the Chinese Government maintained that it was necessary to differentiate clearly a State and a State enterprise or any other entity set up by a State and that a State enterprise or any other entity set up by a State should independently bear civil liabilities and a State, in principle, should not bear joint and several liabilities for commercial acts and liabilities or debts of a state enterprise or any other entity* », Déclaration de la délégation chinoise du 18 octobre 2003, disponible sur <http://www.fmprc.gov.cn/eng/wjbj/zjzg/tyfls/tyfl/2626/2627/t25965.htm>

⁶⁹⁴ Art. 65(2), loi sur les sociétés 2005, LI Bin, *op. cit.*,

⁶⁹⁵ Art. 67, loi sur les droits réels 2007.

⁶⁹⁶ Règlement provisoire sur la gestion des biens des entreprises d'Etat du 27 mai 2003.

⁶⁹⁷ La SASAC a été constituée sous la forme d'une « unité de service public » (*shiyewei, 事业单位*).

septembre 2005, la SASAC a publié une liste de 196 sociétés d'Etat sur lesquelles elle exerçait son autorité au niveau central, les autres entreprises étant sous la houlette des SASAC locales.

406. Dans le même temps, la séparation avec l'Etat a conduit à la transformation de dizaines de milliers d'entreprises d'Etat, durant les années 1990, et a permis leur restructuration, leur vente, leur fermeture et leur mise à bail. Certaines ont été sociétés en sociétés par actions et introduites sur le marché boursier chinois. On distingue cinq classes d'actions, les actions d'Etat, les actions « personnes morales », les actions de classe A, les actions des salariés et les actions de classe B réservées aux investisseurs étrangers⁶⁹⁸. Seules les actions A et B sont librement négociables sur les deux bourses chinoises. Les autres actions, notamment les actions d'Etat et les actions personnes morales, ne sont, dans les faits, pas directement détenues par l'Etat, ou la SASAC. La mise en œuvre de cette sociétéisation a donné naissance à un système de gestion des entreprises d'Etat dit à « trois niveaux »⁶⁹⁹. L'Etat (désormais représenté par la SASAC) détient et contrôle les entreprises d'Etat par l'intermédiaire de « sociétés mères » (les « sociétés d'Etat centrales ») et non directement. En effet, lors de la sociétéisation des entreprises d'Etat, les anciens ministères industriels ont rapidement été remplacés par de nouvelles structures, des agences intermédiaires semi-bureaucratiques faisant fonction de holding de sociétés, intitulées groupes de sociétés (*jitian gongsi*, 集团公司) et sociétés d'investissement (*touzi gongsi*, 投资公司), et qui s'interposent entre l'Etat et les sociétés d'Etat. Ce sont ces structures qui détiennent et contrôlent les sociétés d'Etat, notamment les sociétés d'Etat désormais cotées en bourse à Shanghai et Shenzhen. Ces structures intermédiaires ont été légitimées *a posteriori* et ont adopté le statut d'« agence déléguée d'investissement » (*shouquan touzi jigou*, 授权投资公司), mais ne sont pas

⁶⁹⁸ Les marchés boursiers intérieurs chinois (Shanghai et Shenzhen) sont segmentés en actions de classe A en yuan, dont la souscription, l'achat et la négociation sont réservés aux résidents chinois, d'une part, et les actions de classe B en US dollars, réservées aux investisseurs étrangers, d'autre part. Les actions de classe H sont négociées sur le marché de Hong Kong et les actions de classe N, sont négociées sur le marché de New York. M. AGLIETTA, Y. LANDRY, *La Chine vers la Superpuissance*, Economica, 2007, p. 100-102.

⁶⁹⁹ V. B. NAUGHTON, «Top-down control : SASAC and the Persistence of State Ownership in China », Conférence « China and the World Economy », Université de Nottingham 23 juin 2006, pp. 6-10.

systématiquement sociétés et, lorsqu'elles le sont, ont un fonctionnement opaque (absence de conseil d'administration)⁷⁰⁰.

407. La sociétéisation n'ayant été suivie que d'une privatisation des entreprises très limitée, la gestion de ces entreprises n'a pas vraiment changé dans la pratique. En effet, l'entreprise d'Etat doit concilier son autonomie de décision de gestion avec les fonctions reconnues à l'Etat qui est également son seul actionnaire : « *Conformément aux décisions du département compétent de l'Etat, l'entreprise peut adopter, pour la responsabilité de sa gestion, un mode contractuel, à bail ou sous d'autres formes* »⁷⁰¹. Depuis le milieu des années 1990, l'introduction en bourse des grandes entreprises d'Etat a permis une privatisation modérée, sans toutefois permettre de remplacer complètement ce mode de gouvernance d'entreprise d'Etat⁷⁰². Le fonctionnement de l'entreprise reste ancré dans le système des « trois anciens comités », les comités traditionnelles présents dans les entreprises d'Etat (parti communiste chinois - syndicat - assemblée des représentants du personnel), et peine à s'adapter au fonctionnement des « trois nouveaux comités » instaurés par la sociétéisation (assemblée générale des actionnaires - conseil de surveillance - directoire)⁷⁰³. Un certain nombre de lacunes graves ont été mises en exergue dans le fonctionnement : (i) principe du cumul de la fonction d'administrateur et de dirigeant et rareté des administrateurs indépendants⁷⁰⁴,

⁷⁰⁰ V. B. NAUGHTON, « Top-down control: SASAC and the Persistence of State Ownership in China », Conférence « China and the World Economy », Université de Nottingham 23 juin 2006, pp. 6-10. Sur le rôle du parti communiste chinois dans les sociétés d'Etat, v. A. SZAMOSSZEGI et C. KYLE, « An analysis of State-owned enterprises and State capitalism in China », U.S.-China Economic and Security Review Commission, Capital Trade Inc, Washington DC, 26 Octobre 2011, pp. 72-78 ; K. E. BRODSGAARD, « Politics and business group formation in China: the party in control? », *The China Quarterly*, 2012, pp. 624-648. Sur les liens entre les dirigeants chinois et les sociétés d'Etat, v. D. BARBOZA, S. LaFRANIERE, « Princelings' in China use family ties to gain riches », *The New York Times*, 18 mai 2012.

⁷⁰¹ Arts. 2(3) et (4), loi sur les entreprises industrielles appartenant au peuple entier de 1988.

⁷⁰² Selon l'OCDE « *L'Etat détenait au moins la moitié des actions de toutes les sociétés admises à la cote (et bien plus selon certaines estimations) et le principal actionnaire, en principe l'Etat détient généralement environ 45% du capital de chaque société cotée* », *Perspectives de l'investissement international*, OCDE 2003, p. 76.

⁷⁰³ HUA Jingyang, P. MIESING et LI Mingfang, « An empirical taxonomy of SOE governance in transitional China », *Journal of Management Governance* (2006) 10, p. 405. *Perspectives de l'investissement international*, OCDE 2003, p. 76. V. également B. NAUGHTON, *The Chinese Economy*, The MIT Press 2006, p. 298-325.

⁷⁰⁴ La société d'Etat Baoshan Steel (Baosteel) a adjoint deux administrateurs indépendants, respectivement de Hong Kong et de Singapour, à son conseil d'administration. V. B. NAUGHTON, « Top-down control: SASAC and the Persistence of State Ownership in China », Conférence « China and the World Economy », Université de Nottingham 23 juin 2006, p. 13.

(ii) rôle du conseil de surveillance annihilé par l'existence d'un actionnaire majoritaire, l'Etat, qui a également la mainmise sur le directoire⁷⁰⁵, et (iii) principe des conventions conclues entre la société et son actionnaire principal, direct ou indirect⁷⁰⁶.

408. A compter de novembre 2002, les sociétés d'Etat ont entrepris une lente privatisation. D'une privatisation à un tiers du capital, elles sont désormais privatisées aux deux tiers du capital social. Parallèlement à la libéralisation des transactions internes, les transactions transnationales ont été autorisées. Les investisseurs étrangers ont été autorisés à acquérir des actions d'entreprises d'Etat et, depuis 2006, peuvent négocier les actions A des sociétés cotées en bourse⁷⁰⁷. Cette privatisation reste toutefois limitée en raison de la permanence des « sociétés mères », ce qui permet à l'Etat de conserver une position prédominante dans le capital des sociétés cotées⁷⁰⁸. Ces transactions transnationales sonnent toutefois la fin des investissements directs étrangers de « création » (ou *greenfield investments*)⁷⁰⁹ et le lancement des acquisitions⁷¹⁰. En témoigne également le volume du contentieux relatif aux changements de contrôle constaté dans le cadre des joint ventures.

- *Les entreprises collectives*

409. Les entreprises collectives sont des entreprises publiques gérées par des collectivités locales, héritières des « brigades de production » qui composaient les communes populaires sous l'ère maoïste, mais également créées dans les années 1980 sous la forme d'entreprises de bourgs de village⁷¹¹. Etablie à l'initiative d'entreprises d'Etat, voire de personnes physiques (en milieu rural), l'entreprise collective est autorisée à devenir une personne morale. Elle est détenue collectivement par les

⁷⁰⁵ *Perspectives de l'investissement international*, OCDE 2003, p. 48.

⁷⁰⁶ *Perspectives de l'investissement international*, OCDE 2003, p. 48 et 76-77 ; J. FEINERMAN, « New hope for corporate governance in China? », *The China Quarterly* 2007, pp. 590-612.

⁷⁰⁷ *Chine : Politiques ouvertes envers les fusions et les acquisitions*, OCDE 2006, pp. 29-31.

⁷⁰⁸ Sur le capitalisme d'Etat chinois, v. A. SZAMOSSZEGI, C. KYLE, *op. cit.*, pp. 5-10.

⁷⁰⁹ L'investissement direct étranger de « création » (ou *greenfield investment*) consiste à implanter des filiales entièrement nouvelles à l'étranger, moyennant l'installation de nouveaux moyens de production et des créations d'emplois.

⁷¹⁰ M. MATTLIN, « The Chinese government's new approach to ownership and financial control of Strategic state-owned enterprises », Bank of Finland, *BOFIT Discussion Papers*, 10-2007, disponible sur <http://www.suomenpankki.fi/bofit/tutkimus/tutkimusjulkaisut/dp/Documents/dp1007.pdf>.

⁷¹¹ B. CABRILLAC, *L'économie de la Chine*, PUF 2009, pp. 61-62.

membres d'une collectivité, le personnel de l'entreprise qui est propriétaire des biens de l'entreprise (actif immobilisé et équipement) (the Urban Collective Regulations)⁷¹². Le financement initial de l'entreprise collective est assuré par une entreprise d'Etat ou d'autres entités qui la constituent. Après avoir fait partie de la dynamique permettant à la Chine de développer une croissance rapide, les entreprises collectives ont rencontré des difficultés financières dans les années 1990⁷¹³. Elles ont fait l'objet d'une sociétésation, puis, à partir de 1995, ont pour beaucoup on disparu, soit par voie de vente aux enchères voire de liquidation, ou ont été privatisées au profit de leurs directeurs et/ou de leur salariés⁷¹⁴.

- *Les entreprises à capitaux étrangers*

410. Les entreprises chinoises, dont 25% ou plus du capital est détenu par des investisseurs étrangers, constituent une catégorie d'entreprise chinoise distincte, l'entreprise à capitaux étrangers, qui inclut les joint ventures et les entreprises à capitaux exclusivement étrangers⁷¹⁵. Entreprises soumises au droit chinois⁷¹⁶, les joint ventures contractuelles nécessitent une approbation et un enregistrement, et disposent ou non de la personnalité juridique⁷¹⁷. Les entreprises à capitaux exclusivement étrangers et les

⁷¹² Sur la distinction entre entreprises d'Etat et entreprises collectives, v. WANG Guiguo, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁷¹³ C. SMITH, « Ces entreprises collectives qui vont à vau-l'eau », *Courrier International*, n° 370, 4 décembre 1997.

⁷¹⁴ S. TENEV, ZHANG Chunlin, *Corporate Governance and Enterprise Reform in China: Building the Institutions of Modern Markets*, Banque Mondiale, 2002, p. 3 ; M.-C. BERGERE, *Capitalismes et capitalistes en Chine XIXe-XXIe siècle*, Perrin 2007, p. 229 ; R. ARVANITIS, P. MIEGE, & ZHAO Wei « Regard(s) sur l'émergence d'une économie de marché en Chine », *Perspectives chinoises*, 77 (2003), pp. 53-65 ; WEI Zou, « Les métamorphoses des entreprises rurales », *Perspectives chinoises*, 79, septembre-octobre 2003, disponible sur <http://perspectiveschinoises.revues.org/176>. Consulté le 29 octobre 2012.

⁷¹⁵ Loi relative aux entreprises à capitaux exclusivement étrangers promulguée le 12 avril 1986, modifiée le 31 octobre 2000, décret d'application relatif aux entreprises à capitaux exclusivement étrangers promulgué le 12 décembre 1990, modifié le 12 avril 2001.

⁷¹⁶ Art. 2, loi sur les EJV de 1979, amendée en 1990 et 2001; l'article 2 du décret d'application de la loi sur les EJV précise que les joint ventures sont des sujets de droit chinois et sont soumises à la compétence et à la protection du droit chinois. Pour les CJV : art 3.2, loi sur les CJV de 1988 et art. 2, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV.

⁷¹⁷ « [...] avec ou sans le statut de personne morale chinoise », art. 4, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV ; art. 2.2, loi sur les CJV.

EJV ont, quant à elles, l'obligation de s'enregistrer et de se constituer sous la forme de société à responsabilité limitée de droit chinois, dotée de la personnalité morale⁷¹⁸.

411. Le seuil de détention, par un étranger, de 25% du capital social (bien au dessus du seuil de 10% fixé par le Fonds Monétaire International pour caractériser un investissement direct étranger) déclenche un statut d'extranéité qui permettait à ces entreprises de bénéficier, jusqu'en 2010, d'un traitement fiscal préférentiel⁷¹⁹, mais limitait leur objet à un certain nombre d'activités manufacturières. Ce statut d'extranéité empêchait également toute organisation intégrée des entreprises à capitaux étrangers, et excluait la possibilité qu'une entreprise à capitaux étrangers puisse, à son tour, constituer d'autres entreprises à capitaux étrangers. En raison de l'absence de concept précis de société, la société étant le plus souvent identifiée à ses actifs matériels (usine, chaîne de production) et des conséquences importantes, pour les autorités fiscales locales, de l'établissement d'une joint venture, les investisseurs étrangers ont été contraints de constituer une nouvelle joint venture, ou entreprise à capitaux exclusivement étrangers, pour chaque nouvelle implantation d'une unité de production, même située dans la même province⁷²⁰. Une organisation verticale, qui aurait pu permettre, en amont, la détention, par un véhicule local unique, de différentes entreprises à capitaux étrangers, n'était pas envisageable. Depuis les années 1990s, la seule forme chinoise de société holding d'investissement étranger supposait la constitution d'une société holding d'un capital social de 30 millions de RMB. De même, en aval, il était exclu de permettre aux entreprises à capitaux étrangers de constituer, à leur tour, d'autres entreprises à capitaux étrangers pour les besoins de leur développement, autrement que dans des conditions restrictives. Les dispositions provisoires des investissements des entreprises à capitaux étrangers imposaient une participation de l'entreprise mère minimale d'une minimum de 25% dans le capital social de l'entreprise à capitaux étrangers créée en aval. Elles exigeaient également que la société mère ait intégralement libéré son capital social et ait déjà généré des profits, et limitaient enfin la valeur cumulée de l'ensemble de ses

⁷¹⁸ Art. 4, loi sur les EJV: « *Les entreprises mixtes sont constituées en sociétés à responsabilité limitée* ». Le droit chinois reconnaît la forme sociétaire depuis la loi de 1993, soit quatorze ans après l'entrée en vigueur de la loi relative aux joint ventures. La joint venture de droit chinois a donc vécu dans un désert juridique, aucun droit commun des sociétés n'existait dans l'ordre juridique chinois jusqu'en 1993.

⁷¹⁹ V. G. CHANG, *The coming collapse of China*, Random House, New York, 2001, pp. 66-69.

⁷²⁰ R. LEWIS, *IFRL*, avril 2008, p. 26.

investissements en aval à 50% du total des investissements nets de la société mère⁷²¹. L'annulation de l'obligation de libération du capital social et du plafond de 50% des biens nets a permis la constitution d'un réseau d'EJV et de filiales à 100%, constituées par et entre des EJV⁷²². De tels investissements restent toutefois considérés comme des investissements à capitaux étrangers, et restent soumis à la réglementation chinoise sur les investissements étrangers.

b. *Les sociétés de droit chinois*

412. Le droit chinois des sociétés a institué en 1993 la société à responsabilité limitée (*youxian zeren gongsi*, 有限责任公司) et la société par actions (*gufen youxian gongsi*, 股份有限公司)⁷²³. Ces formes sociales abritent les entreprises publiques et privées sociétésées, les EJV et les entreprises à capitaux exclusivement étrangers. La propriété privée du capital social a été reconnue dans la loi sur les biens de 2007⁷²⁴. L'explosion des joint ventures sino-étrangères et l'importance des mouvements de transferts de parts de joint venture témoigne de l'émergence d'un secteur privé chinois des affaires, aux côtés de la restructuration et de la privatisation du secteur public⁷²⁵. Les sociétés chinoises peuvent désormais faire l'objet d'acquisitions transnationales. L'intérêt porté, par les investisseurs étrangers aux sociétés privées chinoises, confirme la vitalité du secteur privé des affaires en Chine⁷²⁶. En témoigne la prise de participation, par LVMH (en partenariat avec Citic Private Equity Funds), en février 2012, de 10% du capital de la société chinoise familiale de prêt à porter Orchily, pour un montant de 200 millions USD. Société familiale créée en 1999, ainsi valorisée à 2 milliards USD, Orchily dispose de 200 points de vente en Chine et préparerait son introduction en bourse à Hong Kong et son développement international.

⁷²¹ V. R. LEWIS, *IFRL*, avril 2008, p. 25-26, sur les conséquences pratiques de ces restrictions.

⁷²² Circulaire de l'AIC sur quelques questions concernant l'application du droit dans l'administration de l'examen de l'approbation et de l'enregistrement des entreprises à capitaux étrangers, du 26 mai 2006.

⁷²³ Art., 2 loi sur les sociétés 2005.

⁷²⁴ Arts. 65 et 67, loi sur les biens 2007 : « *les économies, investissement et revenus légaux des personnes physiques sont protégés par la loi* » ; « *... les personnes privées peuvent, conformément avec la loi, investir et établir des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés par actions et d'autres entreprises...* ».

⁷²⁵ HUANG Yansheng, *Selling China*, Cambridge University Press, 2003.

⁷²⁶ *South China Morning Post*, 9 février 2012, p. A3.

413. Les sociétés chinoises ont la personnalité juridique et disposent de la capacité civile de droit chinois⁷²⁷. Cette personne morale doit également satisfaire un certain nombre de conditions de forme et de fond. Elle doit (i) être établie conformément à la loi et ce compris l'enregistrement auprès de l'AIC, (ii) posséder des biens et des fonds requis, (iii) posséder son nom propre, ses organes et ses locaux, (iv) être capable de supporter une responsabilité civile de manière indépendante⁷²⁸. Qu'en est-il de l'appréciation de ces critères ? Les deux affaires suivantes illustrent la préférence des tribunaux arbitraux pour un recours exclusif au premier critère en cas de contestation relative à la réalité de l'existence de la personnalité morale d'une société, associée d'une joint venture sino-étrangère :

414. *La réalité de l'existence de la société chinoise avant la constitution de la joint venture* : Dans l'affaire *Aquaculture JV 1997*⁷²⁹, l'associé canadien de la joint venture contestait l'existence de son partenaire chinois, une société à responsabilité limitée (*youxian zeren gonsi*, 有限责任公司) de droit chinois, constituée à l'initiative de quelques poissonniers chinois, qui devait réaliser un apport, sous la forme d'un atelier, d'équipement et de locaux publics évalués à 90.000 RMB, correspondant à 75% de l'investissement total de la joint venture. L'associé canadien prétendait que la société chinoise n'avait pas la qualification d'investisseur (*touzizhe zige*, 投资者资格), puisqu'elle n'avait été approuvée que trois semaines avant la conclusion du contrat de joint venture, et que l'investisseur était en réalité un groupe de personnes physiques⁷³⁰. Dans sa sentence rendue le 30 juillet 1997, le tribunal arbitral a examiné la réalité de l'existence de la société en se fondant uniquement sur le fait qu'elle avait, antérieurement à la conclusion du contrat de joint venture, fait l'objet d'un enregistrement auprès de l'AIC, et obtenu légalement sa licence d'exploitation d'entreprise personne morale (*qiye faren*, 企业法人).

⁷²⁷ Art. 3, loi sur les sociétés 2005 (anc. art. 4(2), loi sur les sociétés 1993) : « Une société est une entreprise personne morale, qui possède le patrimoine d'une personne morale indépendante et jouit des droits réels d'une personne morale. Elle supporte la responsabilité de ses dettes sur son patrimoine ».

⁷²⁸ Art. 37, PGDC.

⁷²⁹ V. paragr. 376 *supra*. *Aquaculture JV Case 1997*, Sentence CIETAC (30 juillet 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48, traduction de l'auteur.

⁷³⁰ *Aquaculture JV Case 1997*, Sentence CIETAC (30 juillet 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48, traduction de l'auteur.

415. *La réalité de l'existence de la société après la constitution de la joint venture* : La survie de l'associé chinois, après la conclusion du contrat de joint venture et l'établissement de la joint venture, fait également l'objet d'un contentieux. Dans l'affaire *XX Paper Mill Case 2000*⁷³¹, le partenaire canadien, défendeur à l'instance, prétendait qu'il ne restait rien de son partenaire chinois, l'entreprise d'Etat dénommée XX Paper Mill, après que cette dernière eût effectué son apport au capital de l'EJV, et que l'associé de l'EJV était en réalité le Gouvernement Local. Dans sa sentence, le tribunal arbitral rejetait cette allégation et confirmait que, postérieurement à la conclusion du contrat d'EJV, l'entreprise d'Etat avait bien continué d'exister comme entité morale indépendante. Le tribunal arbitral se fondait uniquement sur le fait que, durant les quatre années ayant suivi la conclusion du contrat, l'entreprise d'Etat s'était conformée à l'obligation d'inspection annuelle des personnes morales : « *De 1995 à 1999, la demanderesse [XX Paper Mill] a réussi les inspections annuelles destinées aux personnes morales et a donc une existence légale conforme aux conditions requises et posées dans les PGDC relatives aux personnes morales. L'affirmation par la défenderesse que la demanderesse avait cessé d'exister après l'établissement de l'EJV est donc factuellement infondée* ». Ici, le tribunal arbitral omet complètement d'examiner l'allégation du défendeur selon laquelle la petite usine XX Paper Mill aurait fait apport de la totalité de ses actifs à l'EJV, de sorte qu'il lui était impossible de survivre indépendamment, après la constitution de la société commune. Bien que le second critère posé par l'article 37 des PGDC, auxquels la sentence arbitrale fait référence, conditionne l'existence d'une personnalité morale indépendante à la possession de biens et de fonds en son nom propre, d'organes et de locaux⁷³², la situation factuelle de la demanderesse n'a pas été examinée. Dans ces deux affaires, tout comme dans la décision susvisée de la Cour suprême *US Minmetals, Inc. c/ Xiamen United Development (Group) Co.*⁷³³, on regrettera que les arbitres et les juges s'en tiennent strictement au critère de l'accomplissement des conditions formelles administratives et s'abstiennent de répondre aux allégations relatives à la contestation des conditions substantielles de l'existence d'une personne morale indépendante.

⁷³¹ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*. Traduction de l'auteur.

⁷³² Art. 37, PGDC.

⁷³³ V. paragr. 169 à 171 *supra*.

c. *Les autres organisations économiques chinoises*

416. La troisième catégorie d'investisseur chinois est désignée sous l'appellation d'« organisations économiques », une notion difficile à cerner. Le droit chinois des contrats internationaux fait référence, sans les définir, aux « autres organisations économiques » et les autorise, tout comme les entreprises, à conclure un acte civil⁷³⁴. Il ne s'agit pas d'une forme de personnalité morale. Les PGDC ne mentionnent pas d'« organisation économique » parmi les trois catégories de personnes morales, consacrées par le droit civil : (i) l'entreprise personne morale (*qiye faren*, 企业法人)⁷³⁵, (ii) l'association d'affaires (*lianying*, 联营)⁷³⁶ et (iii) les « organes [étatiques] » (*jiguan*, 机关), les « unités de service public » (*shiyew danwei*, 事业单位) et les « organisations sociales » (*shehui tuanti*, 社会团体)⁷³⁷.

417. L'interprétation de la Cour suprême du code de procédure civile, précise que le terme « organisation » inclut les associations (*hehuo*, 合伙), les organisations sociales non organisées sous la forme d'une personne morale, les succursales et les entreprises de bourg de village⁷³⁸. Il semble que cette catégorie présente un caractère résiduel et englobe toute entité, qui ne soit ni une entreprise ni une société, mais qui a une activité économique. Si tel est le cas, il n'y a guère de différence entre une entreprise et une organisation économique dépourvue de la personnalité morale. En revanche, certains auteurs chinois répertorient les associations et les coopératives (*hehuozhi*, 合伙制) parmi les entreprises⁷³⁹. Dans la loi sur les contrats du 1^{er} octobre 1999, le terme « entreprises » a été remplacé par celui d'« autres organisations ». Ces « autres organisations » ont été définies par opposition aux personnes morales, consacrant ainsi l'entité, économique ou non, dépourvue de personnalité morale : « Pour les besoins de la présente loi, un contrat est un accord entre personnes physiques, personnes morales ou d'autres organisations [...] ».

⁷³⁴ Art. 2, loi sur les contrats économiques avec l'étranger. L'article 85 des PGDC ne définit pas non plus le terme « partie à un acte civil ».

⁷³⁵ Arts. 36 à 40, PGDC.

⁷³⁶ Arts. 51 à 53, PGDC.

⁷³⁷ Art. 50, PGDC.

⁷³⁸ ZHANG Mo *Chinese Contract Law Theory and Practice*, note 42.

⁷³⁹ WANG Guiguo, *op. cit.*, pp. 173-175. WANG utilise par ailleurs le terme « organisation » comme synonyme d'entreprise, v. Chapitre 7, pp. 149-191.

418. L'affaire *XX Food JV 1999*⁷⁴⁰ offre un exemple d'application du concept d'« organisation économique ». Dans cette affaire, l'entreprise d'Etat, AA Industrial Development Company, avait conclu un accord de joint venture avec la société de Hong Kong, BB International Trade Company, afin de constituer la joint venture XX Food Limited Company. Il semble que les partenaires n'avaient pas effectué la totalité de leurs apports, de sorte que la joint venture XX Food Limited, qui ne disposait pas de fonds suffisants, a échoué à l'inspection annuelle des sociétés. De son côté, la licence d'exploitation du partenaire chinois, AA Industrial Development Company, a été révoquée après qu'une décision judiciaire eut constaté qu'elle ne disposait pas, lors de sa constitution, du montant du capital social requis, et était dépourvue d'existence légale. La société chinoise ZZ Head Company, se présentant comme le supérieur hiérarchique (« unité hiérarchiquement compétente ») d'AA Industrial Development Company avant sa sociétésation, a mis en œuvre la clause compromissoire contenue dans l'accord de joint venture à l'encontre de la société de Hong Kong, afin de voir trancher le litige relatif aux apports de la joint venture. Elle demandait que soit également constatée la nullité de ce contrat de joint venture au motif qu'AA Industrial Development Company n'avait pas la qualification de partenaire chinois, faute d'avoir disposé du capital social requis lui permettant d'obtenir la personnalité morale. Elle se fondait sur la circulaire administrative conjointe du MOFERT et de l'AIC relative à « l'examen strict de l'exigibilité de la partie chinoise au contrat d'EJV comme personne morale indépendante » en date du 21 septembre 1987, qui dispose que la partie chinoise à un contrat d'EJV doit être soit une « entreprise personne morale », soit une « organisation économique » dotée de la personnalité morale⁷⁴¹.

419. Le tribunal arbitral a considéré que cette circulaire ne pouvait exclure la possibilité qu'« XX Industrial Development Co. » entrât dans la catégorie des « autres organisations économiques » prévue par la loi sur les joint ventures⁷⁴². Le tribunal

⁷⁴⁰ *XX Food JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 octobre 1999) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 567.

⁷⁴¹ « Le partenaire chinois de la joint venture doit (bixu, 必须) être une « entreprise personne morale », légalement constituée conformément aux articles 36 à 49 des PGDC, ou être une autre « organisation économique » qui a obtenu la qualification de personne morale », art. 2, Circulaire du Ministère du commerce et des relations économiques étrangères et de l'AIC relative à « l'examen strict de l'exigibilité de la partie chinoise au contrat d'EJV comme personne morale indépendante », du 21 septembre 1987.

⁷⁴² « La prétention et les preuves soumises par le défendeur ne peuvent pas exclure la possibilité que la société XX Industrial Development tombe dans la catégorie des 'autres organisations' prévue dans la

arbitral a adopté une interprétation littérale du sens de « partenaire », se limitant à vérifier l'énumération des partenaires chinois visés à l'article 1^{er} de la loi sur les EJV. Il a préservé ainsi l'étendue *ratione personae* de la loi sur les EJV en écartant l'ajout, par voie réglementaire, d'une condition nouvelle, celle de l'existence de la personnalité morale, condition qui ne figure pas dans le texte législatif. De fait, la loi sur les EJV, révisée en 2000, n'ajoute pas cette condition de personnalité morale. Toutefois, en se contentant de retenir que XX Industrial Development Co pouvait être qualifiée d'« autres organisations économiques », le tribunal arbitral nous prive d'un examen des caractéristiques que doit revêtir cette « organisation économique », et de la vérification de ce qu'elles étaient remplies en l'espèce. Le tribunal se satisfait de la possibilité qu'une société dépourvue de personnalité morale, une société devenue de fait, puisse constituer une « organisation économique », sans en apporter la démonstration.

420. Deux affaires illustrent la question de l'activité économique des « organes étatiques », d'une part, et des « unités de service public », d'autre part. *Paper Mill 2000*⁷⁴³ traite de l'aptitude d'un « organe étatique », en l'occurrence le Gouvernement Local, à être un investisseur chinois. La troisième catégorie de personnes morales du droit civil chinois comprend les « organes [étatiques] » (*jiguan*, 机关)⁷⁴⁴. Dans *Paper Mill*, le tribunal arbitral a exclu la possibilité qu'un « organe administratif gouvernemental » fût autorisé, par la loi, à bénéficier de la qualification de d'investisseur : « *En vertu des dispositions légales chinoises en la matière, les joint ventures ne peuvent être créées qu'entre les sociétés, entreprises et autres organisations économiques ou particuliers étrangers, d'une part, les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises, d'autre part. Les parties doivent être d'égalité réciproque. Cependant, les organes administratifs de l'Etat (zhengfu xingzheng bumen, 政府行政部门) ne sont pas autorisés à devenir les partenaires d'une EJV* »⁷⁴⁵.

421. La décision repose sur deux fondements. Le tribunal arbitral semble estimer en premier lieu que l'énumération des parties chinoises, aptes à conclure un contrat d'EJV,

loi », *XX Food JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 octobre 1999) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 567.

⁷⁴³ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*.

⁷⁴⁴ Art. 37, PGDC.

⁷⁴⁵ Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*. Traduction de l'auteur.

contenue à l'article 1^{er} de la loi sur les EJV présente un caractère exhaustif. En second lieu, afin d'exclure les organes administratifs gouvernementaux (*zhengfu xingzheng bumen*, 政府行政部门) de cette liste, le tribunal arbitral a recours au principe d'« égalité réciproque », énoncé dans ce même article 1^{er}, pour interpréter l'étendue *ratione personae* de la disposition. Il suggère que l'égalité des parties est une condition requise pour la conclusion du contrat de joint venture, condition qui exclut les organes administratifs gouvernementaux, implicitement supérieurs, par nature, aux autres sujets de droit. Le recours au concept d'égalité des parties aux fins d'exclure l'Etat comme partie à un contrat, utilisé dans une sentence rendue en 2000, témoigne d'un moment charnière de l'évolution du droit des contrats en Chine. La loi sur les contrats économiques de 1985, inspirée de la théorie soviétique des moyens économiques, restait applicable aux contrats conclus antérieurement au 1^{er} octobre 1999, alors même que la loi sur les contrats du 1^{er} janvier 1999 consacrait la théorie civiliste du contrat, fondée sur l'égalité juridique des parties : « *Pour les besoins de la présente loi, un contrat est un accord entre des personnes physiques, des personnes morales et d'autres organisations de niveau égal* »⁷⁴⁶. Selon la théorie socialiste des moyens économiques, le contrat est un moyen pour l'Etat de gérer et faciliter les activités économiques⁷⁴⁷, alors que selon la théorie civiliste du contrat adoptée dans la loi sur les contrats, dans une économie de marché, les parties sont juridiquement égales : « *even if a party is the government agency because by engaging in business activities, the government agency would be treated the same as a private party. Under this notion, the structure of business in China is now in transit from the power based government plan to market-based contract. During this transit, it is necessary and vital as well to treat the contractual parties equally no matter whether they are private person, government agencies or state owned enterprises* »⁷⁴⁸. Une telle restriction n'apparaît pas non plus en droit international des investissements. Ainsi, le TBI France-Chine 2007 inclut indifféremment, dans sa définition de l'investisseur protégé, outre les sociétés, les « organisations à but non lucratif » dotées de la personnalité morale⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ Art. 2, loi sur les contrats.

⁷⁴⁷ ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, pp. 32-33

⁷⁴⁸ ZHANG Mo, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁴⁹ Art. 1(2)(b), TBI France-Chine 2007.

422. La seconde affaire atteste, quant à elle, de l'activité économique de certaines « unités de service public » (*shiye danwei*, 事业单位). L'article 37 des PGDC autorise les unités de service public à disposer de la personnalité morale. Une récente affaire montre qu'elles peuvent également disposer d'un enregistrement d'entreprise (*business registration*). Dans le jugement rendu dans l'affaire *The Hua Tian Long* (No. 2) par la Cour de première instance de Hong Kong⁷⁵⁰, le juge hongkongais devait trancher la qualification, entre entreprise d'Etat et unité de service public, d'une entité chinoise, dénommée Bureau de Sauvetage de Guangzhou (GZS). Dans cette affaire, un litige opposait GZS, propriétaire de la barge-grue *Hua Tian Long*, à son co-contractant, relativement à l'exécution d'un contrat ayant pour objet la location du *Hua Tian Long* pour l'installation de pipelines et de plateformes pétrolières sur des projets offshore en Malaisie et au Vietnam. GZS arguait de son statut d'unité de service public afin de se prévaloir de l'immunité juridictionnelle de la couronne, au motif qu'elle n'était pas une entité juridique indépendante du Ministère du commerce de la PRC, et formait « *a part of the crown of the PRC* ». Le juge a retenu les éléments apportés par GZS, à savoir le fait qu'elle n'avait pas d'actionnaire, n'avait pas quitté le contrôle du Ministère du commerce et n'avait pas été constituée par la SASAC sous la forme d'une entreprise d'Etat⁷⁵¹. En outre, le juge approuvait les critères de distinction entre une entreprise d'Etat, qui dispose d'un pouvoir de gestion indépendant, libre d'interférence, moyennant un droit de propriété sur ses actifs et une capacité pour assumer indépendamment des obligations, d'une part, et une unité de service public, qui se contente de posséder et faire usage des biens qui lui sont alloués, sans capital ni droit de disposer de ces biens, d'autre part. Il a décidé que la flotte de navires, sous la bannière GZS, faisait partie des biens de l'Etat et que GZS n'avait pas le pouvoir d'assumer indépendamment des obligations⁷⁵². Le juge confirmait ce statut d'unité de service public, nonobstant le fait

⁷⁵⁰ *The Hua Tian Long* (No. 2), [2010] 3 HKLRD 611.

⁷⁵¹ *The Hua Tian Long* (No. 2), [2010] 3 HKLRD 611, p. 639 paragr. 112 : « [...] GZS has no shareholder and that all along it has been under the control of the MOC (or MOCRS, which is a department of the Guangzhou Maritime Rescue and Salvage Bureau which supervises and manages GZS business activities) [...] ».

⁷⁵² *Ibid.*, paragr. 112 : « [S]tate enterprise enjoy powers of independent management and freedom from interference, with ownership of its assets and the capacity independently to assume civil liabilities; to the contrary GZS merely has the right to possess and to use such assets as are allocated to it, with nil paid-up capital and no right to dispose of such assets, so that all vessels under the 'GZS banner' form part of the State's salvage and rescue team, and that it has no ability to assume independent civil liabilities ».

que GZS s'était vu accorder, à titre exceptionnel, en sa qualité de « bureau de sauvetage régional », un enregistrement d'entreprise (*business registration*)⁷⁵³.

423. Le portrait de l'entité chinoise investisseur dans la joint venture étant dressé, il convient de rechercher de quelle manière sa nationalité est déterminée et si ce critère conserve toujours sa pertinence au regard de l'évolution du droit international privé chinois.

2. La nationalité de l'entité chinoise

424. Les lois chinoises sur l'EJV et sur la CJV utilisent la nationalité comme critère de rattachement. Un tel rattachement est traditionnellement retenu dans les législations relatives aux investissements étrangers⁷⁵⁴. Il en va de même en droit international des investissements. L'article 25(2)(b) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 utilise la notion de « nationalité » d'un Etat aussi bien pour les investisseurs personnes physiques que pour les personnes morales : « *Toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage [...]* ».

425. La Convention de Washington du 18 mars 1965 et le droit chinois des investissements étrangers n'énoncent toutefois pas les critères permettant de caractériser la nationalité d'une personne morale. La Convention de Washington du 18 mars 1965 laisse aux parties contractantes le soin de définir la nationalité de la personne morale. Le droit chinois des joint ventures ne renvoie pas non plus à un texte interne sur ce point.

a. *La détermination de la nationalité de la personne morale en droit interne chinois*

426. Afin de déterminer la nationalité d'une personne morale, le droit international privé chinois adopte le critère de son lieu de l'enregistrement (*dengji*, 登记) : « *Les matières telles que la capacité juridique civile, la capacité de s'engager dans des actes juridiques civils, l'organisation et la constitution d'une personne morale et de ses succursales ainsi que les droits et devoirs des associés, sont régies par la loi du lieu*

⁷⁵³ *Ibid.*, paragr. 113-114.

⁷⁵⁴ V. par exemple, art. 2.1, loi No. 5559 sur la promotion des investissements étrangers de la République de Corée du 16 septembre 1998.

d'enregistrement »⁷⁵⁵. Le critère de l'enregistrement est, selon les auteurs, conforme au fait que l'acquisition de la personnalité morale est de plus en plus souvent liée à un enregistrement auprès d'une autorité publique⁷⁵⁶. Ainsi, les entreprises personnes morales et les associations économiques doivent se conformer à une procédure d'enregistrement préalablement à l'obtention de la personnalité morale⁷⁵⁷.

427. En ce qui concerne les sociétés, le droit international privé chinois se situe dans la famille des droits qui adoptent le système de l'incorporation afin de déterminer l'ordre juridique applicable⁷⁵⁸. La société est régie par le droit du pays sous l'empire de laquelle elle a été constituée, incorporée, avec la double référence au lieu et au système juridique du pays de l'incorporation : « *Pour les besoins de la présente loi, le terme société désigne une société à responsabilité limitée ou une société par actions, incorporée sur le territoire de la RPC conformément à la présente loi* »⁷⁵⁹. De même, la nationalité chinoise de l'entreprise à capitaux exclusivement étrangers est déterminée par l'enregistrement (ou « incorporation ») de cette société sur le territoire chinois et selon le droit chinois⁷⁶⁰. Il est permis d'en déduire que le siège est réputé être situé où la société a été incorporée, puisque l'utilisation du critère du siège principal n'intervient qu'à titre supplétif, pour le cas où le lieu du siège diffère du lieu d'enregistrement de la société : « *Lorsque le lieu de l'établissement principal d'une personne morale diffère de son lieu d'enregistrement, la loi du lieu de l'établissement principal peut s'appliquer. Le lieu de la résidence habituelle d'une personne morale s'entend comme le lieu de son établissement principal* »⁷⁶¹. Ce principe, qui fixe le champ d'application dans l'espace de la loi chinoise sur les sociétés, est bilatéralisé par la règle de conflit qui pose le

⁷⁵⁵ Art. 14, loi sur le droit international privé chinois.

⁷⁵⁶ Sur le système de l'incorporation, v. H. Synvet, « Sociétés », *Rép. Internat. Dalloz*, 2004, paragr. 31 ; art. 3, première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JO L 65 du 14 mars 1968, pp. 8-12.

⁷⁵⁷ Arts. 42 et 51, PGDC.

⁷⁵⁸ H. SYNDET, « Sociétés », *Rép. Internat. Dalloz*, 2004, paragr. 3. Le droit français repose sur le critère du siège social, art. L. 210-30 du Code de commerce ; Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU, R. SOTOMAYOR « Conflit de lois en droit des sociétés », *Jurisclasseur international*, Fasc. 570-40 (2010).

⁷⁵⁹ Art. 2, loi sur les sociétés 2005, texte identique dans la loi sur les sociétés 1993.

⁷⁶⁰ Art. 2, loi sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers.

⁷⁶¹ Art. 14, loi chinoise sur le droit international privé. Nous préférons traduire le terme *zhuying* (主营) par « principal » (*main*) et non « réel ». V. traduction anglaise de la loi chinoise sur le droit international privé, *China Law & Practice*, décembre 2010-janvier 2011.

principe qu'une société est étrangère, dès lors qu'elle a été incorporée hors de Chine, selon un droit étranger⁷⁶².

428. Le droit international privé chinois ne semble pas utiliser la notion de contrôle comme critère de rattachement pour déterminer la nationalité d'une société, mais l'utilise, comme on l'a vu, comme critère d'extranéité pour caractériser une société chinoise de société à capitaux étrangers.

b. *La détermination de la nationalité d'une personne morale dans les TBI chinois*

429. Les TBI chinois ont recours, pour la définition de l'investisseur personne physique et pour les entités, à une définition tantôt dualiste tantôt unique de l'investisseur. Ainsi le premier TBI France-Chine utilisait une définition dualiste alors que le nouveau TBI France-Chine a recours à une définition unique. Dans les TBI chinois, on relève l'utilisation de trois critères pour la détermination de la nationalité de l'investisseur, ceux de l'incorporation et du siège social, d'une part, et le critère du contrôle, d'autre part.

430. Le critère du lieu de l'incorporation de la société, adopté en droit international privé chinois, apparaît dans nombre de TBI chinois : « *in respect of the People's Republic of China: corporations, firms or associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the People's Republic of China* »⁷⁶³ ... « *the term 'enterprise of a Contracting Party' means any legal person or any other entity constituted or organized under the applicable laws and regulations of that Contracting Party, whether or not for profit, and whether private-or government-owned or controlled, and includes a company, corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association or organization; (Note: For greater certainty, a branch of an enterprise is not, in and by itself, deemed to be an enterprise)* »⁷⁶⁴.

⁷⁶² Art. 192, loi sur les sociétés 2005 : « *Pour les besoins de la présente loi, une société étrangère est une société qui est incorporée en dehors du territoire de la RPC, selon le droit d'un pays étranger* » (anc. art. 199(2), loi sur les sociétés 1993).

⁷⁶³ Art. 1(d)(ii), TBI Chine-Royaume-Uni. V. également le TBI Chine-Laos 1993. CHEN Haijuan recensait une trentaine de TBI chinois utilisant ce seul critère, *op. cit.*, p. 136.

⁷⁶⁴ Art. 1(4), TBI Chine-Corée-Japon 2012.

431. Plus fréquemment encore, le critère utilisé résulte d'une combinaison cumulative du lieu de l'enregistrement et du lieu du siège social⁷⁶⁵, restreignant ainsi le champ de détermination des investisseurs qualifiés. On relèvera à titre d'exemple les formulations suivantes : « *Toute entité économique ou personne morale constituée conformément à la législation de l'une ou l'autre des Parties contractantes et possédant son siège sur son territoire [...]* »⁷⁶⁶ ; « *in respect of the People's Republic of China: economic entities established in accordance with the laws of the People's Republic of China and domiciled in the territory of the People's Republic of China.* »⁷⁶⁷ ; « *in respect of the People's Republic of China: [...] (b) economic entities established in accordance with the laws of the People's Republic of China and domiciled in the territory of the People's Republic of China.* »⁷⁶⁸.

432. Le critère de contrôle est également utilisé. Ce critère a pour effet d'introduire une exception à la condition de « diversité » entre la nationalité de la personne morale étrangère et celle du pays récepteur de l'investissement⁷⁶⁹. La Convention de Washington du 18 mars 1965 permet aux parties de convenir qu'une entité locale est un investisseur étranger, dès lors que cette entité locale est sous un contrôle étranger : « *toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers* »⁷⁷⁰.

433. Ce critère du contrôle, par un ressortissant personne physique ou par une entité étrangère, est fréquemment utilisé, non pas comme critère unique, mais comme critère alternatif au premier critère d'incorporation/siège social : « *Le terme « investisseur » désigne : [...] b) toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux ou par des personnes*

⁷⁶⁵ N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *op. cit.*, paragr. 2.52-71. V. également CHEN Haijuan, *op. cit.*, p. 136.

⁷⁶⁶ Art. 1(3)(b), TBI France-Chine 1984

⁷⁶⁷ Art. 1(2)(b), Pérou-Chine-Pérou 1993.

⁷⁶⁸ Art. 1(2)(b), TBI Mongolie-Chine

⁷⁶⁹ C. SCHREUER, *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge University Press, 2ème édition.

⁷⁷⁰ Art. 25(2)(b), Convention de Washington du 18 mars 1965.

morales de l'une des Parties contractantes »⁷⁷¹ ; « *(ii) economic entities established in accordance with the laws of the People's Republic of China and domiciled in the territory of the People's Republic of China; or (iii) legal entities not established under the law of the People's Republic of China but effectively controlled, by natural persons, as defined in subparagraph (a)(i) [Chinese nationals] or by economic entities as defined in subparagraph (a)(ii), that have made an investment in the territory of the other Party* »⁷⁷².

434. Ainsi donc, au regard des TBI chinois, qui adoptent le critère du contrôle dans la définition de l'investisseur étranger, peu importe le lieu où a été constituée la personne morale et où se trouve son siège, dès lors qu'elle est contrôlée par un investisseur de la nationalité » d'un des deux Etats contractants, elle devient un investisseur qualifié. Cette règle signifie donc que si une société contrôlée est enregistrée et a son siège sur le territoire d'un des Etats contractants à un tel TBI, elle peut revendiquer le statut d'investisseur étranger à cet Etat par le jeu de la règle du contrôle contenue dans le TBI. Dans cette hypothèse la société de la nationalité de l'Etat récepteur devient un investisseur étranger, et une exception à la règle de la « diversité » de nationalité est introduite par l'accord des parties au TBI.

435. Reste à déterminer la notion de contrôle et le seuil de ce contrôle. L'appréciation du critère de contrôle reste vague dans les TBI chinois. Comme l'attestent les différentes formulations contenues aussi bien dans la définition de l'investisseur que de l'investissement : « *owned* », « *possessed* », « *substantial interest* ». On relève également celle de « *owned or controlled* »⁷⁷³, « *fully or partially owned* »⁷⁷⁴, « *effective control* »⁷⁷⁵. La Référence de l'OCDE 2008 définit plusieurs seuils de possession directe et indirecte d'une entreprise par un investisseur. Dans un premier temps, l'investissement direct suppose que l'investisseur possède, directement ou indirectement, au moins 10% des droits de vote d'une entreprise résidente d'une autre économie, pour

⁷⁷¹ Art. 1(2)(b), TBI France-Chine 2007. Sur la diversité de la terminologie utilisée dans les TBI chinois (contrôle, intérêts, possédé), v. également CHEN Haijuan, *op. cit.*, pp. 137-138.

⁷⁷² Art. 126, chapitre 10, accord de libre échange Chine-Pérou 2009, disponible sur <http://fta.mofcom.gov.cn/english/index.shtml>.

⁷⁷³ TBI Chine-Pays-Bas, TBI Chine-Ghana, TBI Chine-Japon-Corée 2012.

⁷⁷⁴ TBI Chine-Allemagne 2003

⁷⁷⁵ Art. 126, traité de libre échange Chine-Pérou 2009.

que soit établie l'existence d'une relation de long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct, et l'exercice d'une influence significative sur la gestion de l'entreprise⁷⁷⁶. Dans un second temps, l'existence du « contrôle effectif » est fixée, dans la Définition de référence, au seuil numérique de 50% des droits de vote : « *une filiale est une entreprise dont un investisseur détient plus de 50 % des droits de vote, en d'autres termes une entreprise sous contrôle de l'investisseur* »⁷⁷⁷.

436. Dans l'affaire *Vacuum Salt c. Ghana* 1994, il a été jugé par le tribunal arbitral que la possession de 20% du capital social par l'investisseur étranger ne permettait pas « *d'influencer fortement les décisions critiques sur des questions importantes pour la société* »⁷⁷⁸. La décision rendue dans l'affaire *Thunderbird c/ Mexique* 2008⁷⁷⁹ a adopté d'autres critères permettant de constater l'existence d'un contrôle. Dans cette affaire, rendue sur le fondement du traité Alena, qui requiert que l'investisseur, qui forme une demande au nom d'une entreprise « *possède ou contrôle l'entreprise* » (art. 1117), le demandeur, Thunderbird, possédait moins de 50% de Minority EDM Identities. Le tribunal arbitral a estimé que la condition de contrôle était remplie dès lors qu'il était démontré que l'investisseur avec un contrôle de fait sur l'entreprise : « *the Tribunal has found sufficient evidence on the record establishing an unquestionable pattern of de facto control exercised by Thunderbird over the EDM entities. Thunderbird had the ability to exercise a significant influence on the decision-making of EDM and was, through its actions, officers, resources, and expertise, the consistent driving force behind EDM's business endeavour in Mexico* »⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ « La détention de 10 % des droits de vote, détermine s'il y a ou non une relation d'investissement direct entre l'investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct. La détention de 10 % des droits de vote au moins est considérée comme une preuve nécessaire pour établir que l'investisseur non résident exerce suffisamment d'influence pour intervenir réellement dans la gestion de l'entreprise », Définition de référence de l'OCDE, paragr. 125.

⁷⁷⁷ Définition de référence de l'OCDE, paragr. 135.

⁷⁷⁸ Décision sur la compétence, 16 février 1994, *Vacuum c. Ghana*, affaire CIRDI No. ARB/92/1, paragr. 53, traduction JDI, 2007, pp. 389-402.

⁷⁷⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence ad-hoc (26 janvier 2006), paragr. 107, disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>.

⁷⁸⁰ Ibid., paragr. 107. Le tribunal arbitral ajoutait : « 108. *It is quite common in the international corporate world to control a business activity without owning the majority voting rights in shareholders meetings. Control can also be achieved by the power to effectively decide and implement the key decisions of the business activity of an enterprise and, under certain circumstances, control can be achieved by the existence of one or more factors such as technology, access to supplies, access to markets, access to capital, know how, and authoritative reputation. Ownership and legal control may assure that the owner*

437. L'introduction du critère de contrôle dans la définition de l'investisseur étranger, dans un TBI chinois, autorise les joint ventures sino-étrangères, contrôlées par des sociétés étrangères ou des ressortissants étrangers, à revendiquer, dans certaines conditions, la qualification d'investisseur étranger. A titre d'exemple une joint venture sino-française, société de droit chinois si l'on se réfère aux critères combinés du siège et de l'incorporation, peut elle-même être qualifiée d'investisseur étranger (en l'occurrence française) dès lors qu'elle est « *contrôlée directement ou indirectement indirectement par des nationaux ou par des personnes morales* » de nationalité française, c'est-à-dire qu'elle est une filiale, au sens de la Définition de référence de l'OCDE. De plus, la joint venture doit jouir également de la personnalité morale en Chine⁷⁸¹, ce qui exclut les CJV non dotées de la personnalité morale.

§ 2 Le partenaire étranger

438. Le droit chinois des joint ventures sino-étrangères prévoit que le partenaire étranger peut être aussi bien une personne physique (A) qu'une entité étrangère (B).

A. Le partenaire étranger personne physique

439. Il semble *a priori* simple de déterminer que le partenaire étranger est celui qui ne possède pas la nationalité chinoise. Ainsi, toute personne physique, d'une nationalité autre que chinoise, est un « partenaire » qualifié (1). On relèvera que la résidence de l'investisseur est également un critère utilisé afin d'introduire un élément d'extranéité en droit des investissements (2).

1. La nationalité étrangère comme critère d'extranéité du partenaire

440. Le droit chinois des joint ventures sino-étrangères ne définit pas le terme « étranger » ni ne donne aucun critère permettant de cerner la notion d'« étranger ». Les lois nationales relatives aux investissements étrangers définissent en général l'investisseur étranger personne physique par celui d'une nationalité étrangère : « *The*

or legally controlling party has the ultimate right to determine key decisions. However, if in practice a person exercises that position with an expectation to receive an economic return for its efforts and eventually be held responsible for improper decisions, one can conceive the existence of a genuine link yielding the control of the enterprise to that person ».

⁷⁸¹ Art. 1(2)(b), TBI France-Chine.

term 'foreigner' shall refer to an individual of foreign nationality »⁷⁸². L'article 25(2) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pose également comme critère d'extranéité le fait que l'investisseur possède « *la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend ...* ». Ces textes n'identifient pas le moyen de déterminer la nationalité de l'investisseur étranger.

441. Les TBI renvoient à la loi nationale que le ressortissant revendique afin de déterminer la nationalité d'investisseur : « *The term 'investor' means, (a) natural person who have the nationality of either Contracting Party in accordance with the laws of that Contracting Party* »⁷⁸³, « *the term "natural person of a Contracting Party" means a natural person that has the nationality of that Contracting Party in accordance with its applicable laws and regulations* »⁷⁸⁴, « *The term "investor" means, (a) natural persons who have nationality of either Party in accordance with the laws of that Party* »⁷⁸⁵.

442. Ce principe est conforme à celui posé en droit international privé selon lequel la nationalité d'une personne physique est régie par la loi du pays, dont elle prétend être un ressortissant. L'utilisation des termes « citoyen » et « étranger », dans les PGDC, semble indiquer ce choix. Dans les sentences arbitrales CIETAC publiées, il n'est fait état que de quelques cas d'investisseurs étrangers personnes physiques, parties d'une joint venture sino-étrangère. En témoignage, l'affaire *The Warehouse JV 2001*⁷⁸⁶ relative à un litige opposant un ressortissant canadien, M. L., détenteur de 50% des parts d'une EJV, à son partenaire chinois, la société China J Trade Co., Ltd.

2. La résidence du partenaire comme critère d'extranéité

443. Si le terme « étranger » est restreint au critère de nationalité, aucun ressortissant chinois, citoyen chinois, ne peut devenir un « investisseur étranger » pour les besoins d'une joint venture. Il convient de rechercher, dans quelle mesure, la résidence à l'étranger peut être prise en compte afin de définir le terme « étranger ».

⁷⁸² Art. 1(1), loi coréenne sur la promotion des investissements étrangers du 16 septembre 1998.

⁷⁸³ Art. 1(2)(a), TBI Chine-Pays-Bas 2001.

⁷⁸⁴ Art. 1(3), TBI Chine-Japon-Corée 2012.

⁷⁸⁵ Art. 46(3), accord de libre échange Chine-Pakistan, chapitre IX « Investissements ».

⁷⁸⁶ *The Warehouse JV 2001*, Sentence CIETAC (26 avril 2001) rendue à Pékin, *Sélection de Sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821.

444. Le droit international privé chinois a adopté la résidence habituelle comme principal facteur de rattachement pour la détermination de la loi applicable. Chen Weizuo souligne le rôle décisif que joue la résidence habituelle dans la détermination de la loi applicable aux relations civiles en matière de statut personnel, de capacité, de mariage, ou encore concernant la famille et les successions⁷⁸⁷, et explique ce choix de la résidence habituelle, comme critère de rattachement de la nouvelle loi chinoise sur le droit international privé, « *par la tendance de mondialisation. En effet, les personnes physiques et morales étrangères ou chinoises sont de plus en plus engagées dans les relations civiles. En outre, la résidence habituelle est en général le centre de gravité de la vie d'une personne et dans de nombreux cas, le lieu où la majeure partie de ses biens sont situés* »⁷⁸⁸.

445. La règle de la résidence à l'étranger, adoptée à l'article 10 de la loi sur le droit international privé chinois, était déjà un critère facultatif depuis 1986, utilisée pour déterminer la capacité civile d'un national chinois résidant hors de Chine : « *lorsqu'un citoyen de la PRC s'installe dans un pays étranger, le droit de ce pays peut s'appliquer à sa capacité pour les actes civils* »⁷⁸⁹.

446. En droit international des investissements également, certains instruments utilisent la résidence comme critère d'extranéité. Ainsi, la définition de l'investissement direct, contenue dans le Code de l'OCDE, fait référence à l'investissement étranger effectué « *dans le pays considéré par des non-résidents ...* »⁷⁹⁰. Dans les TBI, le critère de résidence utilisé, à titre alternatif à celui de la nationalité, permet d'étendre, aux résidents permanents, non nationaux de l'Etat contractant, la protection, dont bénéficient les investisseurs ayant la nationalité de ce même Etat contractant. On constate que les récents accords de libre échange, contenant un chapitre investissement, tel que celui conclu entre la Chine et l'ASEAN, adoptent cette terminologie et offrent, dans la définition unifiée de l'investisseur personne physique, également la protection du traité

⁷⁸⁷ CHEN Weizuo, « La nouvelle loi chinoise de droit international privé du 28 octobre 2010 : contexte législatif, principales nouveautés et critiques », *JDI*, n° 2, avril 2011, paragr. 10. L'article 11 de la loi sur le droit international privé chinois dispose : « *La capacité juridique civile d'une personne physique est régie par la loi du lieu de sa résidence habituelle* », *JDI*, n° 2, avril 2011.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, paragr. 10.

⁷⁸⁹ Art. 143, PGDC.

⁷⁹⁰ Annexe A, Liste A, Article I, Code de l'OCDE.

aux « résidents permanents » dans l'un ou l'autre Etat⁷⁹¹. Le critère de « résident permanent » ne semble pas limité à des ressortissants de pays tiers aux Etats contractants. En conséquence, il apparaît possible qu'un ressortissant chinois, ayant sa résidence permanente dans un des Etats de l'ASEAN, puisse au regard de l'accord de libre échange ASEAN-Chine susvisé, être assimilé au statut également accordé au ressortissant de cet Etat de l'ASEAN. Ce ressortissant chinois résidant dans un Etat de l'ASEAN pourrait ainsi devenir un investisseur protégé par le traité de libre échange, au titre de ses investissements en Chine, et ce en dépit de sa nationalité chinoise⁷⁹². Encore faut-il que la lecture de cette disposition constitue une exception valable au principe de mixité des nationalités, imposé par l'article 25 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 en matière d'arbitrage CIRDI.

447. Il est donc raisonnable de considérer que le terme « étranger » utilisé en droit chinois des joint ventures ne saurait être limité à une question de nationalité de l'investisseur, et que l'acception retenue en droit international privé chinois inclut les résidents habituels chinois à l'étranger. Un élément va dans ce sens. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur le droit international privé chinois, le droit chinois semblait dédoubler le recours au critère de la résidence, et ne retenir en réalité comme critère que la localisation en Chine de l'acte civil. Ainsi, la capacité du ressortissant chinois ayant sa résidence à l'étranger était soumise à la loi de son pays de résidence, pour les actes conclus dans ce pays, et à la loi chinoise, pour ses actes conclus en Chine⁷⁹³. En revanche, la capacité du ressortissant étranger était soumise à sa loi nationale, et la loi chinoise ne s'appliquait aux actes civils qu'il avait conclus en Chine que pour le cas où sa loi nationale le déclarait incapable alors que le droit chinois

⁷⁹¹ Art. 1(1)(i) ; art. 135, accord de libre échange Chine-Nouvelle-Zélande : « *Natural person of a Party* means any natural person possessing the nationality or citizenship of, or right of permanent residence in the Party in accordance with its laws and regulations », disponible sur http://www.unctadxi.org/templates/docsearch___779.aspx

⁷⁹² La réciprocité n'est pas nécessairement exacte. En effet, il convient de noter qu'il n'existe pas en droit interne chinois de statut d'étranger résident permanent (à l'exception de celui offert par les régions administratives spéciales de Hong Kong et de Macao). A ce jour, on ne peut affirmer que le ressortissant étranger, ayant sa résidence habituelle en Chine, est un investisseur protégé au sens des TBI chinois comportant le critère de résidence permanente dans la définition de l'investisseur chinois.

⁷⁹³ Art. 179, Commentaire par la Cour suprême des PGDC : « *La capacité d'un citoyen chinois résidant à l'étranger est soumise au droit chinois si [il exécute] un acte sur le territoire chinois ; ou si [il l'exécute] dans le pays où il réside, au droit de ce pays* ».

reconnaissait sa capacité⁷⁹⁴. Désormais, l'article 12(1) de la loi sur le droit international privé chinois bilatéralise complètement la règle, se réfère à la résidence habituelle pour déterminer la loi applicable à la capacité de contracter des personnes physiques (sans référence à une nationalité)⁷⁹⁵, et limite l'application de la loi du lieu de l'acte juridique (*lex loci actus*) au cas où cette loi permet de déclarer l'acte valable : « *Lorsqu'une personne physique a exercé des activités civiles alors que, en vertu de la loi du lieu de sa résidence habituelle, elle n'avait pas la capacité de s'engager dans des actes juridiques civils, mais qu'en vertu de la lex loci actus, elle avait la capacité de s'engager dans des actes juridiques civils, la lex loci actus s'applique, sauf en matière de mariage, famille ou succession* »⁷⁹⁶.

448. L'appréciation de la résidence, hors de Chine continentale, d'un ressortissant chinois, pour les besoins de l'application *ratione personae* d'un TBI chinois, s'est posée dans *Tza c/ Pérou* évoquée ci-dessus. Dans cette affaire, M. Tza, ressortissant chinois avec le statut de résident permanent à Hong Kong, invoquait la protection du TBI Chine-Pérou pour son investissement au Pérou. Le Pérou prétendait que, nonobstant la nationalité chinoise de M. Tza, sa résidence permanente à Hong Kong l'empêchait de bénéficier de la protection *ratione personae* de ce TBI chinois. Le Pérou, qui s'appuyait sur l'expertise de juristes chinois renommés⁷⁹⁷, prétendait que les résidents hongkongais étaient exclus du champ d'application du TBI Chine-Pérou, aux motifs (i) que les instruments commandant les relations entre la Chine continentale et la Région administrative spéciale de Hong Kong, tels que la Déclaration commune ou la Loi fondamentale de Hong Kong, comportent une liste des conventions internationales applicables à Hong Kong sur laquelle ce TBI ne figure pas, et (ii) qu'il existe déjà un certain nombre de TBI conclus par Hong Kong qui sont applicables, dont un TBI conclu entre Hong Kong et le Pérou, d'autre part.

⁷⁹⁴ Art. 180, Commentaire par la Cour suprême des PGDC : « *Lorsqu'un étranger conduit des activités civiles sur le territoire chinois, s'il est incapable selon la loi de son pays d'origine mais a la capacité selon le droit chinois, il doit être présumé avoir la capacité* ».

⁷⁹⁵ Art. 12(1) : « *La capacité juridique des droits en matière civile d'une personne physique est régie par la loi du lieu de sa résidence habituelle* ».

⁷⁹⁶ Art. 12, loi sur le droit international privé chinois.

⁷⁹⁷ Professeurs CHEN An, JIAO Hongchang et HAN Dayuan.

449. Sur le premier point, le tribunal arbitral a estimé que sa mission se limitait aux termes de l'article 25 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et qu'à ce titre, il lui incombait seulement de vérifier que le demandeur, M. Tza, était bien un ressortissant d'un « Etat Contractant ». Se fondant sur les règles générales d'interprétation des traités et sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁹⁸, le tribunal arbitral a relevé que les conditions de nationalité, posées dans le TBI Chine-Pérou, qui se limitait à énoncer « *natural persons who have nationality of the PRC in accordance with its laws* », constituaient l'expression exprès de l'intention des Parties Contractantes⁷⁹⁹. En conséquence, le tribunal arbitral a considéré que le demandeur, ayant rapporté la preuve que tous les ressortissants chinois, y compris ceux d'entre eux résidant à Hong Kong, étaient inclus dans le champ de l'article 25 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, il n'incombait pas au tribunal arbitral d'examiner l'applicabilité d'autres instruments juridiques et d'autres TBI conclus par Hong Kong⁸⁰⁰. Le tribunal a enfin estimé que le Pérou n'avait pas prouvé de façon convaincante que les parties à ce TBI aient eu l'intention d'en exclure les résidents hongkongais⁸⁰¹.

450. Sur le second point, le tribunal arbitral a jugé que le fait qu'Hong Kong conclut ses propres conventions d'investissement avec des Etats qui disposent également d'un TBI avec la Chine n'avait pas un caractère superflu : « *Hong Kong has historically been home to people with multiple nationalities. For that reason the government has deployed a policy that seeks the promotion and protection of investments in other countries for the benefit of all of its residents, regardless of their nationalities.* »⁸⁰². De fait, le tribunal relevait que les TBI conclus par Hong Kong avant et même après 1997, offrent une

⁷⁹⁸ Art. 31(1) : « *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* », Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur au 27 janvier 1980, disponible sur http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf.

⁷⁹⁹ *Tza Yap Shum c. République du Pérou*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (12 février 2007), paragr. 72, citant l'article 1(2)(a) du TBI Chine-Pérou.

⁸⁰⁰ *Tza c/ Pérou*, paragr. 70.

⁸⁰¹ *Id.* paragr. 74.

⁸⁰² *Id.* paragr. 76.

protection à tous les résidents permanents de ce territoire, indépendamment de leur nationalité⁸⁰³.

451. Ainsi, la résidence hors de Chine continentale introduit un élément d'extranéité qui permet à un ressortissant chinois résidant à Hong Kong de bénéficier du statut d'investisseur, protégé par un TBI chinois, sur le seul critère de la nationalité, alors que le droit chinois des investissements étrangers et le droit international privé chinois lui permettent de bénéficier du statut d'investisseur « étranger » en Chine, sur le fondement de sa résidence. Il convient à présent d'examiner l'investisseur étranger personne morale.

B. L'entité étrangère

452. Le volume des investissements étrangers en Chine, devenue en 2003 le premier récipiendaire au monde des investissements étrangers, représente près de 5% de son PIB. Les statistiques relatives à l'origine des investissements montrent qu'ils provenaient en majorité, dans les années 1990, de Hong Kong (55,3% en 1991, 53,4% en 1995, 41% en 1999) du Japon (13,1% en 1991, 8,5% en 1995 et 7,2% en 1999) et de Taiwan (10,1% en 1991, 8,4% en 1995 et 7,2% en 1999), même si durant cette période, l'importance de ces économies a toutefois diminué au profit de multinationales d'Europe (5,7% en 1991 et 1995 et 11% en 1999) des Etats-Unis (7,1% en 1991, 8,2% en 1995 et 9,9% en 1999) et de Singapour (1,2% en 1991, 4,9% en 1999 et 6,2% en 1999)⁸⁰⁴. Dans les années 2000, cette tendance s'est maintenue, puisqu'en 2007, Hong Kong représentait 39% de la provenance des investissements étrangers, le Japon 7,8%, les Etats Unis 7,2% Taiwan 5,8%, la Corée du Sud 4,9%. L'origine nouvelle des investissements étrangers est caractérisée par l'apparition de 13% des investissements en provenance des Iles Vierges britanniques, des îles Caïmans, de Samoa et de l'île Maurice.

453. Cette même fréquence se retrouve dans les nationalités identifiées dans les sentences arbitrales. A titre d'exemple, sur les 103 sentences arbitrales rendues entre 1984 et 2002 publiées dans la sélection des sentences CIETAC, 81 sentences identifient

⁸⁰³ *Id.*

⁸⁰⁴ Statistical Yearbook of China, in W. TSENG, H. ZEBREGS, « Foreign Direct Investments in China : some lessons for others countries », *IMF Policy Discussion Paper*, PDP/02/3 février 2002, Fonds Monétaire International 2002, paragr. 6.

le pays d'origine de l'associé étranger. Plus de la moitié des 81 sentences, soit 42, concernent un investisseur provenant de Hong Kong, 5 de Singapour, 5 des Etats-Unis, 3 du Japon, 2 de Taiwan, 2 du Canada, 1 de France. Il convient de noter que tous ces pays ont, à l'exception des Etats-Unis, conclu un TBI avec la Chine.

454. L'origine asiatique des investissements étrangers traduit une proximité géographique et une origine ethnique des capitaux, celle de la diaspora chinoise (ou chinois d'outre-mer)⁸⁰⁵, qui représente une population de 60 millions d'émigrés chinois ayant ou non conservé la nationalité chinoise, installés dans des foyers d'accueil en Asie, comme Singapour, la Malaisie, la Thaïlande et les Philippines (81% des chinois d'outre-mer), et plus récemment au Canada et aux Etats-Unis (14% des chinois d'outre-mer). Le mode de relations économique et financière, dénommé couramment le réseau de bambou (*bamboo network*), est fondé sur les racines des chinois d'outre-mer, à savoir une identité linguistique (quatre dialectes dont le cantonais) et des origines géographiques communes entre eux (les provinces côtières chinoises du Zhejiang, Fujian et Guangdong)⁸⁰⁶. Selon M. Weindenbaum, les chinois d'outre-mer comptaient en 1998 pour environ 80% du total des investissements étrangers en Chine⁸⁰⁷.

455. Dans les années 1990, les auteurs se sont interrogés sur une éventuelle exagération de la part réelle de la Chine à attirer les investissements directs étrangers, même d'origine asiatique, en raison de l'absence de statistiques chinoises fiables et du phénomène de l'« aller-retour » (*round-tripping*)⁸⁰⁸. L'aller-retour correspond à « une sortie du territoire chinois de capitaux nationaux ou au non-rapatriement de gains

⁸⁰⁵ P. TROLLIET, *La diaspora chinoise*, Presses universitaires de France, 2000 ; P. PICQUART, *L'Empire chinois : histoire et actualité de la diaspora chinoise*, Favre, Lausanne, 2004.

⁸⁰⁶ Pour un historique des chinois d'outre-mer, V. P.-A. CHOUVY, « Les Chinois d'outre-mer des Tchou à Deng Xiaoping : des origines historiques et géographiques d'un phénomène migratoire plus que millénaire », *Cybergeo : European Journal of Geography* [Online], Space, Society, Territory, article 128, mis en ligne le 3 mars 2000, consulté le 26 novembre 2012. URL : <http://cybergeo.revues.org/4375> ; DOI : 10.4000/cybergeo.4375.

⁸⁰⁷ M. WEINDENBAUM, « The bamboo network : Asia's family-tun conglomerates », *Strategy +business*, 1^{er} trimestre 1998, Issue 10. V. également S. Huntington : « L'émergence de la sphère de coprosperité de la Grande Chine a été grandement facilitée par un « réseau de bambou » reposant sur des relations familiales et personnelles, et par une culture commune. Les Chinois de l'étranger sont bien mieux à même que les Occidentaux et les Japonais de faire des affaires en Chine. En Chine, la confiance et les engagements dépendent des contacts personnels, pas de contrats, de lois ou d'autres documents locaux », *Le choc des civilisations*, Odile Jacob 2007, pp. 185-187.

⁸⁰⁸ Wanda TSENG et H. ZEBREGS, « Foreign Direct Investments in China : some lessons for others countries », *IMF Policy Discussion Paper*, PDP/02/3 février 2002, Fonds Monétaire International 2002, paragr. 5.

qu'une entreprise fait transiter à travers une juridiction accommodante afin qu'à leur retour ces capitaux et gains puissent s'investir conformément au traitement préférentiel réservé aux investissements étrangers »⁸⁰⁹. Ce phénomène, identifié notamment par HUANG Yasheng, consiste en pratique en un « *direct investment made in China by overseas subsidiaries or affiliates of companies headquartered in China* »⁸¹⁰. Comme l'indique Th. Pairault, si l'on ajoute Hong Kong, les Iles Vierges britanniques et Singapour, « *ce sont près de 60% des IDE qui ont pour origine des pays ou territoires souvent classés comme paradis bancaires, judiciaires et fiscaux* »⁸¹¹. XIAO Geng a comparé les statistiques chinoises des investissements directs étrangers avec les statistiques d'investissements directs étrangers de sept régions sources d'investissements (Etats-Unis, Allemagne, Japon, Corée du Sud, Taiwan, Singapour et Hong Kong) pour estimer que le volume moyen de l'aller-retour s'élève à un tiers des investissements directs étrangers, avec une fourchette de 25,5% à 42,4%⁸¹².

456. Cet aller-retour ne tient pas seulement au souhait des investisseurs chinois de bénéficier du statut offert aux entreprises à capitaux étrangers, à savoir : (i) des avantages fiscaux et incitations fiscales, (ii) une protection de leur droit de propriété, (iii) une prévisibilité du contrôle des changes et du taux de change, (iv) une compétitivité des services financiers à Hong Kong et à l'étranger⁸¹³. L'incorporation à l'étranger pour réinvestir en Chine répond au besoin de nombreuses entreprises chinoises privées, constituées en PRC, d'aller chercher refuge à Hong Kong, afin d'échapper au sort de certaines entreprises chinoises privées, contraintes par les autorités continentales de racheter des unités chinoises, ruinant les entrepreneurs.

⁸⁰⁹ Th. PAIRAULT, « Le rôle des investissements directs entrants et sortants en Chine : une appréciation », *Région et Développement* n°31-2010, pp.123-124

⁸¹⁰ HUANG Yansheng, *op. cit.*, p. 35.

⁸¹¹ Th. PAIRAULT, « Le rôle des investissements directs entrants et sortants en Chine : une appréciation », *Région et Développement* n°31-2010, p. 123.

⁸¹² XIAO Geng, « *People's Republic of China's round-tripping FDI : Scale, causes and Implications* », Asian Development Bank, 2004, p. 22. Pour Hong Kong, la proportion des investissements directs étrangers vers la Chine Continentale s'élève à 91,3% en 2001, et il estime que le ratio du round-trip s'élève à une moyenne de 39,9% (p. 21). Ce ratio est inférieur à celui des Etats-Unis pour lesquels il note un ratio de round-trip de 61,8%, avec une fourchette de 55,1% à 68,5%, p. 18.

⁸¹³ XIAO Geng, *op. cit.*, p. 11. V. également W. VLECK, « Byways and Highways of Direct Investment : China and the Offshore Word », *Journal of Current Chinese Affairs*, 39, 4, pp. 111-142.

457. Il ne semble pas que les arbitres aient eu l'occasion de statuer sur une demande fondée sur un abus d'utilisation d'un écran situé à HK pour « internationaliser » l'investissement et offrir ainsi à un investisseur chinois le bénéfice du statut d'entreprise à capitaux étrangers. L'affaire *Shanghai Food Factory JV 1995*⁸¹⁴ illustre une forme de montage typique des accords de joint ventures, dans lesquels une société chinoise a tenté, sans passer par un aller-retour à Hong Kong, d'investir, es qualité de partie étrangère, dans le capital d'une joint venture. Dans cette affaire, un premier contrat de joint venture avait été conclu le 14 avril 1992 entre une société de Hong Kong (défenderesse) et une société chinoise dénommée Shanghai XX Food Company (non partie à l'arbitrage) afin de constituer d'une CJV dénommée Hugang Shanghai Food Company Ltd. Ce contrat avait été approuvé le 27 avril 1992. Un second contrat de CJV avait été conclu le 8 juillet 1992 entre la société de Hong Kong et la société chinoise XX (demanderesse), prévoyant que la société de Hong Kong constituerait la nouvelle joint venture avec la première joint venture Hugang Shanghai Food Company Ltd., et que la société chinoise XX supporterait 30% des apports à souscrire par la société hongkongaise. Ce second contrat n'a pas fait l'objet d'une approbation écrite des autorités de Shanghai. La société chinoise XX (demanderesse) a demandé, deux ans plus tard, au tribunal arbitral de constater la nullité du second contrat de CJV, aux motifs qu'elle l'avait utilisé, en contournant les dispositions de la loi sur les CJVs, pour apparaître comme la partie étrangère dans le capital de la joint venture sino-étrangère. Elle arguait également du défaut d'approbation du contrat par les autorités chinoises. La défenderesse hongkongaise affirmait la légalité des termes et du contenu du contrat ainsi que de la procédure suivie : la société tierce, partenaire chinoise du contrat, l'avait accepté et le contrat avait été approuvé oralement. Selon la défenderesse, le contrat avait été exécuté et la demande d'arbitrage en nullité ne visait en réalité qu'à lui faire supporter, à elle seule, société hongkongaise, les pertes subies par la seconde CJV. Le tribunal arbitral relevait qu'aux termes du second contrat de CJV, la demanderesse supportait 30% des apports à souscrire par la société hongkongaise. Le tribunal s'est abstenu de qualifier les liens entre les deux contrats, mais a relevé que le second contrat de CJV constituait soit une modification du contrat initial soit d'une cession de parts de

⁸¹⁴ *Shanghai Food Factory JV Case 1995*, Sentence CIETAC (3 mai 1995) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 1.

joint venture⁸¹⁵, de sorte que le second contrat aurait dû être approuvé par écrit, ce qui n'avait pas été le cas. Le tribunal arbitral, se référant à l'objet de l'article 1^{er} de la loi sur les CJV, à savoir la constitution de joint ventures entre un partenaire chinois et un partenaire étranger, concluait à la nullité du second contrat de CJV, puisque la demanderesse, partenaire chinois, avait contourné la loi en constituant en réalité, par l'intermédiaire du partenaire hongkongais, une CJV avec un partenaire chinois : *« En un mot, au travers du contrat de CJV, conclu avec la défenderesse de Hong Kong, la partie chinoise (demanderesse) a établi une CJV avec une société tierce, [en agissant] en capacité de la société de Hong Kong, ce qui est un contournement du droit. En conséquence, le tribunal arbitral décide que la CJV est nulle et que les deux parties en assument la responsabilité ».*

458. Les conditions relatives aux parties au contrat de joint venture soulèvent des questions de droit international privé, de droit chinois des investissements étrangers et de droit international des investissements. La compréhension des concepts d'« investisseur » et de « nationalité » utilisés dans le droit interne et dans les sentences trouve toute sa signification dans le droit international des investissements, où le droit des joint ventures sino-étrangères puise son inspiration. On perçoit toutefois que les concepts ont considérablement évolué dans la pratique des TBI chinois et la jurisprudence arbitrale, mais également en droit international privé chinois et en droit chinois des sociétés, de sorte que les critères des parties au contrat de joint venture sino-étranger se sont considérablement éloignés, en trente cinq années, de la pratique juridique contemporaine et sont dépassés. Considérablement détournés dès l'origine, par les nationaux eux-mêmes, afin de gagner accès à un statut privilégié comparé au droit et règles économiques applicables aux entreprises chinoises, embarqués dans le grand mouvement chinois de la sociétéisation, de la privatisation et de l'internationalisation des mouvements de capitaux, ces critères ont montré leurs limites et l'on peut se demander s'ils ont jamais été appliqués.

459. Il n'en va pas de même de la seconde grande condition de validité des conventions de joint ventures, le consentement des parties au contrat, condition qui révèle la construction du droit de la formation des contrats chinois, auxquels les sentences

⁸¹⁵ Arts. 7 et 10, loi sur les CJV.

arbitrales relatives aux contrats de joint ventures sino-étrangères apportent une contribution importante.

Section II Le consentement

460. Le consentement au contrat, est un domaine hybride du droit chinois des contrats. Il inclut le concept d'existence du consentement, d'une part et celui de la sincérité de ce consentement, d'autre part. L'existence du consentement, longtemps ignoré du droit chinois des contrats, est une condition de formation du contrat de droit chinois. La sincérité du consentement est en revanche considérée comme une condition de validité du contrat. Ces deux facettes du consentement, existence (§ 1) et sincérité (§ 2), seront examinées tour à tour dans la présente section.

§ 1 L'existence du consentement

461. L'existence du consentement, bien que fondamental de la formation du contrat, constitue un des domaines négligés du droit chinois, les juristes préférant de beaucoup concentrer leurs recherches sur les conditions de validité du contrat⁸¹⁶. L'apparition tardive du concept de consentement dans le droit positif chinois nécessite que l'on distingue entre le régime juridique pré-1999 de la formation des contrats (A), d'une part, et de celui introduit par la loi sur les contrats, d'une part (B).

A. Le régime du consentement dans le droit des contrats antérieur à la loi sur les contrats

462. Le consentement n'est pas un concept au centre de la formation du contrat dans le régime juridique interne pré-1999. En accédant en 1986 à la CVIM, la Chine avait reconnu le principe du consentement du contrat fondé sur l'échange des consentements et l'acceptation d'une offre, en matière de contrat de vente internationale de marchandises⁸¹⁷. Les nombreuses sentences arbitrales rendues en Chine, en application de la CVIM, confirment que les arbitres dès avant 1999 avaient assimilé ce principe et se

⁸¹⁶ V. ZHENG Yunrun, « Studies on certain issues of the General Principles of Contract Law », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, (2003) 7, pp. 28-58, p. 29-30.

⁸¹⁷ Sur la CVIM, v. paragr. 99 *supra*. Art. 23 : « Le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention ».

fondaient sur l'acceptation d'une offre, comme mécanisme de formation du contrat de vente internationale⁸¹⁸.

463. En droit chinois des contrats internes et internationaux, la formation d'un contrat est définie, le plus souvent, par l'accord des parties sur le texte et l'apposition de la signature des parties sur le contrat⁸¹⁹. En revanche, les textes contemporains ne définissent pas le mécanisme par lequel les parties parviennent à cet accord. Dans ce régime, l'accord des volontés, constitué par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, comme fondement de la conclusion du contrat reste jusqu'en 1999 inconnu du droit chinois. Le droit chinois des contrats et le droit chinois des investissements étrangers énoncent un certain nombre de concepts et de principes de formation contractuelle : (i) égalité et d'avantage réciproques, (ii) libre accord par la négociation, (iii) volontarisme et (iv) sincérité de l'intention exprimée, sans expliquer le rôle que ces notions, jouent dans la formation du contrat⁸²⁰. Comme l'indique X-Y Li-Kotovtchikhine, la loi sur les contrats économiques avec l'étranger « formulait plutôt une déclaration d'intention que

⁸¹⁸ Sur l'article 23 de la CVIM, v. *High tensile steel bar case case*, sentence CIETAC (25 octobre 1994), Traduction anglaise disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941025c1.html> ; *Pig iron case*, sentence CIETAC (25 décembre 1998), Traduction anglaise disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981225c1.html>; *Wool and Wooltop case case*, sentence CIETAC (16 septembre 2005) : « *The Arbitration Tribunal deems that the [Buyer]'s signing the three order confirmations, which were effective offers, has constituted an acceptance. Based on the aforesaid article 18(2) of the CISG, as a buyer, the [Buyer] faxed the acceptance to the offeror; therefore, the acceptance became effective upon the arrival to the offeror. Meanwhile, pursuant to the aforesaid article 23 of the CISG, the three order confirmations became effective when the [Buyer] faxed them to the agent of the [Seller] with its signatures. Thus, the Arbitration Tribunal does not support the [Buyer]'s assertion that there was no contract between the [Buyer] and the [Seller]* », Traduction anglaise disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080109c1.html>. Pour une claire distinction entre les questions de formation du contrat soumises à la CVIM et les questions de validité soumises, dans le silence de la CVIM sur ce point, au droit chinois, v. *Metallic silicon case*, sentence CIETAC (9 janvier 2008) : « *After investigation, the Tribunal finds that the parties concluded the Contract on 23 May 2006. The parties did not object to this fact. The parties' signing the Contract constituted an effective offer and acceptance. Article 23 of the CISG provides that, « A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention ». Therefore, the Contract was effectively concluded. Since the CISG does not govern the matters of validity of a contract, the Tribunal applies the Chinese law to determine whether the Contract was valid. The Tribunal notes that the parties signed the Contract and the content of the Contract did not violate any of the mandatory provisions of the Chinese law. According to Article 44 of the Contract Law of the People's Republic of China, « A lawfully formed contract becomes effective upon its formation." rights and bear obligations under the Contract ».* Traduction anglaise disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080109c1.html>

⁸¹⁹ « *Un contrat est établi (chengli, 成立) lorsque les parties parviennent à un accord sur les articles, par écrit, en signant leur nom. [...]* », Art. 7(1), loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

⁸²⁰ Art. 4, PGDC ; art. 4, loi sur les contrats économiques avec l'étranger ; art. 1^{er}, lois sur les EJV et les CJV.

de véritables principes de droit lorsque son article 3 mentionnait l'égalité et le respect réciproque des intérêts, et la nécessité de négocier afin d'aboutir à un accord »⁸²¹.

464. Aucun de ces principes n'incorpore le principe du consentement ou de l'autonomie de la volonté pour exprimer la formation du contrat. La méthode utilisée par les arbitres passe donc par une multiplication des formules, fondée sur la combinaison des principes susvisés, et confirme l'inadaptation de ces principes à caractériser un consentement et à exprimer le concept d'accord de la volonté des parties au contrat.

1. Le principe d'égalité et d'avantage réciproques

465. Le principe d'égalité et d'avantages réciproques (*pingdeng huli*, 平等互利) est un des cinq principes de co-existence pacifique, adoptés par la Chine post-1949, dans ses relations internationales. Ils sont affirmés dans le préambule de la Constitution de la RPC⁸²². Le principe d'égalité et d'avantages réciproques est ainsi également utilisé comme principe de formation d'accords de coopération et d'investissement entre personnes privées. Ces principes ont été mis en œuvre dans le cadre des relations internationales économiques sino-étrangères et sont énoncés comme le fondement de la promotion des investissements réciproques, dans les TBI chinois⁸²³ et de l'établissement des entreprises à capitaux étrangers en Chine⁸²⁴.

466. La loi sur les contrats économiques avec l'étranger dispose que la conclusion (*dingli*, 订立) du contrat doit respecter deux principes : (i) le principe d'égalité et d'avantages réciproques et (ii) le principe du libre accord obtenu par une négociation (*xieshang yizhi*, 协商一致)⁸²⁵. Le droit chinois des investissements ancre également l'établissement (*sheli*, 设立) de la joint venture sino-étrangère dans le principe d'égalité

⁸²¹ X-Y LI-KOTOVTCHIKHINE, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 2002, pp. 113-163.

⁸²² « La Chine poursuit une politique extérieure indépendante et autonome, et soutient les cinq principes qui sont : respect mutuel de la souveraineté et de l'intégrité territoriale, non-ingérence réciproque dans les affaires intérieures, égalité et avantages réciproques, coexistence pacifique », disponible sur <http://mjp.univ-perp.fr/constit/cn1982.htm>.

⁸²³ Sur la mise en œuvre du principe d'égalité et d'avantages réciproques en droit international économique chinois, v. WANG Guiguo, « The new neo-confucianism and international economic law », *The Journal of World Investment*, Vol. 1, No. 1, juillet 2000, pp. 137-196, p. 182 et 188-189.

⁸²⁴ V. également, M. PEARSON, *Joint ventures in the People's Republic of China*, Princeton University Press, 1991, p. 48

⁸²⁵ Art. 3, loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

et d'avantages réciproques⁸²⁶. S'il trouve sa place dans un rapport de coopération économique entre Etats, ou entre un investisseur étranger et un Etat, il est toutefois difficile d'expliquer et d'appliquer à la formation du contrat de joint venture sino-étrangère, ce principe qui, en matière de rapports juridiques de droit privé, s'apparente au mieux à une formule de style.

467. La partie « discussion » des sentences arbitrales comporte le plus généralement une section intitulée « validité du contrat », dans laquelle le tribunal arbitral rappelle les conditions de la formation du contrat litigieux et détermine la validité du contrat de joint venture. Même en l'absence de tout litige entre les parties sur ce point, les sentences traditionnellement comportent une discussion sur le point. Afin de constater l'existence la conclusion du contrat, la première génération de sentences arbitrales s'appuie abondamment sur ce principe d'égalité et d'avantages réciproques : « *le contrat de CJV signé le 9 juin 1987 entre le demandeur et le défendeur a été conclu en vertu du principe d'égalité et d'avantages réciproques et moyennant des négociations amiables* »⁸²⁷, « *Le contrat d'EJV entre le demandeur et le défendeur du 28 février 1989 a été signé par les parties en vertu du principe des avantages réciproques et par des négociations amiables* »⁸²⁸.

2. Le principe du libre accord par la négociation

468. La conclusion du contrat doit également se conformer au principe du libre accord par la négociation (*xieshang yizhi*, 协商一致) évoqué ci-dessus. Le droit chinois des contrats n'explique pas ce qui caractérise la négociation contractuelle, ni de quelle façon elle cristallise l'échange du consentement. Certaines sentences arbitrales usent de cette notion de libre accord par la négociation, afin de décrire le consentement des parties : « *Conformément aux faits susmentionnés ci-dessus, le tribunal arbitral considère que, puisque le contrat d'EJV est un accord obtenu par les négociations entre les deux*

⁸²⁶ Art. 1er, loi sur les EJV de 1979 et de 2001 : « [...] la PRC autorise [...] à s'associer avec [...] pour l'établissement conjoint d'entreprises mixtes [EJV] sur le territoire de la RPC, conformément au principe d'égalité et d'avantages réciproques et sur approbation du gouvernement chinois » ; art. 1er, loi sur les CJV de 2000.

⁸²⁷ *The Golf Club Joint Venture Case 1998*, Sentence CIETAC (12 June 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 223, traduction de l'auteur.

⁸²⁸ *The Resin Production JV Case 1998*, Sentence CIETAC (7 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168, traduction de l'auteur.

parties, et qu'il a été approuvé par l'autorité d'approbation conformément au droit de la RPC, il est légalement valable et les parties doivent exécuter les obligations prévues au contrat »⁸²⁹, « *Le contrat litigieux est légalement valable entre les parties puisqu'il a été conclu par les représentants des parties moyennant des négociations suffisantes [...]* »⁸³⁰.

469. Le plus souvent, le tribunal précise ce libre accord par la négociation, en le combinant avec le principe d'égalité, afin de caractériser la conclusion du contrat par des « *négociations fondées sur l'égalité* » (*pingdeng xieshang*, 平等协商) : « *L'accord, le contrat et les statuts de la CJV signés le 27 novembre 1992 ont été conclus sur la base de négociations fondées sur l'égalité* »⁸³¹, « *Le tribunal arbitral considère que l'accord et le contrat de CJV ont été signés à la suite de négociations entre les parties fondées sur l'égalité, et ont été approuvés par l'autorité compétente de l'Etat. En conséquence, ils sont valables* »⁸³², « *Le tribunal considère que l'accord de politique préférentielle a été conclu entre les parties au contrat de joint venture à la suite de négociations fondées sur le principe d'égalité. Il a été reconnu par la CJV conjointement établie par les parties. En conséquence, l'accord de politique préférentielle est valable et lie les parties* »⁸³³. Ce principe du libre accord par la négociation est occasionnellement précisé par sa combinaison avec celui de la « *négociation amiable* » (*youhao xieshang*, 友好协商)⁸³⁴.

⁸²⁹ *Paper Mill 2000*, Sentence CIETAC (10 août 2000) rendue à Pékin, v. note 214 *supra*, traduction de l'auteur.

⁸³⁰ *Aquaculture JV Case 1997*, Sentence CIETAC (30 juillet 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48, traduction de l'auteur.

⁸³¹ *The Delicious Catering JV Case 1999*, Sentence CIETAC (11 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 181, traduction de l'auteur.

⁸³² *The XX Great Hotel JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 653, traduction de l'auteur.

⁸³³ *The XX Real Estate Development JV Case 2004*, Sentence CIETAC (12 avril 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1085, traduction de l'auteur.

⁸³⁴ *The Golf Club Joint Venture Case 1998*, Sentence CIETAC (12 juin 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 223, traduction de l'auteur, cité paragr. 467 *supra* ; *The Resin Production JV Case 1998*, Sentence CIETAC (7 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168, traduction de l'auteur, cité paragr. 467 *supra*. Pour un contrat conclu après 1999, v. également *The Shenzhen XX Biotechnology Co. Ltd. JV Case 2004*, Sentence CIETAC (1er juillet 2004) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1137, contrat de joint venture conclu le 11 janvier 2000.

3. La sincérité de l'intention exprimée

470. Dans certaines sentences de cette première génération, les concepts de la sincérité de l'intention exprimée (*yisi biaoshi zhenshi*, 意思表示真实)⁸³⁵ et de la sincérité de la volonté (*zhenshi yiyuan*, 意思意愿) apparaissent également comme les fondements de la recherche de l'accord des volontés. La sincérité du consentement est en réalité une des trois conditions de fond de « validité » des actes juridiques: (1) la partie jouit de la capacité civile, (2) l'intention exprimée est sincère et (3) l'acte n'est pas contraire à la loi ou à l'intérêt public. Or, dans le contexte de ces sentences arbitrales, le propos n'est pas de déterminer si la volonté présente un caractère sincère, mais de reformuler ce concept afin d'exprimer l'idée, absente du droit chinois des contrats, de la nécessité de l'existence du consentement et de la rencontre des deux volontés : « *Le contrat de CJV a été conclu sur le fondement de l'égalité, des bénéfices réciproques et des négociations amiables, et exprime l'intention véritable des deux parties [...]* »⁸³⁶, « *le contrat de joint venture a été conclu entre les parties, moyennant des négociations amiables, conformément au principe d'égalité et de bénéfices réciproques, et exprime l'intention véritable des deux parties [...], et a fait l'objet des formalités d'approbation conformément à la loi sur les EJV. En conséquence, ce contrat est valable et lie les deux parties* »⁸³⁷, « *le contrat de CJV représente l'intention véritable des deux parties intéressées* »⁸³⁸. « *Le contrat de CJV et les statuts, dans cette affaire, ont été signés par les parties sur un fondement volontaire et reflètent l'intention sincère des deux parties [...]* »⁸³⁹.

471. La sincérité du consentement, condition de validité du contrat, a ainsi été reformulée et transposée par les arbitres afin de constater l'existence d'un contrat, et pour pallier ainsi l'inexistence du concept de rencontre des volontés dans le droit positif. Les sentences rendues à partir de 1999 annoncent un changement du droit positif et

⁸³⁵ Art. 55, PGDC.

⁸³⁶ *The Guangzhou Dyeing JV Case 1998*, Sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73, traduction de l'auteur.

⁸³⁷ *The XX Boutique JV Case 1999*, Sentence CIETAC (6 avril 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 388, traduction de l'auteur.

⁸³⁸ *The XX Beer House JV Case 1999*, Sentence CIETAC (3 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 614, traduction de l'auteur.

⁸³⁹ *The Shenzhen Alloy Industrial JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 691, traduction de l'auteur.

s'efforcent d'intégrer les nouveaux concepts énoncés dans la loi sur les contrats du 1^{er} octobre 1999.

B. Le principe du volontarisme et le régime de la loi sur les contrats

472. Le droit des contrats des pays de droit continental définit le contrat comme un accord de deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître une ou plusieurs obligations⁸⁴⁰. Le droit chinois des contrats appartient à cette tradition et définit le contrat comme un accord aux termes duquel « *les personnes physiques, les personnes morales et les autres organisations, en qualité de parties égales, établissent, modifient et mettent fin à des relations et à des obligations civiles* »⁸⁴¹. Si cette disposition conserve la référence au principe d'égalité des parties, la référence à la négociation est abandonnée, et le droit chinois des contrats rejoint le mode occidental de formation du contrat, caractérisé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation : « *les parties concluent le contrat au moyen d'une offre et d'une acceptation* »⁸⁴². Le contrat est réputé formé au moment où l'acceptation devient effective⁸⁴³.

473. Sans affirmer explicitement le principe de l'autonomie de la volonté, la nouvelle loi reprend le principe du « volontarisme » ou « volontairement » (*ziyuan*, 自愿), qui devient le fondement du consentement des contractants⁸⁴⁴. Ce principe était déjà exprimé en droit civil, dans les quatre principes fondamentaux du droit civil chinois⁸⁴⁵. Dès avant 1999, les sentences arbitrales en ont fait un large usage, sous l'expression de « *négociations volontaires* » (*ziyuan xieshang*, 自愿协商) : « *Les parties ont conclu un contrat de joint venture le 29 mars 1989 moyennant des négociations volontaires [...]* »⁸⁴⁶.

⁸⁴⁰ Art. 1101, Code civil. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz 2009, paragr. 49.

⁸⁴¹ Art. 2, loi sur les contrats.

⁸⁴² art. 3, loi sur les contrats.

⁸⁴³ art. 25, loi sur les contrats.

⁸⁴⁴ Art. 4, loi sur les contrats : « *les parties ont, en vertu de la loi, le droit de contracter volontairement, aucune unité ni aucun individu ne peuvent intervenir illégalement dans l'exercice de ce droit* ».

⁸⁴⁵ L'art. 4 des PGDC dispose : « *Dans les rapports civils, les principes du volontarisme, de l'équité, de la réparation à concurrence équivalente, de l'honnêteté et de la bonne foi seront observés* ».

⁸⁴⁶ *The XX Costume Co. Ltd JV Case 1998*, Sentence CIETAC (30 avril 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 19, traduction de l'auteur. V. également *XX Printing and*

474. Comme le remarque la doctrine chinoise « *La loi [de 1999] n'utilise pas l'expression « yi si zi zhi », c'est à dire l'autonomie de la volonté, mais le terme de « zi yuan » signifiant littéralement « volontairement », comme le font les PGDC* »⁸⁴⁷. Les auteurs sont en désaccord sur le point de savoir si le refus du législateur de consacrer l'expression d'autonomie de la volonté - qui apparaissait dans le projet de loi puis a disparu du texte final - traduit un souhait de minorer cette idée, ou bien s'il s'agit d'une volonté de siniser le concept⁸⁴⁸. ZHANG Mo relève que ce principe contient fondamentalement deux aspects, le droit des parties de conclure volontairement un contrat dans les limites de la loi, d'une part, et l'interdiction faite à toute entité ou personne physique d'interférer illégalement dans le processus contractuel, d'autre part⁸⁴⁹.

475. Les espèces dans lesquelles un tribunal constate la nullité du contrat de joint venture sino-étrangère pour absence de consentement sont rares. Toutefois, dans une affaire ancienne, *Ningxia Leather JV 1987*⁸⁵⁰, le tribunal arbitral n'a pas hésité à estimer, à la demande du partenaire américain que le contrat de joint venture était nul pour défaut d'accord sur un certain nombre de questions et défaut de signature de l'associé américain. Dans cette affaire, les parties avaient signé un contrat de joint venture sino-étrangère qui avait été soumis aux autorités chinoises pour approbation. L'autorité d'approbation avait demandé que des modifications soient apportées au contrat avant de l'approuver. Les partenaires étaient convenus verbalement d'un certain nombre de ces modifications, mais n'avaient pas signé de nouveau contrat. Le partenaire chinois (défendeur), qui ne contestait pas les faits, avait alors modifié unilatéralement le contrat, en apportant des modifications dont certaines n'avaient pas été convenues. Sans adresser le contrat amendé à son associé, le partenaire chinois l'a soumis à approbation, puis avait obtenu le versement de l'apport par l'associé américain. Saisi, en application d'un compromis d'arbitrage, d'une demande de l'associé américain en nullité du contrat de joint venture modifié et en restitution de son

Dyeing Mill JV Case 2004, Sentence CIETAC (25 mai 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1112, *The Shenzhen XX Biotechnology Co. Ltd. JV Case 2004*, Sentence CIETAC (1er juillet 2004) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1137.

⁸⁴⁷ X-Y LI-KOTOVTCHIKHINE, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 2002, pp. 113-163.

⁸⁴⁸ ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, pp. 54-56

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁸⁵⁰ Sentence CIETAC (2 février 1987), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°24, p. 88.

apport, le tribunal arbitral estimé que ce contrat était effectivement nul pour défaut de signature de l'associé étranger et pour « *incompleteness of the consultation procedure* » entre les parties, et a ordonné la restitution de l'apport.

§ 2 La sincérité du consentement

476. La sincérité du consentement constitue l'une des trois conditions de validité des contrats posées en droit chinois des contrats⁸⁵¹. On retrouve, en droit commun des contrats chinois, la trilogie classique du droit français en matière de vices du consentement, à savoir l'erreur (*wujie*, 误解)⁸⁵², le dol (*qizha*, 欺诈)⁸⁵³ et la violence (*xiepo*, 胁迫)⁸⁵⁴. A ces trois conditions, s'ajoutent la lésion (*xianshi gongping*, 显失公平)⁸⁵⁵ et l'abus de faiblesse (*cheng ren zhi wei*, 乘人之危)⁸⁵⁶. Des litiges en matière de conclusion de contrats de joint ventures sino-étrangères, relatifs à certains des vices des consentements mentionnés ci-dessus, ont été soumis aux tribunaux arbitraux. On constatera l'embarras, voire une certaine absence de volonté, des arbitres d'examiner le fond des allégations qui leur sont soumises en matière de dol (A), d'abus de faiblesse (B) et de violence (C), et, lorsqu'ils le font, la difficulté de mettre en œuvre les conséquences juridiques.

A. Le dol

477. Un comportement est caractérisé de dolosif, en droit civil chinois, dès lors qu'une partie « *déforme volontairement ou cache volontairement des faits à une autre partie et en conséquence persuade l'autre partie de formuler une expression d'intention erronée* »⁸⁵⁷. Le dol, qui était sanctionné par la nullité absolue du contrat⁸⁵⁸, ne le reste, depuis la

⁸⁵¹ Art. 55, PGDC, les deux autres conditions étant la capacité civile et la conformité du contrat à la loi ou à l'intérêt public. Art. 52, loi sur les contrats.

⁸⁵² Art. 59(1), PGDC, art. 54(1), loi sur les contrats.

⁸⁵³ Art. 58(3), PGDC, art. 52(1), loi sur les contrats.

⁸⁵⁴ Art. 52(1), loi sur les contrats.

⁸⁵⁵ Art. 54(1), loi sur les contrats.

⁸⁵⁶ L'article 58 des PGDC et les articles 52 et 54 de la loi sur les contrats invalident le contrat obtenu par la fraude, la violence ou l'abus de faiblesse.

⁸⁵⁷ Art. 68, avis de la Cour suprême sur les PGDC.

⁸⁵⁸ Art. 58(3), PGDC ; art. 10, loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

loi sur les contrats du 1^{er} octobre 1999, que dans les cas où le dol affecte les intérêts de l'Etat⁸⁵⁹. Il est, dans les autres cas, désormais sanctionné par une nullité relative⁸⁶⁰.

478. En matière de joint ventures sino-étrangères, le comportement dolosif est le plus souvent caractérisé par la dissimulation, par une partie, de faits, de la réalité de droits de propriété, ou de relations juridiques pré-existantes ou concomitantes à la conclusion du contrat de joint venture, de manière à forcer le consentement du futur partenaire. Selon la doctrine chinoise, les tribunaux adoptent en général, en matière contractuelle, une interprétation extensive de la notion du dol et, en particulier, ne distinguent pas clairement les manœuvres frauduleuses commises, dans le cadre de la formation du contrat, de celles commises durant l'exécution du contrat⁸⁶¹. En matière de contrats de joint ventures, les arbitres doivent toutefois distinguer les manœuvres dolosives précontractuelles de celles exercées durant l'inexécution contractuelle.

479. En matière d'apport, la surévaluation dans le contrat de joint venture de l'apport en nature à effectuer par une des parties constitue-t-elle une manœuvre frauduleuse précontractuelle ou bien une violation de l'obligation de réalisation d'un apport conforme au contrat ? Dans l'affaire *Resin Product JV 1998*⁸⁶², le partenaire chinois (demandeur) sollicitait la nullité du contrat d'EJV au motif que son partenaire étranger l'avait, par des manœuvres dolosives, trompé sur le prix réel, sur le marché international, d'équipement importé par l'intermédiaire du partenaire étranger et payé par le partenaire chinois. Ce matériel, estimé pour les besoins de l'apport à 614.000 USD, s'était avéré être d'occasion, et avait été expertisé, pour une valeur en l'état de 150.000 USD, et à neuf de 233.700 USD⁸⁶³. Le tribunal arbitral a estimé que l'allégation de tromperie relevait du domaine de l'exécution et non de celui de la formation du contrat, et n'affectait donc pas la validité du contrat d'EJV : « *S'agissant de l'allégation du demandeur selon laquelle*

⁸⁵⁹ Art. 52(1), loi sur les contrats

⁸⁶⁰ Art. 54(1), loi sur les contrats.

⁸⁶¹ Art. 54(2), loi sur les contrats. LING Bing, *Contract law in China*, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 2010, paragr. 4.065, p. 180.

⁸⁶² *The Resin Product JV Case 1998*, Sentence CIETAC (7 mai 1998), rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168.

⁸⁶³ « *Le défendeur devait faire un apport de 385.000 USD sous forme d'équipement et était responsable de l'importation de cet équipement. Néanmoins, le défendeur a utilisé la méconnaissance du demandeur du prix du marché international des agents adhésifs et a faussement estimé le prix de l'ensemble de machines à 614.000 USD. Le défendeur a incité le demandeur à signer le contrat d'EJV le 28 février 1989 en usant d'une stratégie frauduleuse* ». *The Resin Product JV Case 1998*, *Ibid.*, traduction de l'auteur.

le défendeur l'aurait trompé, en important des équipements d'occasion et en indiquant un prix erroné, le tribunal considère que cette question relève de l'exécution du contrat d'EJV et est sans incidence sur la validité du contrat d'EJV. En conséquence, le contrat d'EJV est valide et lie juridiquement les parties »⁸⁶⁴.

480. L'examen de l'allégation de dissimulation d'informations, relatives au financement initial de la joint venture et à la détermination des apports des parties, est conduit de façon lapidaire par les arbitres, qui s'abstiennent le plus souvent de statuer sur les allégations. Deux affaires témoignent de cette indifférence des arbitres au contenu des négociations qui ont menées à la conclusion du contrat, quant à la qualité et à la disponibilité du site immobilier, objet de l'apport de la partie chinoise. Dans la première affaire, *Guangzhou XX Building JV Case 1999*⁸⁶⁵, l'associé hongkongais (demandeur) reprochait à son partenaire chinois (défendeur) d'avoir dissimulé, durant les pourparlers d'un contrat de CJV conclu le 12 mars 1993, relatif à un projet de construction immobilière à Canton, ne pas être titulaire du droit d'usage des terres dont il devait faire l'apport, et qu'il avait en réalité déjà conclu, le 28 mars 1992, un protocole de coopération tripartite avec deux autres sociétés cantonaises, dont la succursale de Canton de la société mère chinoise XX, pour la réalisation du même projet immobilier. S'étant révélé incapable de faire face aux difficultés géologiques du site et aux obligations financières lui incombant en vertu de ce protocole, le partenaire chinois a alors contacté et négocié le contrat de CJV avec la société hongkongaise, en omettant de révéler ces éléments. Selon la société hongkongaise, « *après la conclusion du protocole, le défendeur était incapable d'exécuter ses obligations. De plus, la situation géologique compliquée dans laquelle se trouvait la construction avait accru les coûts de construction et le risque d'investissement. Il en est résulté un litige entre les trois parties au protocole, rendant cette coopération difficile. C'est dans ces circonstances que le défendeur s'est rapproché du demandeur afin de négocier un accord coopération relatif à cette construction, avec pour objectif la protection de ses intérêts particuliers, et la redistribution du risque de l'investissement. La dissimulation par le défendeur de ce fait qui tenait, de toute évidence, d'une intention frauduleuse de déplacer le risque de l'investissement sur le demandeur, a créé un malentendu entre les parties. Se fiant aux*

⁸⁶⁴ *Ibid.*, traduction de l'auteur.

⁸⁶⁵ *The Guangzhou XX Building JV Case 1999*, Sentence CIETAC (1^{er} avril 1999), rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375, traduction de l'auteur.

faits, tels que décrits par le défendeur, le demandeur a conclu avec lui le contrat de CJV le 12 mars 1993, et les parties ont officiellement constitué la CJV en août 1994. En réalité, la conclusion de ce contrat de CJV n'était pas conforme avec l'intention véritable du demandeur. Il convient de noter que, lors de la conclusion du contrat de CJV, l'accord tripartite n'avait pas encore expiré et était toujours en vigueur, c'est-à-dire que les parties à cet accord n'avaient pas mis fin à leur contrat et n'étaient pas libérées de son exécution. Plus grave encore, après la conclusion du contrat de CJV, le défendeur a conclu, le 7 décembre 1993, un protocole additionnel relatif à la construction en coopération avec la succursale de Canton de la société mère chinoise XX, sans en informer le demandeur. Ce protocole additionnel stipulait expressément la proportion de répartition des bâtiments entre les parties jusqu'à l'achèvement du projet de construction. Un tel comportement de la part du défendeur, qui viole non seulement le contrat de CJV mais également la loi, présente un caractère frauduleux ».

481. De son côté, l'associé chinois prétendait n'avoir en rien trompé son partenaire Hongkongais, et l'avoir informé des relations contractuelles préexistantes avec les deux sociétés cantonaises, du statut du partenaire cantonais, titulaire du droit d'usage des terres, et lui avoir remis les documents relatifs aux risques sismiques du site, de sorte que le consentement de l'associé hongkongais (demandeur) était éclairé.⁸⁶⁶

⁸⁶⁶ « La conclusion du Contrat de CJV reflète l'intention véritable des parties. Le demandeur a eu connaissance, avant la conclusion du Contrat de CJV, du fait que le défendeur avait conclu une relation contractuelle, relative au bâtiment n° XX Yard, XX Road, avec la succursale de Canton de la société mère chinoise XX. En 1993, les parties au protocole ont conclu un protocole additionnel relativement à ce bâtiment XX, en vertu duquel elles sont convenues de divers points relatifs à la société XX. Le demandeur était parfaitement informé de la relation entre le défendeur et la société XX, du rôle de la société XX, et des droits et obligations de cette société XX dans le projet. S'agissant de la situation géologique du terrain litigieux, le défendeur a fourni une information suffisante par avance au demandeur. Le demandeur a ensuite confié à un architecte la conception du bâtiment sur la base des informations fournies par le défendeur. Dès l'achèvement de tous les projets de bâtiments nécessaires, le demandeur a soumis le plan du bâtiment pertinent au bureau municipal des plans urbains. Après la création de la CJV, le demandeur a effectué une autre enquête sur la géologie et le design du projet. Les apports numériques du demandeur incluaient les frais d'enquêtes géologiques, de tests sismiques etc. Aux termes de sa lettre au défendeur du 19 avril 1995, le demandeur indiquait que l'enquête géologique était prévue pour le 20 avril 1995 et qu'elle durerait environ 20 jours, c'est-à-dire jusqu'au 10 mai 1995. Dans sa lettre du 3 mai 1995, le demandeur indiquait avoir fait le nécessaire à propos de l'enquête géologique du bâtiment XX n° XX et qu'il conduirait un essai de construction des trois pilotis, dont l'achèvement était prévu pour fin juin 1995. Au vu de ces éléments, le demandeur avait nécessairement connaissance de la condition géologique du terrain en question. Et cependant, durant la période entre la conclusion du contrat de CJV et le dépôt de sa demande d'arbitrage, le demandeur n'avait jamais soulevé aucune objection relative au problème de la situation géologique compliquée. Ainsi, le demandeur a inventé la prétendue dissimulation de la vérité par le défendeur », Ibid.

482. Le tribunal arbitral s'est abstenu de clarifier les faits qui lui étaient soumis ou de rechercher si le partenaire chinois était bien titulaire du droit d'usage des terres dont il devait faire apport, ou s'il avait dissimulé l'existence d'un accord de coopération tripartite antérieur sur le même projet. Il n'a examiné que l'allégation de défaut d'information préalable, relative aux conditions géologiques du site : « *Le demandeur prétend que le défaut de communication par le défendeur, lors de la conclusion du contrat, du rapport d'enquête géologique du 23 novembre 1992, constitue une fraude. Le tribunal rejette cette allégation* »⁸⁶⁷.

483. Dans la seconde affaire, *Real Estate JV 1999*⁸⁶⁸, le tribunal devait déterminer si la dissimulation du caractère prétendument inaliénable de la propriété immobilière d'Etat, dont la partie chinoise apportait le droit d'usage à une CJV, était de nature à annuler le contrat de joint venture. Dans cette affaire, la partie étrangère (défendeur) prétendait que, lors de la conclusion d'un contrat de CJV relatif à la construction d'un gratte-ciel à Canton (CJV au capital de 48 millions RMB pour un investissement total de 120 millions RMB), le partenaire chinois (demandeur) avait dissimulé le caractère inaliénable des droits immobiliers qui constituaient sa condition de coopération (l'apport est dénommé « condition de coopération » dans la CJV), et que cette inaliénabilité affectait la légalité de l'apport et la validité du contrat de CJV. Selon le défendeur, le terrain en question était propriété d'Etat, en principe inaliénable, de sorte que le demandeur ne pouvait légalement en faire une condition de coopération. Le tribunal arbitral a rejeté cet argument. Il a constaté que le gouvernement local avait effectivement autorisé l'aliénation et le développement du terrain, en tant que propriété d'Etat. En conséquence, la fourniture de ce droit d'usage, sous forme d'une condition de coopération dans une CJV, par la partie qui en était titulaire, pour les besoins d'une construction, constituait « *une forme particulière de transmission à titre onéreux* » du droit d'usage⁸⁶⁹. Le tribunal arbitral a donc estimé que l'accusation d'illégalité était

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ *The Real Estate JV Case 1999*, Sentence CIETAC (10 février 1999), rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 353.

⁸⁶⁹ « *La condition de coopération fournie par le demandeur était un droit d'usage immobilier, et l'approbation du projet de design préliminaire par la commission de la construction de la ville AA et le certificat de licence de droit d'usage relatif au terrain propriété d'Etat [...] prouvent la légalité (合法性) du droit d'usage immobilier. Le rapport d'évaluation du terrain préparé par le défendeur a également confirmé ce point. La section 6 de ce rapport, relative à l'objet de l'évaluation, relate les faits suivants : 1. Enregistrement du terrain : l'usage du terrain en cause situé à XX avec une surface totale de 6.135,6*

infondée dès lors que la condition de coopération de la partie chinoise était légale, et le contrat valable : « *La prétention du défendeur que le demandeur aurait dissimulé le fait que le droit d'usage immobilier était incessible ne tient pas. En outre, l'accusation d'illégalité (bu hefa, 不合法) de la condition de coopération fournie par le demandeur est infondée (wu genju, 无根据) ».*

484. En revanche, l'affaire *Wuxi Chemical JV Case 1998*⁸⁷⁰ offre un rare exemple de sentence arbitrale dans laquelle le tribunal arbitral a qualifié de manœuvres dolosives le comportement d'une partie au contrat de joint venture, sur le fondement de l'article 68 de l'avis de la Cour suprême sur les PGDC, et a annulé le contrat de CJV, par application de l'article 58(3) des PGDC. Dans cette affaire, la société hongkongaise et son partenaire chinois, l'usine B (non partie à l'arbitrage), avaient conclu, en mai 1993, un premier contrat d'EJV. Par décision du conseil d'administration de l'EJV du 2 août 1995, les associés étaient convenus de transformer cette EJV en CJV, et de conclure à cet effet un contrat de CJV. Le contrat de CJV fut signé le 12 novembre 1995, entre l'associé hongkongais et une autre société chinoise, la société chinoise A (défenderesse), le contrat de CJV stipulant que cette la société A intervenait au contrat « *au nom de* » l'usine B. Le tribunal devait examiner au fond l'allégation de l'associé hongkongais, qui prétendait que la société A avait commis une fraude en (i) dissimulant la situation juridique de l'usine B et en (ii) concluant le second contrat au nom d'une société qui n'avait plus d'existence légale. De fait, l'usine B avait, deux semaines après la décision du conseil d'administration susmentionnée, sollicité sa propre cessation d'activité et

m² a été approuvé du 17 mars 1992 au 17 mars 2042 pour son objet complet sous la licence de droit d'usage no. XX (terrain propriété d'Etat); 2. La propriété du droit d'usage : le terrain en cause était situé dans le vieux quartier en cours de rénovation. Il s'agit d'un terrain appartenant à l'Etat qui exigeait que la CJV obtienne le droit d'usage par voie de transmission de propriété. Le jour de l'évaluation, le terrain en question avait été entièrement réglé et était libre de toute sûreté comme l'exigeait l'offre de construction initiale. En fait, en raison des besoins du développement économique de la ZES et de la rénovation de la vieille ville, le conseil municipal de la ville de XX a autorisé la transmission du terrain d'Etat dans cet objectif de développement. La fourniture par une partie du droit d'usage immobilier à titre d'investissement pour une coopération avec d'autres parties pour la construction de bâtiments est une forme particulière de transmission à titre onéreux du droit d'usage. Le nom et la nature réelle de cette transmission sont cohérents l'un avec l'autre. L'accusation du défendeur de ce que le demandeur a transmis son droit d'usage immobilier au nom de la CJV est contraire aux faits. Les faits prouvent que le droit d'usage immobilier fourni par le demandeur comme condition de coopération était transférable et a en réalité été transféré à la CJV ».

⁸⁷⁰ *Wuxi Chemical JV 1998*, Sentence CIETAC (28 février 1998), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 66. Sur les faits, v. paragr. 145 *supra*. Sur l'extension de la clause compromissoire, contenue dans le contrat de CJV, à la société chinoise A non-signataire, v. paragr. 146 *supra*.

avait obtenu la révocation de son enregistrement commercial le 30 août 1995. La société A avait alors repris les droits et obligations du partenaire chinois au titre du contrat d'EJV, et a conclu le CJV avec la société de Hong Kong au nom du partenaire chinois. Le tribunal a constaté que le demandeur était resté dans l'ignorance de ces événements : *« le tribunal a relevé que le contrat d'EJV signé entre le demandeur et l'usine B en mai 1993 a été approuvé par l'autorité d'examen et d'approbation et est donc légalement valable. Le contrat de CJV signé entre le demandeur et l'usine B, le 12 novembre 1995, a en réalité été signé par la défenderesse au nom de [l'usine B], avec la demanderesse. L'usine B, partie à ce contrat, ne remplissait pas les conditions de production et de capacité et avait cessé son exploitation. Son enregistrement d'entreprise (business registration) avait même été annulé. La demanderesse ne disposait d'aucune information sur ces faits »*.

485. Le tribunal s'est livré à une analyse objective, en relevant le silence volontaire de la défenderesse sur l'annulation de l'enregistrement commercial du partenaire chinois, d'une part, et l'utilisation pour la signature du contrat, par la défenderesse, d'un sceau du partenaire chinois non restitué, d'autre part. Le tribunal a estimé ne pas avoir à rechercher les motivations de la défenderesse : *« La défenderesse a dissimulé (yinman, 隱瞞) le fait que l'enregistrement de l'usine B avait été annulée le 30 août 1995 et a signé le contrat de CJV avec la demanderesse en usant du sceau de l'usine B qui n'avait pas été restitué. Le tribunal considère que la conduite de la défenderesse est frauduleuse, indépendamment des motifs subjectifs de la défenderesse. Le contrat de CJV, signé au nom d'une entité dépourvue d'existence, est nul et ne lie pas les parties »*. Le tribunal a en outre engagé la responsabilité de la défenderesse au vu des agissements dolosifs⁸⁷¹.

⁸⁷¹ « 1. la défenderesse était l'entité fondatrice de l'usine B, et avait une connaissance complète de l'annulation de son enregistrement d'entreprise. De plus, la défenderesse était responsable de la demande de cessation de business de l'usine B mais a omis d'en notifier l'investisseur étranger;

2. postérieurement à l'annulation par l'usine B de son enregistrement d'entreprise, la défenderesse a signé le contrat de CJV au nom de l'usine B avec la demanderesse qui a, par la suite, exécuté ses obligations ;

3. la défenderesse a vendu l'équipement de la CJV, par voie de compensation, au prix des matériaux bruts sans le consentement de la demanderesse. En conséquence, la CJV a cessé ses affaires depuis 1995. Le tribunal décide, sur le fondement des violations commises par la défenderesse, qu'elle doit être tenue responsable de l'invalidité du contrat de CJV ».

B. L'abus de faiblesse

486. L'article 54 de la loi sur les contrats prévoit la nullité du contrat conclu contre la véritable intention du co-contractant par l'exploitation de sa situation de faiblesse. L'affaire *Limited et New Purple Golden Resources Development Limited c/ Gao Haiyan et Xie Heping* déjà mentionnée ci-dessus, qui a donné lieu à une sentence arbitrale rendue le 3 juin 2010 à Xian,⁸⁷² est un cas rarissime d'annulation d'une cession de parts de joint venture, fondée sur l'exploitation, par les cessionnaires des parts, de l'état de faiblesse dans laquelle se trouvaient les cédants au moment de la cession. Ce sont les rebondissements, lors de l'exequatur de la sentence arbitrale à Hong Kong en 2011, dans les deux décisions judiciaires rendues, qui ont révélés les faits « *compliqués et ténébreux de cette affaire* »⁸⁷³.

487. Les deux demandeurs, le couple Gao et Xie, avaient conclu en septembre 2004, par l'intermédiaire d'une société dénommée Zhongxin, un contrat de joint venture en Chine avec la société Changle Gongmao et pris une participation de 70% dans l'exploitation de la mine de charbon dénommée Changlebao, située près de Yulin (province du Shaanxi). En décembre 2004, Gao et Xie ont transféré 50% de leur participation dans Zhongxin à la société Angola (enregistrée aux Iles Vierges britanniques), d'une part, et 50% de leur participation dans Zhongxin à la société Clarigain (enregistrée aux Iles Vierges britanniques) détenue dans l'intérêt de Baijun (enregistrée à Hongkong), d'autre part. A la suite d'une altercation entre le couple Gao et Xie et le directeur général de Changlebao, au cours de laquelle plusieurs personnes auraient été blessées, Gao et Xie ont été placés en détention, à Yulin, durant 6 mois, de mai à novembre 2008. Selon Gao et Xie, cette détention a été particulièrement difficile : « *Leur santé s'est détériorée et la vie de Mme Xie était en danger. Ils désespéraient, ainsi que leur famille, de trouver de l'aide de quiconque doté d'une influence qui garantirait leur libération* ». Ils ont contacté M. Liu Jianshen, directeur de la société

⁸⁷² V. paragr. 351 *supra*. De larges extraits de la sentence sont traduits en anglais et reproduits dans les deux décisions judiciaires relatives à son exequatur à Hong Kong : Jugement de la Court of first instance de Hong Kong en date du 12 avril 2011, [2012] 1 HKLRD 627 refusant l'exequatur de la sentence arbitrale pour contrariété à l'ordre public, fondée sur une partialité du tribunal arbitral (Ordonnance sur l'arbitrage de Hong Kong, s.40E(3)) ; arrêt infirmatif de la Court of appeal de Hong Kong en date du 2 décembre 2011, CACV 79/2011 ordonnant l'exequatur de la sentence arbitrale.

⁸⁷³ Pour reprendre l'expression du premier juge hongkongais chargé de l'exequatur de la sentence chinoise *Gao Haiyan et Xie Heping c. Keeneye Holdings Limited et New Purple Golden Resources Development Limited*, CACV 79/2011. [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 7.

Xian Kaiyuan Holding Co. Ltd., une société cotée à la bourse de Shenzhen, le président et directeur du groupe Xian Yizhiliu, membre de l'Assemblée populaire nationale, et une personne influente dans la province chinoise du Shaanxi⁸⁷⁴. Le 15 juillet 2008, Gao et Xie ont conclu un premier accord suivi, le 27 août 2008, par la conclusion d'un accord supplémentaire, aux termes desquels Gao et Xie transféraient la totalité de leurs droits dans la société hongkongaise Baijun (35% de la mine de Changlebao) aux sociétés Keeneye Holdings Ltd (Keeneye) et New Purple Golden Resources Development Ltd (New Purple), deux sociétés immatriculées aux Iles Vierges britanniques, pour un prix de cession de 13 millions RMB. Il n'est pas contesté que M. Liu soit un des directeurs de Keeneye et de New Purple.

488. En 2009, Gao et Xie ont demandé l'annulation de cette cession des parts, devant les tribunaux de Hong Kong, et ont obtenu la désignation d'un administrateur judiciaire de la société Baijun. En juillet 2009, Keeneye et New Purple ont saisi de leur côté la Commission d'arbitrage de Xian en exécution de la clause compromissoire contenue dans l'accord de cession de parts⁸⁷⁵. La procédure à Hong Kong a été interrompue. Dans le cadre de l'instance arbitrale, Gao et Xie, défendeurs, ont demandé à titre reconventionnel au tribunal de constater la nullité de l'accord de cession, pour abus de faiblesse. Ils indiquaient que les contrats de cession avaient été conclus moyennant un prix dix fois inférieur à la valeur des parts de Changlebao : « *la valeur des parts de Baijun était bien plus élevée que le 'montant des apports réels' énoncé dans la convention de cession de parts. Il y avait une différence d'environ un sur dix 'actual amount of capital contributions' entre les deux valeurs* », et que la valeur de la mine de Changlebao s'élevait à 1,6 milliard RMB, soit une participation de Baijun dans la mine d'une valeur de 600 millions RMB, pour un prix de cession de 13 millions RMB⁸⁷⁶.

489. Dans un premier temps, à l'issue de l'audience arbitrale, en décembre 2009, les arbitres ont invité les parties, qui y ont consenti, à participer à une médiation⁸⁷⁷. Lors de

⁸⁷⁴ [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 5.

⁸⁷⁵ CACV 79/2011, paragr. 13-15.

⁸⁷⁶ [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 29-60. L'expertise arbitrale a valorisé la mine à 1.712.924.000 RMB et le tribunal arbitral a conclu que, bien que la valeur des actifs de la société ne corresponde pas à la valeur des parts de la société, leur effet sur la valeur des parts était évidente, *Ibid.*, paragr. 31.

⁸⁷⁷ Paragr. 17-30. Art. 37, règlement d'arbitrage de la Commission d'arbitrage de Xian (procédure dite d'« arb-med »). Sur la procédure d'arb-med, v. note 60 *supra*.

cette médiation, qui s'est tenue le 27 mars 2012 lors d'un dîner organisé à l'hôtel Shangri-La de Xian⁸⁷⁸, les participants ont été informés du « résultat » du tribunal arbitral. Le tribunal arbitral proposait de valider la cession des parts, moyennant le versement, par Keeneye et New Purple aux cédants, d'un complément de prix de 250 millions RMB. Les parties divergent sur le déroulé de cette procédure de médiation et sur les « incitations » dont les cessionnaires auraient pu être l'objet, afin d'accepter cette solution amiable. La médiation s'est soldée par un échec.

490. Dans un second temps, le tribunal arbitral a rendu sa sentence. Dans la sentence, le tribunal arbitral annulait les actes de cession. Le tribunal arbitral a relevé que l'avis du procureur, du 21 novembre 2008, avait conduit à la remise en liberté du couple Gao. Le tribunal arbitral a conclu, qu'au moment de la signature de la cession, Gao était dans l'attente d'une décision de justice, de sorte qu'il se trouvait objectivement dans la position de faiblesse correspondant à l'exploitation de la situation de faiblesse, prévue en droit civil. Le tribunal arbitral a relevé que les représentants et membres de la famille de Gao, qui avaient pris une part effective dans la conclusion de la cession, avaient pour objectif de « *secourir des personnes* » (*jiu ren*, 救人) : « *ce qui signifiait payer des compensations aux victimes, et communiquer avec les différents départements par l'intermédiaire de Liu Jianshen, un représentant du Shaanxi à l'Assemblée populaire nationale ; il ressort de la déclaration de Wang Li que, tout d'abord, Gao a proposé de faire un emprunt auprès Wang Li et, ultérieurement, Gao et Bao Jian ont converti l'emprunt en une cession de parts* ». Or, selon Keeneye, la conclusion de la cession de parts constituait une condition préalable au « *secours des personnes* »⁸⁷⁹. Le tribunal arbitral a en conséquence annulé la cession litigieuse⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ La contestation de la régularité de la participation et de la conduite de cette médiation, par un membre du tribunal arbitral et par le Secrétaire général de la Commission d'arbitrage de Xian, a servi de fondement au recours en annulation contre la sentence, devant les tribunaux de Xian, et à l'objection formée à l'encontre de son exequatur à Hong Kong.

⁸⁷⁹ [2012] 1 HKLRD 627, paragr. 37: « *from Keeneye's point of view, execution of the Transfer Agreement was the condition precedent for 'saving persons'* ».

⁸⁸⁰ Sur la décision du tribunal arbitral de « recommander » le versement par Gao et Xie d'une indemnité de 50 millions RMB, non sollicitée par les cessionnaires, v. paragr. 351 *supra*.

C. La violence

491. La violence est définie par la Cour suprême comme un acte par lequel « *un citoyen force un autre citoyen à formuler une intention contraire à sa réelle volonté en la menaçant de violence sur la vie, la santé, l'honneur, la réputation et sur les biens d'une personne morale* »⁸⁸¹. L'affaire *Hainan Hotel Management JV 1994*⁸⁸² offre une illustration du traitement d'une allégation de violence dans la conclusion d'un contrat de joint venture sino-étrangère, et confirme que les arbitres ne s'attachent pas à la recherche des circonstances factuelles relatives à la conclusion d'une convention. Dans cette affaire, la société BB (défenderesse) contestait la validité du contrat de CJV, relatif à la décoration d'un hôtel situé à Hainan, et du bail de dix ans sur cet hôtel, conclus avec un homme d'affaire de Chine continentale (demandeur), au motif qu'il avait contraint : « *the respondent into concluding the two agreements by threatening that the respondent's refusal to sign would result in serious economic loss. The two agreements, therefore, were illegal and void* »⁸⁸³. Le tribunal arbitral s'est uniquement fondé sur le fait que le contrat était conclu sous une forme écrite et avait été signé par les parties en présence d'avocats, pour écarter l'allégation de contrainte : « *The co-operation agreement, voluntarily signed by both parties, was in compliance with law in content and form and embodied the intentions of both parties. Additionally, the respondent failed to provide sufficient evidence denying the fact that HH firm evidenced the signing of the contract. The tribunal therefore, upholds the validity of the contract* »⁸⁸⁴.

492. Les conditions de fond de la conclusion du contrat de joint venture sino-étrangère, qui s'attachent aux parties et à leur consentement révèlent en définitive des aspects très différents en droit chinois. Si la qualité des parties pour contracter est définie exclusivement par le droit chinois des investissements étrangers, le consentement est examiné selon le droit commun du droit des contrats. Les décisions montrent l'absence de preuve testimoniale offerte par les parties et l'absence d'analyse par les arbitres des pourparlers entre les parties. Il semble que les arbitres s'attachent plus volontiers, voire même en s'auto-saisissant, à la conformité du contrat aux conditions de forme de la

⁸⁸¹ Art. 69, Avis de la Cour suprême sur les PGDC.

⁸⁸² *Hainan Hotel Management JV (1994)*, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°90, pp. 531-535.

⁸⁸³ CIETAC Award, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 90, p. 533.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

conclusion des contrats requises par le droit chinois des contrats d'investissements étrangers.

Chapitre II Les litiges relatifs aux conditions de forme de la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères

493. Les contraintes de validité du contrat de joint venture imposées par le droit chinois des investissements étrangers et la rigueur de leur mise en œuvre par les tribunaux arbitraux témoignent de la fragilité corrélative de ce mode d'investissement au regard du droit interne. Comme le remarquait J. A. Cohen, dès avant l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats : « *In dealing with Chinese enterprises, issues of legal capacity, authority and governmental approvals take on a prominence they ordinarily do not have, and present pitfalls they ordinary do not present, in transaction among Westerns enterprises. The reasons for this relate to some of the factors identified above as central themes of China's legal development. Economic activity has historically been under tight state control, involving strict limits on the type of enterprises permitted to engage in a given type of activity and the government approval required for any given transaction* »⁸⁸⁵. L'importance des conditions de forme posées par le droit des investissements étrangers en Chine (Section I) et la sanction du défaut de respect de ces formalités (Section II) seront examinées ci-après.

Section I Des conditions de forme rigoureuses

494. Les conditions de forme des contrats consistent en (i) l'écrit, (ii) l'oral ou (iii) une autre forme⁸⁸⁶. La notion d'écrit est définie à l'article 11 de la loi sur les contrats comme signifiant tous documents matérialisant le contenu d'un contrat, tels que « *les accords contractuels, les lettres et les documents électroniques (y compris les télégrammes, télex, fax, EDI (electronic data interchange) et emails)* ». La notion de contrat sous une « autre forme » n'est en revanche pas définie par la loi. Comme l'indique Zhang Mo, une partie de la doctrine considère que cette catégorie correspond à des formes dites « spéciales », telles que la forme notariée, la soumission à la procédure

⁸⁸⁵ J. A. COHEN, « The sixth Annual Ernst C. Stieffel Symposium: the Chinese Legal System: a Primer for Investors », 17 *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 345 (1997).

⁸⁸⁶ Art. 56, PGDC ; art. 10(1), loi sur les contrats.

de vérification et d'approbation, l'enregistrement⁸⁸⁷. Cette définition est *a priori* peu claire. En effet, comprise en ce sens, la catégorie « autre forme » se distingue en réalité de la notion de sous seing privé et non de celle d'écrit. Il eût peut-être été préférable d'utiliser, à l'article 10(1) de la loi sur les contrats, le terme de sous seing privé en lieu et place de celui d'écrit. Un contrat sous forme notariée, ou soumis à enregistrement, ou soumis à vérification ou approbation est nécessairement « écrit ». Toutefois, il est exact que le droit chinois des investissements étrangers prévoit qu'un contrat de joint venture est un contrat écrit (document, *wenjian*, 文件), qui doit être soumis à la procédure de vérification et d'approbation. On examinera donc ces deux conditions cumulatives, portant sur l'exigence d'un écrit (§ 1) et l'exigence de la soumission à une procédure de vérification ou d'approbation du contrat de joint venture par les autorités chinoises (§ 2).

§ 1 L'écrit

495. Si l'écrit s'impose au contrat de joint venture sino-étrangère, encore faut-il rechercher s'il s'agit d'une exigence au titre de la formation du contrat (A) ou s'il ne s'agit que d'un mode de preuve du contrat (B).

A. L'écrit comme condition de formation du contrat

496. Le consensualisme contractuel, prévu dans les PGDC, comporte une exception : le cas où une loi prévoit une certaine forme à respecter⁸⁸⁸. De fait, jusqu'à leur abrogation par la loi sur les contrats de 1999, les trois lois chinoises sur les contrats excluaient tout consensualisme et imposaient le formalisme d'un contrat écrit sous seing privé. Cette règle s'appliquait en particulier aux contrats internationaux : « *Un contrat est conclu lorsque les parties contractantes parviennent à un accord écrit sur les différentes dispositions du contrat et qu'elles le signent* »⁸⁸⁹. Perçue dans la tradition du contrat civil d'inspiration continentale ou de *common law* comme une exception au principe généralement acquis du consensualisme, la source de ce formalisme est ancrée dans la conception du contrat économique soviétique.

⁸⁸⁷ ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, p. 116 note 63, citant le commentaire de la loi sur les contrats de JING Ping.

⁸⁸⁸ Art. 56, PGDC.

⁸⁸⁹ Art. 7(1), loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

497. Le droit chinois des investissements étrangers n'impose pas directement l'écrit comme condition de forme de la conclusion du contrat de joint venture sino-étrangère. Toutefois, la nécessité d'une forme écrite et signée apparaît clairement dans les textes au travers de (i) l'utilisation du terme « document » (*wenjian*, 文件) dans les définitions de la convention de joint venture, du contrat de joint venture et des statuts de la joint venture⁸⁹⁰, (ii) la nécessité de soumettre ces documents « *signés par les représentants autorisés par les parties à la joint venture* » à l'administration chinoise lors de la procédure de vérification et d'approbation imposée à toute joint venture⁸⁹¹ et bien entendu (iii) la soumission du contrat de joint venture au droit chinois, et donc à l'article 7(1) de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger⁸⁹².

498. Ce formalisme s'appliquait non seulement au contrat mais également aux notifications et conventions relatives à la modification ou à l'extinction d'un contrat⁸⁹³. Sous l'empire de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, la réunion des conditions de fond ne suffit pas à assurer au contrat sa validité. En effet, tout contrat conclu sous une forme autre qu'écrite est sanctionné par son invalidité (*wuxiao*, 无效)⁸⁹⁴. Ce formalisme direct⁸⁹⁵ a une double conséquence. Tout d'abord, la volonté des parties ne peut s'exprimer que sous la forme écrite, à peine de nullité. De fait, les sentences arbitrales font toutes état de conventions écrites conclues sous seing privé, voire en présence de témoins⁸⁹⁶. La constitution d'une joint venture, moyennant un accord écrit, est également bien établie dans la pratique. Ces dispositions légales sont complétées par la pratique chinoise des contrats-types pour certaines catégories de contrats fréquemment utilisés⁸⁹⁷. Le MOFCOM a établi de longue date des contrats-type de CJV, d'EJV et de statuts.

⁸⁹⁰ Art. 10 décret d'application 2001 EJV ; art. 10, décret d'application de la loi sur les CJV 1995.

⁸⁹¹ Art. 7 décret d'application 2001 EJV ; art. 7, décret d'application de la loi sur les CJV 1995.

⁸⁹² V. Première Partie, Titre II *supra*.

⁸⁹³ Art. 32, loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

⁸⁹⁴ Art. 3(i), interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger 1988.

⁸⁹⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz 2009, paragr. 135

⁸⁹⁶ *Hainan Construction Materials JV* 1991, Sentence CIETAC (12 avril 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°66, pp. 379-386 ; *Fashion Retail JV* 1998, sentence CIETAC (20 février 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 104, traduction de l'auteur.

⁸⁹⁷ G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine », *RDAl/IBLJ*, N°2, pp. 166-168.

499. La seconde conséquence de cette règle, est le défaut de force probatoire des moyens de preuve oraux en présence d'un contrat écrit et signé. La jurisprudence arbitrale témoigne d'une mise en œuvre stricte de ce formalisme direct. Ainsi, dans l'affaire *Hainan Construction Materials JV 1991*⁸⁹⁸, le tribunal arbitral a écarté le témoignage du défendeur qui arguait n'être intervenu à l'acte qu'en qualité d'intermédiaire d'une société taiwanaise au profit de la signature des parties exprimant leur volonté de conclure le contrat : « *The joint venture contract signed both by the claimant and the respondent on February 21, 1989, was legally binding on the parties because it was signed by both parties and approved officially in accordance with the legal procedure. The statement that this contract was made in the name of the respondent should not be established* ». De même, dans l'affaire *Hainan Hotel Management JV 1994*, l'allégation de violence a été purement écartée au motif que le contrat avait été signé par le défendeur en présence d'un témoin⁸⁹⁹.

500. En revanche, au vu d'une preuve documentaire, la convention écrite peut être privée d'effet. Ainsi, dans l'affaire *Wuxi Chemical JV 1998*, le tribunal a invalidé le contrat de joint venture, conclu au nom d'une entité chinoise nommée dans l'acte, au vu de la radiation de son certificat d'enregistrement commercial et de l'utilisation, par un tiers, pour les besoins de la signature, du sceau de l'entité non restitué aux autorités⁹⁰⁰.

B. L'écrit comme mode de preuve du contrat

501. La loi sur les contrats revient au droit commun des règles de forme des actes juridiques prévues dans les PGDC et opte résolument pour le principe du consensualisme : « *Les parties peuvent utiliser l'écrit, l'oral ou d'autres formes afin de*

⁸⁹⁸ *Hainan Construction Materials JV 1991*, Sentence CIETAC (12 avril 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°66, pp. 379-386.

⁸⁹⁹ « *The co-operation agreement, voluntarily signed by both parties, was in compliance with law in content and form and embodied the intentions of both parties. Additionally, the respondent failed to provide sufficient evidence denying the fact that HH firm evidenced the signing of the contract. The tribunal therefore, upholds the validity of the contract* », *Hainan Hotel Management JV 1994*, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°90, p. 534.

⁹⁰⁰ « *La défenderesse a dissimulé (yinman, 隱瞞) le fait que l'enregistrement de l'usine B avait été annulée le 30 août 1995 et a signé le contrat de CJV avec la demanderesse en usant du sceau de l'usine B qui n'avait pas été restitué. Le tribunal considère que la conduite de la défenderesse est frauduleuse, indépendamment des motifs subjectifs de la défenderesse. Le contrat de CJV, signé au nom d'une entité dépourvue d'existence, est nul et ne lie pas les parties* », *Wuxi Chemical JV 1998*, Sentence CIETAC (28 février 1998), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 66, traduction de l'auteur.

conclure un contrat »⁹⁰¹. En conséquence, il n'existe plus de formalisme, même dit « atténué-probatoire »⁹⁰², en droit commun des contrats. En effet, les débats lors de la rédaction de la nouvelle loi ont écarté tout formalisme atténué et notamment la recommandation, qui avait été formulée, d'exiger l'écrit pour les actes d'une valeur supérieure à 10.000 RMB. Toutefois, ce consensualisme est exprimé dans la loi sous réserve de l'application des dispositions légales et réglementaires qui prévoient un écrit⁹⁰³. Ainsi, pour ce qui concerne les contrats de joint venture, la règle du formalisme reste inchangée⁹⁰⁴.

502. Désormais, la sanction du défaut d'écrit est limitée par deux principes. D'une part, le formalisme n'est plus exigé par le nouveau droit commun des contrats qu'à titre probatoire et non plus à titre de validité. En effet, la nouvelle loi ne reprend pas la règle qui faisait du défaut d'écrit une cause de nullité du contrat, et les auteurs indiquent que l'écrit ne sert désormais que de fonction probatoire en droit commun des contrats⁹⁰⁵. De fait, une exception importante à la nullité du contrat soumis par une loi à la forme écrite est admise en cas d'exécution par l'une des parties de son obligation essentielle et l'acceptation par l'autre partie de l'exécution de cette obligation essentielle : *« Lorsqu'un contrat doit être conclu sous une forme écrite, comme exigé par les lois et réglementations administratives pertinentes ou comme prévu par les parties, et que les parties ne parviennent pas à conclure le contrat par écrit, mais qu'une partie a exécuté l'obligation principale et que l'autre partie l'a accepté, le contrat est conclu »*⁹⁰⁶. D'autre part, les conséquences des lois antérieures, telle que la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, applicables aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 1999, sont atténuées : la loi sur les contrats prévoit qu'elle s'appliquera en lieu et place de ces

⁹⁰¹ Art. 10(1), loi sur les contrats.

⁹⁰² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz 2009, paragr. 135.

⁹⁰³ Art. 10(2), loi sur les contrats. Sur la pratique des contrats écrits en Chine, v. G. ROUGIER-BRIERRE, « Spécificités de la négociation et de la pratique contractuelles en Chine, *RDAl/IBLJ*, N°2, 2007, pp. 166-168.

⁹⁰⁴ Art. 10 décret d'application 2001 de la loi sur les EJV ; art. 10, décret d'application 1995 de la loi sur les CJV.

⁹⁰⁵ V. ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, p. 113-114.

⁹⁰⁶ Art. 36, loi sur les contrats.

lois antérieures dans les cas où (i) les lois antérieures prévoyaient la nullité du contrat, et (ii) le contrat est désormais valable sous l'empire de la nouvelle loi⁹⁰⁷.

503. Le maintien de la condition de l'écrit pour la validité des contrats de joint venture sino-étrangère ne semble pas avoir été une question litigieuse abordée en jurisprudence. Malgré l'importance de l'exception, on peut imputer l'absence de litige sur ce point au fait que les arbitres sont saisis sur le fondement d'une clause compromissoire écrite, le plus souvent contenue dans le contrat de joint venture, et sur la pratique internationale d'en passer par un écrit pour un investissement de cette importance et sur la réticence du co-contractant de conclure un accord oral avec une partie étrangère. Enfin, l'écrit s'impose ne serait-ce que pour établir les statuts de l'entité locale et obtenir l'approbation locale de l'investissement. C'est cette approbation, au centre de la problématique de la validité du contrat de joint venture sino-étrangère, qu'il convient d'examiner désormais.

§ 2 L'approbation du contrat

504. Le sort du contrat de joint venture ou de transfert de parts sociales dépourvu d'approbation est la question de validité des contrats la plus débattue dans les sentences arbitrales. L'examen de l'obligation d'approbation (A) sera suivi de celui des effets de l'approbation (B).

A. L'obligation d'approbation

505. La politique dirigiste menée par la Chine en matière d'investissements étrangers depuis l'ouverture de 1978 a été symbolisée par une procédure contraignante d'approbation systématique de toute opération d'investissement étranger. Depuis 1979, la règle imposant l'approbation (*pizhun*, 批准) de tous les investissements étrangers par les autorités chinoises est régulièrement énoncée tant dans le droit des investissements étrangers que dans le droit des contrats. Les textes applicables aux EJV, CJV et aux sociétés à capitaux exclusivement étrangers imposent tous l'approbation de cet investissement⁹⁰⁸. Cette règle est reprise dans les dispositions du Conseil des affaires

⁹⁰⁷ Art. 2, interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999.

⁹⁰⁸ Arts. 1er et 3, loi sur les EJV ; arts. 5 et 6, loi sur les CJV ; art. 6, décrets d'application des lois sur les EJV et les CJV.

d'Etat relatives au Guide de l'orientation de l'investissement 2002 prévoyant que les contrats et les statuts des entreprises à investissement étranger doivent être examinés, approuvés et enregistrés par les départements de la coopération économique et du commerce extérieur⁹⁰⁹.

506. Les caractéristiques de cette procédure ont évolué, avec une autonomie locale croissante, mais un contrôle plus strict des conditions de réalisation de l'investissement. Jusqu'en 1996, plusieurs seuils d'autonomie locale existaient : 5, 10 et 30 millions de USD (montant de l'investissement total). Cela a entraîné des situations d'inégalité. A partir de 1996, le seuil a été uniformisé à 30 millions de USD. En 2005, ces seuils ont été portés à 50 millions de USD pour les projets soumis à restriction et à 100 millions de USD pour les projets encouragés et autorisés, augmentant encore l'autonomie locale.

507. Parallèlement, la procédure d'approbation a été assouplie progressivement. De 1979 à 2001, la procédure d'approbation d'entreprises à capitaux étrangers se déroulait en deux temps : la première étape (étape de pré-approbation), qui intervenait tôt dans la négociation et reposait sur la présentation d'un projet et d'une étude de faisabilité sommaire, le tout étant soumis aux autorités de tutelle afin d'obtenir validation de ce cadre pour poursuivre les négociations ; la seconde étape (approbation finale), où devaient être présentés l'accord constitutif de la joint-venture, les statuts de l'entreprise et l'étude de faisabilité, l'ensemble de ces documents étant visés par les autorités en charge de l'approbation⁹¹⁰. Cette procédure d'approbation était suivie de l'enregistrement de l'entité, auprès de l'AIC, et de l'obtention de la licence commerciale permettant à la joint venture d'entamer ses activités. Cela se traduisait dans les faits par une double-négociation (avec le partenaire local et avec l'administration).

⁹⁰⁹ Art. 12, Guide de l'orientation de l'investissement étranger 2002 adopté par le Conseil des affaires d'Etat le 11 février 2002, en vigueur au 1^{er} avril 2002.

⁹¹⁰ Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, p. 38. Les document suivants doivent être joints à la demande d'approbation de la joint venture : « (1) *the application for the establishment of the JV*, (2) *the feasibility study report jointly prepared by the parties to the joint venture*, ... », Art. 7, décret d'application des EJV et des CJV. V. I. BELLANGER, « *Développements récents sur les investissements étrangers en Chine* », *RDAL*, N° 3, 2000, p. 315. Sur les EJV : TAO Jingzhou, « La nouvelle loi chinoise sur les entreprises conjointes sino-étrangères : analyse préliminaire », *RDAL*, N° 6, 1988, pp. 760-761. F. de BAUW et B. DEWIT, « Les formes d'investissement étranger en République populaire de Chine », *D.P.C.I.*, 1983, N° 3, pp. 517-518, ZHANG HK, « Droit économique chinois concernant les investissements étrangers », *C.J.F.E.*, N° 4/92, pp. 997-998. Sur les CJV : J-M. DESCHANDOL, « Chine : le décret d'application de la loi sur les sociétés mixtes contractuelles », *CJFE*, N° 1/96, pp. 75-76 ; ZHANG HK, « Droit économique chinois concernant les investissements étrangers », *C.J.F.E.*, N°4, 1992, pp. 1002-1003.

508. Comme l'indique Y. Dolais⁹¹¹, en 2001, une première évolution apparaît avec la suppression de l'approbation préalable. En juillet 2004, c'est une évolution plus importante qui est mise en œuvre, avec la publication par le Conseil des Affaires d'Etat d'une directive sur la réforme du système d'investissement⁹¹². Il s'agit d'une réforme globale de la politique de l'investissement en Chine. La directive traite des investissements chinois et étrangers. Etape importante dans la politique économique chinoise, elle marque une volonté d'être moins dirigiste et de laisser au marché plus d'autonomie. Pour la première fois, des principes communs ont été adoptés pour tous les types d'investissements (chinois et étrangers). Le cadre est commun, mais les modalités diffèrent. Ce nouveau règlement prévoit trois voies pour les projets d'investissements : (i) approbation, (ii) vérification, (iii) enregistrement⁹¹³.

509. Les investissements nationaux sont soumis à approbation s'ils impliquent des fonds publics. Sinon, ils sont soumis à une vérification ou simplement à l'enregistrement (le gouvernement publie une liste des projets soumis à vérification). Les investissements étrangers sont soumis à la procédure de vérification sauf s'ils impliquent des fonds publics, auquel cas ils demeurent soumis à la procédure d'approbation préalable. Conformément aux Mesures provisoires relatives à la vérification des projets à investissement étranger du 9 octobre 2004, l'investisseur doit soumettre son rapport de projet pour vérification, et non plus pour approbation. Après obtention du certificat de vérification, les parties doivent déposer la dénomination de la joint venture auprès de l'AIC, ou de ses bureaux locaux, pour préserver le nom commercial de la joint venture, et négocier et concluent le contrat de joint venture et les statuts.

⁹¹¹ Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, p. 39.

⁹¹² Procédures mises en œuvre dans les Mesures provisoires relatives à la vérification des projets à investissement étranger, 9 octobre 2004, Ces procédures sont mises en œuvre par le Conseil des affaires d'Etat, la Commission Nationale du Développement et de la Réforme et ses bureaux locaux, et le MOFCOM, selon la nature et le montant du projet d'investissement proposé. V. Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, p. 39 ; HUI Huang, « The regulation of foreign investment in post-WTO China: a political economy analysis », *23 Columbia Journal of Asian Law* 2009, note 67.

⁹¹³ HUI Huang, « The regulation of foreign investment in post-WTO China: a political economy analysis » *23 Columbia Journal of Asian Law* 2009, p. 199-200 ; BING Ling, *Contract Law in China*, paragr. 3.066 ; ZHANG Mo, « Freedom of Contract with Chinese characteristics : a closer look at China's new contract law », *14 Temple International and Comparative Law Journal*, 237, pp. 6-7.

510. La différence entre l'approbation et la vérification est en principe claire. L'approbation comprend un contrôle juridique sur la conformité légale du projet et aussi un contrôle économique, où il s'agit de vérifier la faisabilité économique et commerciale du projet. Les autorités s'immiscent de manière discrétionnaire dans le projet. La vérification correspond à un simple contrôle juridique de légalité. Comme l'indique Y. Dolais, dans la réalité, la distinction reste souvent assez difficile à observer en raison de l'attitude de l'administration chinoise⁹¹⁴.

511. La vérification par les arbitres de la forme de l'approbation accordée est également particulièrement stricte. Ainsi, des arbitres ont été amenés à distinguer et juger que ne constituait pas une approbation, l'approbation de principe donnée par l'administration⁹¹⁵, l'approbation orale donnée en lieu et place d'une approbation écrite⁹¹⁶, mais ont validé une approbation accordée pour une durée limitée : « *Le 10 août 1992, le demandeur et le défendeur ont signé le contrat de CJV, qui a été approuvé par l'autorité de contrôle et d'approbation, et est devenu valide conformément à la loi. Le demandeur avait déjà sollicité, de l'autorité de contrôle et d'approbation, la résiliation du contrat de CJV. Lors de l'émission du document XX du 11 août 1994, le gouvernement municipal de Shanghai XX a estimé que la société hongkongaise (défendeur) avait violé le contrat de CJV et était automatiquement considérée avoir abandonné la coopération. De ce fait le demandeur a immédiatement été autorisé à rechercher un nouveau partenaire pour la CJV, avec lequel définir un nouveau contrat et de nouveaux statuts. Le tribunal arbitral considère que le contrat de CJV est resté valide du 5 août 1992, quand le gouvernement a émis l'approbation, jusqu'au 11 août 1994, quand le gouvernement a approuvé la demande de recherche d'un nouveau partenaire du demandeur. Pendant cette période, les deux parties étaient liées par le contrat de CJV, jouissant de manière égale des mêmes droits et étaient tenues par des obligations découlant des stipulations du contrat de CJV* »⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Y. DOLAIS, *Droit chinois des affaires*, Cours, pp. 39-40.

⁹¹⁵ *Nantong Equipment Import JV 1988*, sentence CIETAC (20 août 1988), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°56, pp. 223-228.

⁹¹⁶ *Shanghai Food Factory JV 1995*, sentence CIETAC (3 mai 1995), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 1.

⁹¹⁷ *Food & Entertainment JV 1996*, sentence CIETAC (2 août 1996), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 11, traduction de l'auteur.

B. Le domaine de l'obligation d'approbation

512. L'approbation du contrat de joint venture sino-étrangère couvre en réalité un domaine très large de l'investissement étranger. Outre le contrat (1), sont concernés les restructurations, les transformations et les cessions (2) ainsi que certains des contrats d'application de l'ensemble contractuel de joint venture (3).

1. L'approbation de l'investissement de création

513. L'approbation du contrat de joint venture sino-étrangère accompagne toutes les étapes de l'investissement, tant lors de sa création (a), que de ses modifications substantielles (b).

a. L'approbation du contrat de joint venture

514. Depuis 1979, la règle de l'approbation de l'établissement des joint ventures sino-étrangères est rappelée en droit des investissements étrangers et en droit des contrats. La loi sur les EJV et celle sur les CJV disposent que l'établissement des joint ventures est permis sous réserve de leur approbation par les autorités chinoises⁹¹⁸. Les PGDC conditionnent également l'octroi de la personnalité morale à l'approbation de la joint venture sino-étrangère⁹¹⁹.

515. Cette obligation d'approbation s'impose aux trois documents constitutifs de la joint venture : l'accord, le contrat et les statuts⁹²⁰. Les dispositions du Conseil des affaires d'Etat relatives au Guide de l'orientation de l'investissement 2002 disposent également que les « *projets d'investissements étrangers* » et les « *contrats et statuts des*

⁹¹⁸ Art. 1^{er}, lois sur les CJV et les EJV. Art. 8, décret d'application de la loi sur les EJV : « *l'établissement d'une joint venture en Chine est soumise à la vérification et à l'approbation du Ministère du commerce. Lors de l'approbation un certificat d'approbation sera émis par le Ministère du commerce* ». V. également art. 6, décret d'application de la loi sur les CJV.

⁹¹⁹ Art. 41(2), PGDC disposent : « *Les EJV, les CJV et les entreprises à capitaux exclusivement étrangers établies en RPC seront réputées des personnes légales en Chine si elles possèdent les qualifications d'une personne morale et si elle a été approuvée et immatriculée par le bureau compétent de l'AIC conformément à la loi* ».

⁹²⁰ Pour les EJV, v. art. 17 du décret d'application de la loi sur les EJV ; pour les CJV, v. art. 5, décret d'application de la loi sur les CJV.

entreprises avec capitaux étrangers seront vérifiés, approuvés et enregistrés » par les autorités compétentes⁹²¹.

516. La plupart des sentences CIETAC, qui ont été rendues relativement à des investissements antérieurs à 2004, font référence à cette obligation d'approbation, et le tribunal arbitral vérifie, préalablement à l'examen des demandes des parties, que le contrat qui lui est soumis a obtenu l'approbation des autorités compétentes, et détermine ainsi sa validité (*xiaoli*, 效力), que cette question fasse ou non l'objet d'une contestation entre les parties : « *Le contrat de EJV a été signé par le demandeur et le défendeur, examiné et approuvé (shencha pizhun, 审查批准) par la commission municipale pour l'économie et le commerce extérieur, et est devenu légalement valide (youxiao, 有效). Les co-contractants doivent en conséquence se conformer strictement aux obligations prescrites par le contrat d'EJV* »⁹²² ; « *Le contrat de CJV a été conclu sur la base de l'égalité, de la réciprocité, et de négociations amiables, exprimant l'intention véritable des deux parties, et a été approuvé par le gouvernement municipal de Canton. Le 25 mai 1994, le gouvernement municipal de Canton a émis un « Certificat de la RPC d'autorisation d'entreprise financée par des investisseurs de Taiwan, Hong Kong, Macao, ou des chinois d'outre-mer* ». Le 8 juin 1994, le bureau de l'AIC a émis la licence d'affaires pour l'entreprise n° XX au profit de la CJV. La CJV ainsi constituée est conforme à la loi, et le contrat de CJV est valide et lie les deux parties »⁹²³. « *Le contrat de joint-venture a été approuvé, enregistré et archivé avec l'approbation de l'autorité, et il est donc légal et en vigueur, et lie juridiquement les parties* »⁹²⁴ ; « *Le contrat de joint-venture signé par les trois parties a été soumis à l'autorité en charge de l'approbation des contrats et a été approuvé. En conséquence le contrat est valide* »⁹²⁵ ;

⁹²¹ Article 12, dispositions du Conseil des affaires d'Etat relatives au Guide de l'orientation de l'investissement 2002.

⁹²² *Energy-saving JV 1997*, sentence CIETAC (31 mars 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 29, traduction de l'auteur.

⁹²³ *Guangzhou Dyeing JV 1998*, sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73, traduction de l'auteur.

⁹²⁴ *Shanghai Decoration JV 1999*, sentence CIETAC (19 août 1999), *Ibid.*, p. 509, traduction de l'auteur.

⁹²⁵ *Trademarks A&B JV 1999*, sentence CIETAC (13 février 1999), *Ibid.*, p. 369, traduction de l'auteur.

« Dès lors que le contrat avait été approuvé conformément aux dispositions du droit chinois, il est légal et valide et lie les parties »⁹²⁶.

517. Certaines sentences s'appuient directement sur les dispositions du décret d'application de la loi sur les EJV⁹²⁷, comme fondement de l'obligation d'obtenir l'approbation des autorités chinoises pour la validité du contrat : « *Le contrat litigieux lie valablement les parties puisqu'il a été conclu par les représentants des deux parties à la suite de négociations suffisantes, et a été examiné et approuvé par le comité XX pour les relations économiques et le commerce extérieur, conformément aux articles 8, 11, et 17 du décret d'application de la loi sur les EJV* »⁹²⁸. Il en va de même en matière de CJV. Dans *Entertainment JV 1997*, le tribunal arbitral fonde l'obligation d'approbation sur le droit des CJV : « *En 1993, le demandeur et la société hongkongaise XX ont conclu un contrat de CJV afin de créer la société XX Entertainment. La commission municipale de XX pour l'économie et le commerce extérieur a approuvé le contrat de CJV. Le 8 juillet 1993, la commission municipale XX pour l'économie et le commerce extérieur a émis un certificat d'approbation d'entreprise à capitaux étrangers et la CJV a obtenu la licence d'affaires, conformément aux lois applicables. L'article 11 du décret d'application de la loi sur les CJV dispose que « les accords, contrats et statuts des CJV entreront en vigueur à compter de la date d'émission des documents d'approbation de constitution, par le département en charge du contrôle et de l'approbation ». C'est pourquoi le contrat de CJV est juridiquement valable et la CJV a été constituée par les parties, conformément aux lois applicables* »⁹²⁹.

518. On peut s'interroger sur le rôle des tribunaux arbitraux dans cette démarche de recherche d'office de la validité par l'approbation effective de la joint venture et de son contrat constitutif. Cette vérification d'office du respect de la procédure d'approbation témoigne de l'importance du contrôle des investissements à chaque étape de leur processus - même lors d'un contentieux privé entre les partenaires, indépendamment de

⁹²⁶ *Guangzhou XX Building JV 1999*, sentence CIETAC (1er avril 1999) rendue à Shenzhen, *Ibid.*, p. 375, traduction de l'auteur.

⁹²⁷ Arts. 8, 11 et 17 relatifs à l'approbation du contrat de joint venture.

⁹²⁸ *Aquaculture JV 1997*, sentence CIETAC (30 juillet 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48, traduction de l'auteur.

⁹²⁹ *The Entertainment JV Case 1997*, sentence CIETAC (20 mars 1997), rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 53, traduction de l'auteur.

tout litige quant à la validité du contrat de joint venture - et de la volonté dont les arbitres sont le relais que les investissements étrangers n'échappent pas au contrôle de l'Etat⁹³⁰. A ce titre, la recherche de l'existence et de la conformité de l'approbation, un rapport entre les investisseurs et l'Etat récepteur de l'investissement, supplante, aux yeux des arbitres, l'examen du litige sur l'existence et de la qualité du consentement échangé par les co-contractants.

b. *Les modifications substantielles du contrat de joint venture*

519. Le droit chinois des contrats autorise les parties à librement modifier leur contrat⁹³¹. Pour le cas où la modification contractuelle est soumise à une procédure d'approbation ou d'enregistrement, le droit des contrats impose le respect de ces formalités⁹³². Le droit chinois des investissements étrangers impose l'approbation des modifications, des changements substantiels apportés au contrat de joint venture sino-étrangère⁹³³. Or, le critère de « substantialité », qui déclenche l'obligation d'approbation de la modification contractuelle, n'est pas défini dans les textes. La notion de modification substantielle a fait, en 2006, tout au plus l'objet d'une liste illustrative. Celle liste inclut la modification du capital social, de la dénomination, du domaine d'activité, des conditions d'opération, des apports souscrits par les associés et des méthodes de souscription du capital social⁹³⁴. Ces six cas ont été repris à l'identique, dans la liste, non limitative, énoncée à l'article 2 des dispositions de la Cour suprême

⁹³⁰ S. LUBMAN, « Looking for Law in China », *Columbia Journal of Asian Law*, Vol 20(1) Fall 2006, p. 63.

⁹³¹ Art. 77(1), loi sur les contrats.

⁹³² Art. 77(2), loi sur les contrats.

⁹³³ L'art. 14 du décret d'application 2001 de la loi sur les EJV dispose : « *L'accord, le contrat et les statuts entreront en vigueur lorsqu'ils auront été vérifiés et approuvés par les autorités. Il en va de même de leurs amendements* » (anc. art. 17, décrets d'application 1983 et 1987 loi sur les EJV). L'art. 7 de la loi sur les CJV dispose : « *Si, durant la période d'exploitation de leur CJV, les parties chinoise et étrangère conviennent de faire des modifications substantielles au contrat de CJV, elles devront en rendre compte à l'autorité de vérification et d'approbation pour approbation* », v. également art. 11, décret d'application de la loi sur les CJV.

⁹³⁴ Opinions sur quelques questions concernant l'application du droit dans l'administration de l'examen de l'approbation et de l'enregistrement des entreprises à capitaux étrangers, promulguées conjointement par le Ministère du commerce et l'AIC le 24 mai 2006.

sur les litiges relatifs aux investissements étrangers du 17 mai 2010, sans que la Cour ne définisse non plus la notion de modification substantielle⁹³⁵.

520. Le caractère substantiel des modifications est sommairement examiné dans les sentences arbitrales CIETAC. Dans les sentences antérieures à 2006, cette vérification, en l'absence de tout texte de référence, est appréciée restrictivement. Ainsi dans l'affaire *Industrial Building Development JV 1999*⁹³⁶, le tribunal arbitral a décidé, en application du décret d'application relatif aux CJV, que les modifications apportées au contrat de CJV et aux statuts, relatives aux conditions de coopération (apports) et à la durée de la joint venture, constituaient des modifications qui contraignaient les parties à demander l'approbation des autorités locales⁹³⁷. Dans l'affaire *XX Entertainment JV 1999*, le tribunal a décidé qu'un accord additionnel conclu entre les associés d'une CJV devait être soumis à approbation : « *selon l'article 3 de l'accord additionnel conclu entre les parties le 26 octobre 1994, le défendeur a accepté de modifier la superficie du terrain, qui était un terrain de jeux que le demandeur devait fournir à la CJV comme énoncé à l'article 8 du contrat de CJV, à environ 10.000m². [...] le tribunal note également que l'accord supplémentaire conclu entre les parties n'a jamais été soumis à l'autorité compétente pour approbation. En tant que tel, l'accord supplémentaire n'est jamais devenu effectif mais reflète toutefois la véritable intention des parties* ». Toutefois, dans l'affaire *Sino-US Garment JV 1999*, le tribunal arbitral a décidé restrictivement, et d'une façon contestable, que les modifications au contrat d'EJV, relatives à sa gestion et à la répartition des bénéfices, constituaient une modification substantielle du contrat initial nécessitant une approbation des autorités locales⁹³⁸.

⁹³⁵ Art. 2 : « le terme « changement significatif ou substantiel » mentionné au paragraphe précédent inclut la modification du capital social, de la dénomination, du domaine d'activité, des conditions d'opération, des apports souscrits par les associés et des méthodes de souscription du capital social, la fusion de la société, la scission de la société, les cessions de parts, etc ».

⁹³⁶ *Industrial Building Development JV 1999*, Sentence CIETAC (20 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 280.

⁹³⁷ « Conformément au décret d'application sur les CJV, les modifications substantielles à l'accord, au contrat, ou aux statuts de la CJV doivent obtenir l'approbation de l'autorité d'approbation. Dans cette affaire, l'accord additionnel a modifié les conditions de coopération et la durée de la CJV, ce qui constitue une modification substantielle du contrat de CJV [...] ». *Ibid.*, traduction de l'auteur.

⁹³⁸ *Sino-US Garment JV 1999*, sentence CIETAC (3 septembre 1999) : « L'accord additionnel, qui se réfère à la gestion et à la répartition des bénéfices de l'EJV, est en contradiction, dans son principe, avec le contrat d'EJV, ce qui constitue une modification substantielle », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 518, traduction de l'auteur.

2. Les restructurations, les transformations et les cessions

521. La restructuration et la transformation d'une joint venture sino-étrangère en entreprise à capitaux exclusivement étrangers⁹³⁹, ainsi que la cession de parts de joint venture sont soumises à approbation, en application du droit chinois des contrats internationaux⁹⁴⁰ et du droit chinois des investissements étrangers⁹⁴¹. L'avis sur quelques questions concernant l'application du droit dans l'administration de l'examen de l'approbation et de l'enregistrement des entreprises à capitaux étrangers, du 24 mai 2006 impose également l'approbation des fusions et divisions de joint ventures ainsi que celle des cessions de parts de joint ventures⁹⁴².

522. Les sentences montrent que les arbitres étendent leurs investigations à l'approbation effective des cessions de parts de joint ventures. En témoigne l'affaire *Shanghai XX Club JV 1997*, dans laquelle le tribunal arbitral a validé le contrat de cession de parts sociales, au visa des articles 17 et 24 du décret d'application de la loi sur les EJV : « *Après l'établissement formel de la joint venture YY Club, le 29 avril 1994, pour une variété de raisons, et après une discussion et un accord du conseil d'administration, les anciens associés étrangers, la société A a transmis ses parts de 39,5% dans l'EJV au demandeur et à la société B ; la société C a transmis ses parts de 7,9% dans l'EJV au défendeur n°2. Cette convention de cession de parts a été approuvée par le bureau XX de la ville XX. En conséquence, la cession de part est légale et valide (hefa youxiaode, 合法有效的) »*⁹⁴³. De même, dans l'affaire

⁹³⁹ V. I. BELLANGER, « *Développements récents sur les investissements étrangers en Chine* », *RDAI*, N° 3, 2000, p. 315.

⁹⁴⁰ Art. 10, loi sur les contrats économiques avec l'étranger : « *En cas de séparation, fusion ou autre modification substantielle, une entreprise à capitaux étrangers doit en rendre compte aux autorités en charge de la vérification et de l'approbation, et solliciter leur approbation, et enregistrer le changement auprès de l'AIC* » ; art. 87, loi sur les contrats : « *Lorsque la cession d'un droit [...] est soumise à à une procédure telle que l'approbation ou l'enregistrement, par les lois ou réglementations pertinentes, ces disposition s'appliquent* ».

⁹⁴¹ Art. 23, décret d'application de la loi sur les EJV : « *si un partenaire entend céder tout ou partie du capital qu'il a souscrit à un tiers, il doit obtenir l'agrément de l'autre partie à la joint venture et l'approbation des autorités de vérification et d'approbation* ». V. dans le même sens, art. 10, loi sur les CJV et art. 23, décret d'application de la loi sur les CJV.

⁹⁴² V. également art. 2, dispositions de la Cour suprême sur les litiges relatifs aux investissements étrangers du 17 mai 2010, v. note 935 *supra*.

⁹⁴³ *The Shanghai XX Club JV Case 1997*, sentence CIETAC (28 février 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 23, traduction de l'auteur.

*Transfer of Equity Share JV 1998*⁹⁴⁴, le tribunal a vérifié l'approbation requise par le droit chinois des investissements étrangers : « *Le tribunal arbitral trouve que le demandeur et le défendeur ont signé l'accord de cession de parts le 1^{er} décembre 1994, dans la ville de XX, et cet accord a été approuvé par la troisième réunion du conseil du premier terme du conseil d'administration. L'article 24 du décret d'application 1987 de la loi sur les EJV dispose que « toute augmentation, cession ou autre acte de disposition du capital social d'une joint venture devra être agréé par le conseil d'administration de l'EJV et soumis pour approbation à l'autorité initiale de vérification et d'approbation ».* En vertu de cette disposition, après que les parties au contrat d'EJV ont conclu l'accord de cession de parts et obtenu l'agrément du conseil d'administration de l'EJV, le défendeur, qui a une charge plus onéreuse, devait procéder aux procédures d'approbation avec le demandeur. La transmission des parts et le paiement du prix ne devaient intervenir qu'après l'approbation de la cession par l'autorité compétente ».

3. Les contrats d'application

523. Le droit chinois des investissements étrangers impose également l'approbation de certains contrats d'application du contrat de joint venture, visant à confier l'exploitation et la gestion de la joint venture à un tiers ou à un associé. L'article 12(2) de la loi sur les CJV dispose que le contrat ayant pour objet de confier l'exploitation et la gestion de la joint venture à un tiers doit obtenir l'agrément unanime du conseil d'administration de la joint venture et l'approbation des autorités. La validité de certains contrats de gestion, dépourvus d'approbation, repose en conséquence sur leur qualification par le tribunal arbitral. Dans l'affaire *DY Entertainment House JV Entrusted 1999*⁹⁴⁵, le tribunal arbitral a qualifié un contrat, qui pouvait constituer un mandat de gestion (*weituojingying hetong*, 委托经营合同), en contrat de bail, et a décidé, qu'à ce titre, il n'était pas soumis à approbation et était valide : « *Dans la mesure où le nom et le contenu du mandat de gestion ne sont ni clairs ni spécifiques et où les faits de l'espèce sont compliqués, le tribunal n'a pu statuer sur la nature du contrat. Au final, ayant pris en*

⁹⁴⁴ *Transfer of Equity Share JV Case 1998*, sentence CIETAC (22 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 98, traduction de l'auteur. V. également, *Entertainment JV Case 1997*, sentence CIETAC (20 mars 1997) rendue à Shenzhen, *Ibid.*, p. 150.

⁹⁴⁵ *DY Entertainment House JV Entrusted 1999*, sentence CIETAC (28 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 291, traduction de l'auteur.

considération tous les faits et preuves, le tribunal décide que le mandat de gestion est un bail ».

524. La validité du contrat d'exploitation de joint venture (*chengbao jingying hetong*, 承包经营合同), aux termes duquel l'exploitation de la joint venture est confiée par cette dernière le plus souvent à l'un des associés, est également soumise à l'approbation des autorités chinoises⁹⁴⁶. Le règlement relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère du 13 septembre 1990 étend à « *la révision, l'extension, la résiliation, ou l'expiration du contrat* », l'obligation d'obtenir l'approbation des autorités d'approbation initiale⁹⁴⁷. Les affaires *Nanjing Agriculture Product JV 1996*⁹⁴⁸ et *XX Curtain JV 1999* témoignent de l'application stricte, par les arbitres, de ces dispositions. Les associés d'une EJV agricole étaient convenus, lors de trois conseils d'administration, de contracter l'exploitation de la joint venture au partenaire chinois, une entreprise d'Etat, selon une convention d'exploitation qui comportait une obligation de résultat et une prime de risque à la charge du contractant, le défendeur : « *le conseil d'administration a convoqué des réunions spéciales du 21 au 28 mai 1994. A la demande pressante du demandeur le conseil a adopté une résolution selon laquelle le défendeur prenait en charge l'exploitation de l'EJV comme contractant* ». Le tribunal arbitral, examinant la validité de la convention d'exploitation contractuelle, conclue entre la joint venture et le partenaire chinois, a décidé qu'elle aurait dû faire l'objet d'une approbation, en application du règlement relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère du 13 septembre 1990, et a conclu à son invalidité, faute d'approbation. De même, dans *XX Curtain JV 1999* déjà citée, le tribunal a relevé que : « *[...] le contrat d'exploitation signé par les parties aurait dû être soumis à l'approbation du département compétent pour délivrer les autorisations, conformément aux dispositions applicables du droit chinois* »⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ Art. 6, règlement relatif au contrat d'exploitation de joint venture sino-étrangère du 13 septembre 1990.

⁹⁴⁷ Art. 5(5).

⁹⁴⁸ *Nanjing Agriculture Product JV 1996*, sentence CIETAC (18 juin 1996), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4, traduction de l'auteur.

⁹⁴⁹ *XX Curtain JV 1999*, sentence CIETAC (2 Juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476, traduction de l'auteur, v. paragr. 220 *supra*. V. également, *Nanjing Agriculture Product JV 1996*, sentence CIETAC (18 janvier 1996), rendue à Shanghai, *Ibid.*, p. 4.

525. L'importance de l'approbation dans la réglementation chinoise et dans la jurisprudence arbitrale permet de s'interroger sur les raisons du défaut d'approbation des avenants aux contrats de joint ventures, d'accords de cession de parts ou de contrats d'exploitation contractuelle, au regard de la sanction juridique. La lourdeur de la vérification et les cas de demandes de modification du contenu des accords poussent les parties à s'abstenir de solliciter l'approbation d'accords-clés de l'opération de joint venture, et de prendre le risque de soumettre le sort de ces conventions aux aléas du contentieux. Les aléas du sort des accords non approuvés seront examinés ci-après.

Section II. Des sanctions qui fragilisent le sort de l'investissement

526. Les effets juridiques de l'approbation du contrat de joint venture sino-étrangère et des contrats liés à la joint venture conduisent à la validité du contrat concerné et, à défaut d'approbation, à le priver d'effet. Il convient d'examiner ces effets dans le contexte des litiges liés à des demandes d'ordre contractuel (§ 1), puis dans celui des litiges liés à des demandes fondées sur les TBI (§ 2).

§ 1 La sanction du défaut d'approbation dans les litiges fondés sur des demandes d'ordre contractuel

527. On examinera ci-dessous les conséquences juridiques de l'obtention de l'approbation du contrat (A) avant d'envisager les conséquences, qu'il revient aux tribunaux étatiques et arbitraux au contrat de déterminer, pour le cas où le contrat est dépourvu d'approbation (B).

A. Les effets de l'approbation

528. Le droit chinois, antérieur à la loi sur les contrats de 1999, ne distinguait pas entre les conditions de formation et de validité d'un contrat. La formation d'un contrat, dûment signé mais soumis à une approbation, était retardée jusqu'au moment de la réception du certificat d'approbation⁹⁵⁰. Cette règle a été abrogée par la loi sur les contrats, qui énonce désormais qu'un contrat est formé dès l'échange des consentements

⁹⁵⁰ Art. 7(2), loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

mais que son applicabilité, ou son entrée en vigueur (*shengxiao*, 生效), est reportée jusqu'à l'obtention de l'approbation⁹⁵¹.

529. Dans les sentences arbitrales antérieures à l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats, les arbitres distinguaient la notion de validité ou d'applicabilité du contrat de joint venture sino-étrangère, sans toutefois identifier clairement celle de formation du contrat. Ainsi, dans la sentence arbitrale rendue le 3 décembre 1999 dans l'affaire *XX Beer House JV*⁹⁵², le tribunal arbitral a estimé que l'approbation avait déclenché la validité, et non la formation, du contrat de joint venture conclu le 18 août 1995, soumis à la loi sur les contrats économiques avec l'étranger : « *Le demandeur et le défendeur ont signé le contrat XX City Beer House le 18 août 1995. Le 6 septembre 1995, le bureau d'introduction du capital étranger de la ville XX a approuvé l'entrée en vigueur (validité) du contrat. Le 12 septembre 1995, la CJV a sollicité sa licence d'affaires de l'AIC. Puisque le contrat de CJV représente l'intention véritable des deux parties intéressées, et est entré en vigueur (shengxiao, 生效) après l'approbation donnée par le bureau d'introduction du capital étranger de la ville XX, le contrat de CJV est légal et en vigueur et lie juridiquement les deux parties intéressées* ». Dans l'affaire *XX Great Hotel JV* 1999, le tribunal arbitral a également considéré que le contrat, signé le 20 septembre 1992, était valable (*you xiaoli*, 有效力) dès lors qu'il avait été signé après négociations et avait été approuvé⁹⁵³. De même, dans l'affaire *Shenzhen Alloy Industrial JV* 1999, le tribunal arbitral a considéré que le contrat de joint venture et les statuts, signés le 20 septembre 1992 et approuvés, étaient valables : « *Le contrat d'EJV et les statuts dans cette affaire ont été signés par les parties sur une base volontaire et reflètent l'intention sincère des deux parties, et ont été approuvés par l'autorité étatique compétente. En conséquence, ils sont légalement valables (you xiaode, 有效力), lient les parties et doivent être exécutés strictement. Cependant, les parties n'ont pas*

⁹⁵¹ Art. 44(2), loi sur les contrats.

⁹⁵² *XX Beer House JV Case 1999*, sentence CIETAC (3 décembre 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 691, traduction de l'auteur.

⁹⁵³ *XX Great Hotel JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 décembre 1999) rendue à Shenzhen : « *The arbitral tribunal considers that the cooperation contract and agreement have been signed after consultation between the parties based on equality, and have been approved by the competent authority of the government. Therefore they are legally valid (youxiaode, 有效的)* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 653, traduction de l'auteur.

strictement exécuté ce contrat d'EJV et ces statuts approuvés et devenus effectifs (shengxiaode, 生效的) »⁹⁵⁴.

530. De rares décisions montrent que les tribunaux arbitraux distinguent clairement le concept de formation de celui de validité. Ainsi dans *Shenzhen Alloy Industrial JV Case 1999* : « Le contrat d'EJV a été formé (*chengli, 成立*) après la signature des parties, et est entré en vigueur (*shengxiao, 生效*) après l'approbation de l'agence de ratification, créant des obligations aux deux parties »⁹⁵⁵. De même, dans *Commercial Building JV 1999*, le tribunal avait relevé que les parties avaient conclu un contrat de CJV le 8 décembre 1992 et un avenant en 1997, tous deux approuvés⁹⁵⁶. Le tribunal a considéré que « la conclusion des contrats et avenants sont conformes à la loi sur les CJV. En conséquence ils sont valables et lient les parties. Le contenu de l'avenant a remplacé les stipulations correspondantes du contrat de CJV d'origine. En conséquence, le tribunal déboute le défendeur de sa demande de calcul des frais de travaux de démolition et de relocalisation et de date de paiement fondés sur le contrat de CJV d'origine et de son allégation que l'exécution par le demandeur de ses obligations, en vertu de l'avenant, constituerait une violation contractuelle »⁹⁵⁷.

B. Sanction du défaut d'approbation : de la nullité à la validité *inter-partes* du contrat

531. Le sort du contrat de joint venture sino-étrangère et des contrats soumis à approbation dépourvus d'approbation a longtemps été celui de la nullité (ou invalidité, *wuxiao, 无效*) ou de l'inefficacité (ou inapplicabilité, *weishengxiao, 未生效*) du contrat (1). La jurisprudence arbitrale n'a toutefois pu se contenter de cette sanction et a, dans

⁹⁵⁴ *Shenzhen Alloy Industrial JV Case 1999*, Sentence CIETAC (9 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 691, traduction de l'auteur.

⁹⁵⁵ *Sino-US Garment JV Case 1999*, Sentence CIETAC (3 septembre 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 518, traduction de l'auteur.

⁹⁵⁶ *Sino-US Garment JV Case 1999*, Sentence CIETAC (31 décembre 1999) : « Le 20 août 1993, la commission du commerce et de l'économie extérieure de la ville de YY a émis le certificat d'approbation [...] relatif au contrat de CJV et aux statuts, autorisant l'établissement de la CJV l'entrée en vigueur du contrat de CJV et des statuts. Le 18 mai 1997, les parties ont conclu un avenant. Le 1^{er} août 1997, cette commission a approuvé l'avenant au contrat de CJV et aux statuts, qui sont entrés en vigueur », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 735, traduction de l'auteur.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, traduction de l'auteur.

certaines circonstances, été amenée à affirmer la validité *inter partes* des conventions dépourvues d'approbation (2) ;

1. La nullité ou l'invalidité (*wuxiao*)

532. Le droit chinois des contrats applicable aux conventions conclues avant le 1^{er} octobre 1999, dispose que défaut d'approbation du contrat est sanctionné par son invalidité, également traduit par « nullité » (*wuxiao*, 无效)⁹⁵⁸.

533. La loi sur les contrats économiques avec l'étranger et ses Commentaires ont été abrogés le 1er octobre 1999, lors de l'entrée en vigueur de la loi sur les contrats. La loi sur les contrats est muette quant aux conséquences du défaut d'approbation, et se contente, dans son article 44(2), de stipuler que si l'approbation du contrat est requise, cette procédure doit être suivie⁹⁵⁹. C'est l'interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats du 29 décembre 1999 qui prévoit la sanction du contrat dépourvu d'approbation⁹⁶⁰ et le déclare désormais « inapplicable » (*weishengxiao*, 未生效) :

- Pour le cas où une loi subordonne la validité (*xiaoli*, 效力) d'un contrat à l'accomplissement d'une procédure d'approbation, et si avant la clôture des débats des parties au procès en première instance devant le tribunal populaire, les parties ne sont pas encore parvenues à mener à bien cette procédure, le tribunal populaire devra déclarer le contrat inapplicable (*weishengxiao*, 未生效);
- Pour le cas où une loi exige que le contrat soit enregistré, sans subordonner sa validité audit enregistrement, le défaut d'enregistrement n'affectera pas la validité du contrat, sauf si ce défaut constitue un empêchement à la transmission d'une titre, ou d'un autre droit qui est l'objet du contrat.

⁹⁵⁸ L'art. 3, commentaire par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger dispose : « *les contrats économiques avec l'étranger seront déclarés nuls dans les cas suivants : [...] (6). Les contrats pour lesquels l'approbation n'a pas été obtenue quand les lois et les réglementations requièrent l'obtention d'une approbation par les autorités étatiques* ».

⁹⁵⁹ L'art. 44(2) de la loi sur les contrats dispose : « *Pour ce qui concerne les contrats soumis à approbation ou enregistrement par les dispositions des lois et réglementations administratives applicables, ces dispositions doivent être suivies* ».

⁹⁶⁰ Adoptée le 1er décembre 1999, en vigueur au 29 décembre 1999.

534. La différence entre les notions de *weishengxiao* et *wuxiao* est difficile à établir. Si l'on s'en tient à la décision du 3 décembre 2004 de la Cour suprême, il n'y en aurait pas puisqu'elle affirme que le sort juridique d'un contrat, soumis à approbation et qui en est dépourvu, est identique en droit des contrats pré-1999 et dans la loi sur les contrats. La Cour suprême a estimé que la loi sur les contrats avait maintenu, en son article 44, le principe de l'invalidité du contrat dépourvu d'approbation lorsque cette approbation est requise : « Néanmoins, la loi sur les contrats prévoit également que les contrats cesseront d'être valides, s'ils n'obtiennent pas l'autorisation ou l'enregistrement prévus par les lois ou règlements applicables »⁹⁶¹. La Cour suprême a confirmé en 2010 sa position en prévoyant que le tribunal, saisi d'un litige, devra rejeter toute demande en « invalidité » du contrat, tirée d'un défaut d'approbation mais pourra déclarer le contrat « ineffectif »⁹⁶². Les juges de la Court of final appeal de Hong Kong se sont interrogés en vain sur la nature du terme *wuxiao* pour en conclure : « *There was much discussion in the written and oral argument whether the legal consequence 無效 [wuxiao] meant invalid or of no effect, or both. It seems to me to be a sterile debate since the terms are interchangeable in English and the sense is clear* »⁹⁶³. Dans les deux cas, le contrat est réputé invalide et privé d'effet juridique.

a. *Le défaut d'approbation du contrat de joint venture sino-étrangère*

535. Les espèces dans lesquelles le tribunal arbitral constate l'inapplicabilité du contrat de joint venture pour défaut d'approbation sont rares. Il est vrai que les partenaires sont en général attentifs au bon accomplissement de l'obligation d'approbation lors de l'investissement initial. Les parties sont toutefois moins vigilantes lors de cessions de parts et de prises de participation, voire de prises de contrôle, dans les joint ventures. Dans l'affaire *Shanghai XX Club JV 1997*, l'invalidation du contrat de joint venture par le tribunal arbitral est intervenue dans des circonstances particulières, puisqu'il s'agissait d'un second contrat de joint venture conclu à la suite d'une cession de parts de

⁹⁶¹ V. affaire *société Heng He & société Yu Xing c/ société Laser* (Cour suprême, 3 décembre 2004), v. paragr. 179 et s. *supra*.

⁹⁶² Art. 1^{er}, dispositions de la Cour suprême sur les litiges relatifs aux entreprises à capitaux étrangers du 16 août 2010 : « *Quand l'effet d'un contrat, conclu pour la formation, la modification, etc. d'une entreprise à capitaux étrangers, est reporté à son approbation [...], il deviendra effectif à la date de l'approbation. Si le contrat n'est pas approuvé, le tribunal devra le déclarer « ineffectif ». Si une partie demande au tribunal de déclarer le contrat « invalide », cette demande sera rejetée par le tribunal* ».

⁹⁶³ *First Laser Ltd c/ Fujian Enterprises (Holding) Co. Starflower Investment Services Ltd., & Jian An Investment Ltd*, [2012] HKEC 946, paragr. 51.

joint venture. Les défendeurs n° 1 et n° 2 avaient signé un contrat de joint venture avec les sociétés A, B et C. A la suite d'une réorganisation de la joint venture et d'une cession de parts sociales, le demandeur a conclu avec les défendeurs n° 1 et n° 2 un nouveau contrat de joint venture. Si la cession de parts a été soumise à approbation (v. para. 522, *supra*) ni ce contrat de joint venture ni les statuts ont été soumis à l'approbation de l'administration chinoise, de sorte que le tribunal a décidé que ce contrat n'était pas valable, et qu'en application de l'article 58 des PGDC, « *les actes civils nuls (wuxiao, 无效) sont inopposables ab initio* »⁹⁶⁴.

b. *Le sort des conventions comportant une modification substantielle et des contrats d'application dépourvus d'approbation*

536. Les sentences arbitrales ne sanctionnent pas unanimement, la validité des avenants au contrat de joint venture dépourvus d'approbation. Quatre décisions confirment cette règle. Dans l'affaire *Shanghai Decoration JV 1999*, « *Le contrat de joint venture a été approuvé, enregistré et archivé avec l'approbation des autorités. Il est donc légal, en vigueur et lie les parties. Le contrat supplémentaire n'a pas été soumis aux autorités compétences pour vérification et approbation et n'a pas non plus été enregistré. En conséquence, le contrat supplémentaire est dépourvu d'effet juridique et ne lie pas juridiquement les parties.* »⁹⁶⁵

537. De même dans l'affaire *Resin Product JV 1998*, le tribunal arbitral a relevé qu'après la conclusion du contrat de CJV du 27 novembre 1992, les associés de la CJV ont conclu un contrat supplémentaire le 28 octobre 1993, mais que ce contrat supplémentaire n'avait pas été soumis au département compétent pour examen et approbation. Le tribunal a estimé qu'« *en vertu du droit chinois relatif aux joint ventures et aux stipulations du contrat de CJV, le contrat supplémentaire doit être tenu comme inapplicable (weishengxiao, 未生效)* »⁹⁶⁶. Dans l'affaire *Sino-US Garnment JV*, le tribunal devait statuer sur la validité (*xiaoli wenti, 效力问题*) d'un contrat

⁹⁶⁴ The *Shanghai XX Club JV Case 1997*, sentence CIETAC (28 février 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 23, traduction de l'auteur. Pour un cas similaire, v. *Entertainment JV 1997*, paragr. 541 *infra*.

⁹⁶⁵ *Shanghai Decoration JV 1999*, Sentence CIETAC (19 août 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 509, traduction de l'auteur.

⁹⁶⁶ *Resin Product JV 1998*, Sentence CIETAC (11 mai 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 181, traduction de l'auteur.

supplémentaire : « le contrat supplémentaire, qui se réfère à la gestion et à la répartition des bénéfices de l'EJV, comporte des variations importantes de principe avec le contrat d'EJV et constitue un avenant substantiel. Donc, il n'entrera pas en vigueur (*shengxiao*, 生效) jusqu'à son approbation par l'institution d'approbation, conformément à la disposition qui énonce que « l'accord, le contrat et les statuts de l'EJV entreront en vigueur après l'approbation de l'institution d'approbation ». Comme les parties ont reconnu que le contrat supplémentaire n'avait pas été ni soumis ni approuvé, il est invalide (*wuxiao*, 无效). La raison suggérée par le demandeur ne constitue pas une preuve de sa validité (*juyou falü xiaoli*, 具有法率效力), et les deux parties sont responsables de cette invalidité (*wuxiao*, 无效). L'accord de résiliation, [...], n'a pas non plus été approuvé par l'institution d'approbation, et ne peut être confirmé comme étant entré en vigueur (*shengxiao*, 生效) »⁹⁶⁷.

538. Dans l'affaire *Industrial Building Development JV Case 1999*, après avoir constaté le caractère substantiel des modifications contenues dans un contrat supplémentaire, le tribunal a déclaré ce contrat invalide, faute d'approbation : « En vertu du décret d'application de la loi sur les CJV, les modifications substantielles de l'accord, du contrat et des statuts de la CJV doivent obtenir l'approbation de l'autorité d'approbation. Dans cette affaire, l'accord supplémentaire a modifié les conditions de coopération et la durée du contrat de CJV, sans être soumis à l'autorité d'approbation après sa conclusion (*qianding*, 签订). Il est en conséquence invalide (*wuxiao*, 无效), et un contrat invalide n'a pas besoin de faire l'objet d'une résolution (*jiechu*, 解除) »⁹⁶⁸.

539. De même, dans *Nanjing Agriculture Product JV 1996*, le tribunal a prononcé l'inapplicabilité (*wuxiao*, 无效) d'un contrat d'exploitation de joint venture dépourvu d'approbation : « l'article 5(5) dispose que « la révision, le report, la résiliation ou l'expiration du contrat doit être approuvé par les autorités initiales qui ont approuvé la joint venture ». En vertu de cette réglementation, le contrat d'exploitation entre l'EJV et le défendeur est invalide et les deux parties sont responsables de l'invalidité du contrat

⁹⁶⁷ *Sino-US Garment JV 1999*, Sentence CIETAC (3 septembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 518, traduction de l'auteur.

⁹⁶⁸ *Industrial Building Development JV 1999*, Sentence CIETAC (20 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 280, traduction de l'auteur.

d'exploitation »⁹⁶⁹. En revanche, dans *XX Entertainment JV 1999*⁹⁷⁰ le tribunal a estimé que le contrat d'exploitation non approuvé était valable, au motif qu'il reflétait l'intention véritable des parties qu'il avait été exécuté par les parties, et ordonné le paiement des sommes dues en application de ce contrat.

c. *Le sort des cessions non approuvées*

540. La jurisprudence étatique et arbitrale ne valide pas, le plus souvent, les contrats de cession de parts sociales de joint ventures sino-étrangères dépourvues d'approbation. La Cour suprême a, dans l'affaire *Heng He & société Yu Xing c/ société Laser*⁹⁷¹, a ordonné l'annulation des dispositions portant cessions des parts de la joint venture en vertu de l'article 10 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger⁹⁷² et de l'article 3(6) de son interprétation⁹⁷³ : « *To sum up, this Court rules that the Agreement on the Establishment of Casix Optronics Enterprises Limited signed by Fujian Enterprises and Hang Wo concerning those parts relevant to share transfer of FCL and FCO, the Agreement on Share Transfer of Optronics Project in Fuzhou by Fujian Enterprises and COM and the Agreement on Share Transfer of High-tech Optronics Project in Fuzhou by Fujian Enterprises and First Laser are invalid and of no effect. It is inappropriate that the original judgment held that the whole Agreement on the Establishment of Casix Optronics Enterprises Limited was invalid and of no effect, which shall be modified.* »⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ *Nanjing Agriculture Product JV 1996*, Sentence CIETAC (18 juin 1996), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4, traduction de l'auteur.

⁹⁷⁰ *XX Entertainment JV 1999*, Sentence CIETAC (6 avril 1999) *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 394.

⁹⁷¹ V. affaire *société Heng He & société Yu Xing c/ société Laser* (Cour suprême, 3 décembre 2004), v. paragr. 179 et s. *supra*, citée dans *First Laser Ltd c/ Fujian Enterprises (Holding) Co. Starflower Investment Services Ltd., & Jian An Investment Ltd*, [2012] HKEC 946.

⁹⁷² Art. 10, loi sur les contrats économiques avec l'étranger, v. note 940 *supra* : « *En cas de séparation, fusion ou autre modification substantielle, une entreprise à capitaux étrangers doit en rendre compte aux autorités en charge de la vérification et de l'approbation, et solliciter leur approbation, et enregistrer le changement auprès de l'AIC* ».

⁹⁷³ Art. 3(6), interprétation par la Cour suprême de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger : « *Lorsqu'un contrat économique avec l'étranger soumis à approbation selon les lois et règlements chinois n'est pas approuvé par l'autorité étatique compétente, ou par l'autorité de vérification et d'approbation initiale pour ses modifications substantielles ou la transmission des droits et obligations, ce contrat sera considéré invalide et dépourvu d'effet* ».

⁹⁷⁴ Cité dans Arrêt Court of final appeal de Hong Kong, *First Laser Limited (第一激光有限公司) v Fujian Enterprises (Holdings) Company Limited (華閩(集團)有限公司) & Anor*, 11 juillet 2012.

541. Les tribunaux arbitraux, dans de nombreux cas prononcent également l'invalidité du contrat de cession de parts sociales. Ainsi, dans l'affaire *Entertainment JV 1997*⁹⁷⁵, le tribunal arbitral a déclaré l'accord de cession et le nouveau contrat de CJV invalides (*wuxiao*, 无效) pour violation de l'article 10 de la loi sur les CJV et de l'article 11 de son décret d'application. En raison de la situation financière difficile de la CJV, le conseil d'administration avait décidé que la CJV céderait au défendeur les matériaux de décoration, les équipements et les appareils appartenant à l'associé hongkongais XX au prix de 1,5 million RMB. Pour ce faire, le demandeur, le défendeur et la société hongkongaise XX avaient conclu, le même jour, un contrat tripartite de cession (avec le demandeur en qualité de garant). Toutefois, ni le contrat de cession ni le nouveau contrat de CJV, signé le 18 mai 1995, n'ont été approuvés par l'autorité de vérification et d'approbation. Le tribunal a estimé, qu'en vertu des deux dispositions susvisées le contrat de transfert et le nouveau contrat de CJV signés par le demandeur et par le défendeur étaient invalides.

542. Dans l'affaire *Chemical JV Transfert 1999*⁹⁷⁶, le tribunal a adopté une solution identique pour une cession de parts sociales, convenue aux termes d'une délibération du conseil d'administration de la joint venture et conclue par acte sous seing privé, qui a eu pour effet de porter la participation de l'associé étranger à moins de 25% du capital social et l'exemptait de tout risque de perte financière. Le tribunal a considéré que ces dispositions contrevenaient au contrat de joint venture et constituaient une modification substantielle du contrat d'EJV et des statuts. Le tribunal a estimé, qu'en application de l'art. 27 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, de l'art. 4(4) de la loi sur les EJV et des arts. 17 et 23 de son règlement d'application : « *si une partie entend transférer tout ou partie de son capital, l'agrément doit être obtenu de l'autre associé, et l'approbation de l'autorité compétente est nécessaire. Bien que la cession du capital social a été adoptée en conseil d'administration, le contrat de cession de parts a converti 20% des parts du demandeur, pour ce qui concerne le produit "tetrabromobisphenol A", en 100.000 RMB du capital social et a exempté le demandeur de tout risque financier et lui a accordé 24% du partage de bénéfice. Le*

⁹⁷⁵ *Entertainment JV Case 1997*, sentence CIETAC (20 mars 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 53, traduction de l'auteur.

⁹⁷⁶ *Chemical JV Share Transfer 1999*, Sentence CIETAC (6 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 269, traduction de l'auteur.

contrat de cession de parts sociales n'a jamais été approuvé. Il est en violation avec le droit chinois, et est donc invalide. En conséquence, les demandes du demandeur, fondées sur la cession de parts sociales, sont rejetées ».

2. Une solution transitoire : la validité *inter-partes* de la convention dépourvue d'approbation

543. Certaines sentences arbitrales révèlent, notamment en matière de cessions de parts de joint venture, une tension entre la nécessité de sanctionner le défaut d'approbation, d'une part, et celle de donner effet au consentement des parties, d'autre part, en particulier lorsque le contrat en cause a été partiellement exécuté, et le litige a été soumis aux arbitres pour inexécution contractuelle. Cette tension a été résolue, dans certaines décisions, par l'affirmation, par les arbitres, de la validité *inter-partes* du contrat dépourvu d'approbation.

544. Ainsi, dans *Zhenjiang Printing JV 1998*⁹⁷⁷, le tribunal arbitral a validé un accord matérialisé par une décision du conseil d'administration et une convention dépourvus d'approbation relatif au paiement du prix de cession de parts d'une joint venture, à la suite du retrait d'un associé. Après avoir constaté l'invalidité des accords : « *ils n'ont pas été soumis, aux autorités de vérification et d'approbation, pour approbation et ne sont donc pas valables* », le tribunal a relevé que le certificat de la joint venture avait été radié lorsque l'actif et le passif de la joint venture avaient été liquidés, de sorte que les parties ne pouvaient plus solder leur compte par voie de liquidation. Le tribunal a estimé que dans ces circonstances, la demande du demandeur, que le défendeur agisse en conformité avec les accords et paie le prix du retrait des parts, était justifiée.

545. Dans l'affaire *Transfer of Equity Share JV 1998*⁹⁷⁸, le tribunal a ordonné l'exécution d'une cession de parts, agréée par le conseil d'administration de la joint venture, mais dépourvue d'approbation, au motif que la cession avait été partiellement exécutée : « *le défendeur qui avait une obligation plus onéreuse aurait dû entreprendre la procédure d'approbation avec le demandeur. Le transfert des parts et le paiement*

⁹⁷⁷ *Zhenjiang Printing JV Case 1998*, Sentence CIETAC (15 mai 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 196, traduction de l'auteur.

⁹⁷⁸ *Joint Venture Share Transfer 1998*, Sentence CIETAC (22 janvier 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 98, traduction de l'auteur.

des parts ne devaient intervenir qu'après l'approbation. Le tribunal est conscient que ce transfert de parts n'est pas conforme aux procédures susvisées. Cependant, la convention de cession, qui a été conclue volontairement entre les parties, reflète leur véritable intention. Le tribunal relève également que le demandeur ne figure plus dans l'enregistrement de l'EJV auprès de l'AIC. Le tribunal considère que cet enregistrement auprès de l'AIC peut indiquer que la cession des parts a bien été effectuée et que les procédures relatives au transfert des biens ont également été menées à bien. Le tribunal estime que le fait que la cession n'ait pas été approuvée est le fait du défendeur. Il décide donc que les parties doivent procéder au transfert des parts ».

546. Dans l'affaire *Fashion Retail JV Case 1998*⁹⁷⁹, le tribunal a ordonné l'exécution d'une convention de retrait de l'EJV et de résiliation anticipée du contrat d'EJV signée le 21 juin 1996, nonobstant le fait qu'elle n'avait pas été approuvée : *« Le tribunal a noté que le contenu de l'accord concerne le retrait du demandeur de l'EJV et la résiliation du contrat d'EJV. Selon la loi sur les contrats avec l'étranger, la résiliation anticipée du contrat d'EJV requiert l'approbation des autorités. Bien que le contrat conclu entre les parties soit certifié, elles n'ont pas soumis ce contrat à approbation et il ne devrait pas avoir d'effet juridique (bu neng rengwei yi fasheng falü xiaoli, 不能认为已发生法律效力). Bien que le contrat ne dispose pas quelle partie était responsable de l'approbation, selon le droit chinois, le conseil d'administration de l'EJV était responsable. Le défendeur, qui était le président du conseil d'administration, a omis d'effectuer la démarche, de sorte que le tribunal considère que le défendeur doit être tenu responsable de l'invalidité (wei fasheng xiaoli, 未发生效力) du contrat. Le tribunal estime également que le défendeur est fautif, pas seulement pour n'avoir pas respecté la procédure d'approbation, mais parce qu'il a continué seul, après la conclusion du contrat de résiliation, l'exploitation de l'entreprise au nom de l'EJV ».* Le tribunal a néanmoins relevé que le contrat reflétait l'intention véritable des parties de compenser les dettes du demandeur avec la valeur de ses parts dans l'EJV et de résilier ainsi le contrat d'EJV et que cette intention avait aussitôt été mise en oeuvre par les parties : *« Le demandeur s'est en réalité retiré de la société depuis la signature de l'accord de résiliation de sorte qu'il n'existait plus de base de coopération et l'EJV ne*

⁹⁷⁹ *The Fashion Retail JV Case 1998*, sentence CIETAC (20 février 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 104, traduction de l'auteur.

pouvait plus remplir l'objectif espéré. En conséquence, le tribunal accorde la demande du demandeur aux fins de dissolution et de liquidation de l'EJV. Il relève que le demandeur a rempli ses obligations en vertu de l'accord. [...] »⁹⁸⁰.

547. Dans l'affaire *Artistics Crafts JV 2000*, le tribunal a constaté le défaut de validité du contrat de cession de parts de la joint venture, mais a constaté également la réalité des faits⁹⁸¹. Dans cette affaire, l'associé anglais s'était retiré trois ans après avoir conclu un contrat de joint venture, et avait cédé ses parts (60% des parts de la joint venture) à son associé chinois le 15 janvier 1996. Un seul des trois versements du prix de cession avait été effectué par le cessionnaire, défendeur dans la procédure d'arbitrage. Dans le cadre de la procédure d'arbitrage, les parties étaient convenues de la liquidation de la joint venture, mais le demandeur exigeait que le défendeur supporte « *toutes les pertes entrées en comptabilité après la signature de la cession de parts* », tandis que le défendeur, alléguant de l'invalidité de la cession, demandait la restitution du premier versement et que le demandeur supporte les créances et dettes. Le contrat de cession prévoyait qu'il serait effectif dès la signature des représentants des parties, et le tribunal a relevé que cette disposition était en contradiction avec le contrat de joint venture et les « lois applicables ». Le tribunal a toutefois relevé que le contrat avait été exécuté, dès lors que le cédant avait quitté la société depuis trois ans, que le cessionnaire avait payé le prix de cession et pris possession de tous les biens de la joint venture, qu'il avait exploité seul. Le tribunal a estimé que le défaut d'approbation était dû à la volonté du cessionnaire de conserver l'exploitation au nom de la joint venture « *afin de bénéficier de la politique favorable* ».

548. Pour donner effet à la convention de cession non approuvée et moduler les effets de l'application de la loi chinoise, qui tient ce contrat pour invalide, le tribunal arbitral a eu recours au principe de la bonne foi (*cheng(shi)xin(yong) yuanzi*, 诚(实)信(用)原则)⁹⁸², estimant que la position du cessionnaire d'une convention, exécutée partiellement par celui qui revendiquait dans le même temps sa nullité, « *n'était pas conforme au*

⁹⁸⁰ *Fashion Retail JV 1998*, sentence CIETAC (20 février 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 104, traduction de l'auteur.

⁹⁸¹ *Artistic Crafts JV 2000*, sentence CIETAC (14 avril 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 784, traduction de l'auteur.

⁹⁸² Sur l'utilisation des principes généraux par les arbitres, v. paragr. 347 *supra*.

principe de bonne foi (chengxin yuanzi 诚信原则) prévu dans la loi sur les contrats »⁹⁸³. Le tribunal a, en conséquence, accepté de donner effet au contrat de cession et décidé que les pertes subies par la joint venture, à compter du 15 janvier 1996, date de la cession, soient supportées par le cessionnaire seul, et que les pertes antérieures à cette date soient partagées entre les parties, à hauteur de leurs apports respectifs dans le capital social⁹⁸⁴. Le même raisonnement a été adopté dans l'affaire *Resin Product JV 1998*⁹⁸⁵, par le tribunal arbitral, qui, dans un premier temps, a constaté l'invalidité d'un contrat d'exploitation de la joint venture conclu entre deux associés d'une EJV, dépourvu d'approbation, et dans un second temps, a relevé que ce contrat d'exploitation reflétait la « *volonté réelle* » des parties, et ordonné le versement, par l'associé étranger au profit de l'associé-exploitant chinois (demandeur), d'une compensation financière, sur le fondement du principe de l'équité et du raisonnable et de stipulations du contrat d'exploitation : « *Du 1^{er} juin 1990 au 31 mai 1995, l'EJC était en fait exploitée par le demandeur. Mais le défendeur, comme associé de l'EJV, n'a jamais perçu aucun bénéfice de l'EJV. Le tribunal considère que le demandeur devrait verser au défendeur une certaine compensation, fondée sur la véritable exécution par les partis, le principe de l'équité et du raisonnable (gongping heli, 公平合理) ainsi que les stipulation convenues entre les parties dans le contrat d'exploitation. En conséquence, le demandeur versera une compensation de 505.234,36 USD au défendeur. Le tribunal décide de ne pas examiner la demande de partage des bénéfices formée par le défendeur, durant la période d'exploitation contractuelle* ».

549. Les Dispositions de la Cour suprême sur les litiges relatifs aux entreprises à capitaux étrangers du 16 août 2010, prévoient désormais qu'il appartient au cédant des parts d'une entreprise à capitaux étrangers de mener à bien la procédure d'approbation et, qu'à défaut, le cessionnaire peut, après avoir dûment mis en demeure le cédant de procéder à la demande d'approbation, demander la résolution judiciaire de la cession, la restitution du prix de cession et des dommages-intérêts (art. 5).

⁹⁸³ V. art. 42, loi sur les contrats qui dispose : « *une partie sera responsable du dommage qui survient dans une des circonstances suivantes, dans la conclusion d'un contrat, qui cause une perte à l'autre partie : [...] 3. Par la commission d'autres actions contraires au principe de la bonne foi* ».

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ *Resin Product JV 1998*, sentence CIETAC (7 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168, traduction de l'auteur.

550. Ainsi, la double nature du contrat de joint venture - accord de coopération entre entreprises soumis au droit commun de la formation des contrats et instrument d'investissement étranger en Chine, soumis à des conditions de validité, de vérification et d'approbation particulière par les autorités locales – précarise ce mode d'investissement qui reste à la merci du contrôle du juge ou de l'arbitre, lequel peut, en dépit de la libéralisation des investissements étrangers depuis 2004, remettre en cause et invalider les accords contractuels, supports des investissements. Il convient de rechercher si ces dispositions ont vocation à s'appliquer en droit international des investissements.

§ 2 Les conséquences du défaut d'approbation dans les demandes fondées sur les TBI

551. L'investissement effectué par un investisseur étranger est protégé dans le pays récepteur et se voit reconnaître les garanties offertes dans le TBI conclu entre l'Etat récepteur et l'Etat dont l'investisseur étranger est un ressortissant. Certains TBI posent une condition supplémentaire à l'existence de l'investissement, ils exigent que cet investissement ait été approuvé par l'Etat récepteur (A), dans d'autres cas, ils exigent que l'investissement soit conforme à la législation du pays récepteur (B).

A. La condition d'approbation de l'investissement par le pays récepteur dans les TBI

552. Certains pays asiatiques assortissent la protection de l'investissement de la condition que cet investissement ait été approuvé par écrit par l'autorité nationale compétente. A titre d'exemple l'accord de libre échange de l'ASEAN stipule que, pour le cas de la Thaïlande, « *this Agreement shall apply only in cases where the investment by an investor of another Party in the territory of Thailand has been admitted, and specifically approved in writing for protection by its competent authorities, in accordance with its domestic laws, regulations and policies* »⁹⁸⁶. Cette stipulation a pour objet de renvoyer à la vérification de l'obtention d'une approbation par les autorités locales, selon le droit local, comme préalable à la protection de

⁹⁸⁶ Art. 3(3), accord de libre échange de l'Association des nations du Sud-Est asiatique (ASEAN) de 2002, entre l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour, la Thaïlande, Brunei, le Vietnam, le Laos, le Myanmar et le Cambodge.

l'investissement étranger. Une telle stipulation, appliquée à la Chine, aurait pour effet de conditionner la protection de l'investissement au bon accomplissement de la procédure de vérification et d'approbation prévue selon le droit chinois des investissements étrangers. Les TBI chinois ne semblent pas assortir la protection de l'investissement à l'octroi d'une approbation par les autorités chinoises. Il convient de rechercher si l'on peut interpréter la condition de « *conformité à la législation* » chinoise, dans le TBI, comme renvoyant à l'approbation de l'investissement étranger.

B. La condition de conformité à la législation du pays récepteur dans les TBI

553. Les TBI chinois ne posent pas la condition d'approbation, mais celle que l'investissement étranger soit conforme à la législation chinoise. Tous les TBI sauf quatre, notamment le TBI Chine-Allemagne, assortissent la protection des avoirs à la condition qu'ils ont été « *investis en conformité à la législation de la Partie contractante* »⁹⁸⁷. Une telle formulation, qui se retrouve pas dans le TBI modèle Français 2006, semble avoir été introduite à l'initiative de la Chine.

554. Les sentences arbitrales, qui ont eu à interpréter le sens à donner à l'exigence de « *conformité à la loi* » du pays récepteur, ont décidé qu'il s'agissait en l'occurrence d'une conformité au droit du pays en général, et non d'une exigence de conformité à une procédure d'approbation particulière édictée dans le droit local⁹⁸⁸. A titre d'exemple, dans l'affaire *LESI SpA et Astaldi SpA c/ Algérie*⁹⁸⁹, l'Algérie tirait argument du fait que le TBI Italie-Algérie précisait à plusieurs reprises que les investissements devaient avoir été effectués « *conformément aux lois et règlements en vigueur* », et arguait que le contrat litigieux ne constituait pas un investissement protégé au titre du TBI Italie-Algérie car il ne remplissait pas formellement les exigences que la loi algérienne pose pour la reconnaissance d'un investissement, lequel supposait en particulier « *une procédure spéciale aboutissant à une reconnaissance formelle* ». Le tribunal arbitral a décidé de ne pas pouvoir souscrire à une telle interprétation. Tout

⁹⁸⁷ Art. 1, TBI France-Chine 2007 ; accord de libre échange ASEAN-Chine 2009 : « ... *assets invested ... in accordance with the relevant laws and regulations and policies of the other Contracting Party* ».

⁹⁸⁸ Voir notamment l'analyse de C. YANNACA-SMALL, « Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements », in *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OCDE, 2008, pp. 76-77.

⁹⁸⁹ *LESI SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, affaire CIRDI, No. ARB/05/3, décision sur la compétence (12 juillet 2006), paragr. 83, disponible sur <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

d'abord, pour ce qui concernait l'interprétation du traité, le tribunal a estimé que le sens à retenir devait être celui que les deux Etats pouvaient lui donner, et non celui que l'une d'elles entendait faire valoir au vu de sa législation nationale. Pour ce qui concernait la référence dans le traité à la conformité aux lois et règlements en vigueur, le tribunal a estimé qu'elle ne constituait pas « *une reconnaissance formelle de la notion d'investissement telle que la comprend le droit algérien de manière restrictive, mais, selon une formule classique et parfaitement justifiée, l'exclusion de la protection pour tous les investissements qui auraient été effectués en violation des principes fondamentaux en vigueur* ». Le tribunal a enfin estimé qu'il était « *nullement certain que la définition retenue en droit algérien puisse être déterminante dans un contexte comme celui qui est en cause, dès lors qu'elle sert avant tout à tracer le cadre dans lequel les investissements pourront bénéficier de privilèges fiscaux dans le régime algérien, une préoccupation compréhensible certes, mais totalement étrangère à l'objectif de l'Accord bilatéral* »⁹⁹⁰.

555. Dans la sentence *Fraport c. Philippines*, le tribunal a décliné sa compétence et estimé que l'investissement étranger ne bénéficiait pas de la protection du TBI dès lors que l'investisseur étranger avait délibérément violé le droit local⁹⁹¹. Dans cette affaire, l'Etat défendeur faisait valoir, qu'en application de la stipulation contenue dans la définition de l'investissement protégé, dans le TBI Allemagne-Philippines⁹⁹², la protection du TBI était réservée aux investissements réalisés conformément au droit local philippin. Le tribunal arbitral a estimé que la violation par Fraport de la législation philippine, relative à l'interdiction de détention, par une entité étrangère, de plus de 40% du capital de sociétés titulaires d'une concession de service public, constituait une violation des dispositions du droit local, qui excluait la protection de l'investissement par le TBI, et par conséquence, excluait également la compétence du tribunal arbitral. En l'espèce, le tribunal arbitral a estimé que la violation par Fraport de la législation philippine était d'autant plus grave que la demanderesse était parfaitement au courant de ces dispositions, et les avait contournées à l'aide de conventions tenues secrètes. Cette

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines*, affaire CIRDI, No. ARB/03/25, sentence (16 août 2007), disponible sur <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁹⁹² Art. 1(1) : « *The term 'investment' shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State [...]* ».

solution, visant à introduire un critère d'exclusion de la protection des TBI, aux investissements délibérément illégaux, a été reprise dans l'affaire *Desert Line Projects c. Yémen* : « *In State practice in the BIT area, the phrase « according to its laws and regulations » is quite familiar. Moreover, it has been well traversed by arbitral precedents, notably Inceysa (Inceysa v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 August 2006) and Fraport (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case N° ARB/03/25, 16 August 2007) which make clear that such references are intended to ensure the legality of the investment by excluding investments made in breach of fundamental principles of the host State's law, e.g. by fraudulent misrepresentations or the dissimulation of true ownership. No such illegality has been alleged, let alone proved, in this case* »⁹⁹³. Il est en conséquence peu probable qu'un tribunal arbitral estime que la référence générale à la « conformité au droit chinois » signifie que l'investissement n'est protégé que si l'investisseur étranger justifie du bon accomplissement des formalités de vérification et d'approbation, et en fasse une condition pour les contrats de joint ventures sino-étrangères. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, même les tribunaux arbitraux siégeant sous l'égide du CIETAC ont reconnu la validité *inter-partes* des conventions d'investissement non approuvées.

556. Au terme de cet examen de quelques aspects relatifs à la conclusion des contrats de joint ventures sino-étrangères, le formalisme qui accompagne la conclusion du contrat, vu comme une modalité du contrôle des moyens d'investissements étrangers par l'Etat récepteur, est en réalité devenu, avec la restructuration et la transmission des joint ventures, un instrument redoutable, au service des parties qui, en invoquant l'inapplicabilité du contrat dépourvu d'approbation, entendent éluder le débat de fond relatif à l'exécution de leurs obligations de partenaire. Toutefois, les arbitres ne confirmant pas systématiquement l'invalidité de la convention litigieuse, la prédictibilité du droit reste toutefois à démontrer. Il en va différemment en matière de litiges relatifs à l'exécution des contrats de joint ventures sino-étrangère, où les solutions contenues dans le corpus des sentences arbitrales présente une plus grande unité.

⁹⁹³ *Desert Line Projects c. Yémen*, Affaire CIRDI, n° ARB/05/07, sentence du 6 février 2008, paragr. 102-104, Chronique des sentences arbitrales CIRDI, *JDI*, 2009, p. 342 et s. ; *La Jurisprudence du CIRDI II*, pp. 349-446, 446-451.

Titre II – Le règlement des litiges liés à l'exécution des contrats de joint ventures sino-étrangères

557. La constitution et l'exploitation de la joint venture reposent sur la bonne exécution par les associés de la mise en commun des moyens de production par le versement des ressources financières au fonctionnement de la joint venture. Le succès de l'exploitation de l'entreprise conjointe dépend également de la volonté des deux partenaires, entités juridiquement distinctes, de travailler ensemble à la poursuite de l'objectif commun et à la commercialisation de leurs produits. Les litiges soumis aux arbitres interviennent au moment où les parties ont épuisé, le plus souvent de longue date, les aménagements nécessaires à la survie de l'entreprise conjointe, par des aménagements apportés aux accords initiaux et par des tentatives de règlement amiable. Le plus souvent, les arbitres ne font que constater le défaut de commencement d'exploitation de la joint venture, faute de financement, ou l'interruption de longue date de son exploitation à la suite de l'échec commercial du projet commun. Il convient d'examiner la nature et les solutions apportées aux litiges issus des obligations pécuniaires des associés (I) avant d'envisager les litiges issus de l'exploitation de la joint venture sino-étrangère (II).

Chapitre I – Les litiges liés aux obligations pécuniaires des associés

558. Le contentieux des joint ventures est caractérisé par deux types de litiges, ceux relatifs au financement des moyens de la joint venture (Section I) et ceux relatifs aux activités de la joint venture (Section II).

Section I. Les litiges liés aux obligations pécuniaires des associés

559. Les associés de la joint venture s'engagent à fournir à la joint venture les ressources qui lui sont nécessaires pour la poursuite de son activité. Cette obligation pécuniaire trouve son origine dans tout contrat de société quelle que soit la forme sociale choisie et même en l'absence de personnalité morale reconnue⁹⁹⁴. L'obligation pécuniaire consiste en une obligation de versement d'un apport ou d'une contribution (§ 1) et en une obligation de participation aux résultats (§ 2).

⁹⁹⁴ L. GODON, *Les obligations des associés*, Paris, Economica, 1999, pp. 21-22 ; J.-M. de BERMOND de VAULX, « La notion d'apport dans les joint international ventures », *JCP. Ed E* 1982, II, 13757.

§ 1 Les apports et contributions des associés

560. L'obligation d'apport est une obligation fondamentale de l'associé, sans laquelle il ne pourrait prétendre à ce statut, et dont l'exécution suppose la libération de l'apport souscrit et sa garantie afin que la société puisse en tirer les bénéfices économiques escomptés⁹⁹⁵.

561. Au titre des contributions pécuniaires à la charge des associés, la réglementation chinoise des EJV et des CJV distingue l'investissement total, effectué par les associés de la joint venture, d'une part, et le capital social souscrit par les associés, d'autre part⁹⁹⁶. Sans imposer un capital social d'un montant minimum, la réglementation impose que le capital social immobilisé constitue 33 à 70% de l'investissement total⁹⁹⁷, qui doit être libéré dans un délai de trois mois à compter de l'émission de la licence d'exploitation de la joint venture⁹⁹⁸. Il importe de distinguer les fonds constituant le capital social de ceux constituant le solde de l'investissement total, car seule l'obligation de verser le capital souscrit constitue une obligation fondamentale de l'associé, dont l'inexécution peut justifier la résiliation anticipée du contrat de joint venture, cette sanction ne s'appliquant pas à l'obligation de verser la différence entre le capital social et l'investissement total. La sentence *The Grand Hotel JV 1998*⁹⁹⁹ illustre cette différence. Le contrat de CJV et le certificat d'approbation indiquaient que le capital social était de 2,8 millions USD, et que le défendeur devait en outre verser la somme de 1,2 million USD, au titre de la différence entre le capital social et l'investissement total, alors que le contrat de CJV ne stipule pas quand et comment cette somme additionnelle serait financé. Le tribunal arbitral a, en application du décret d'application de la loi sur les CJV, qui régit tant l'investissement total que le capital social, défini l'investissement total de la joint venture comme étant « *le capital total injecté nécessaire pour le domaine de la*

⁹⁹⁵ L. GODON, *op. cit.*, pp. 24-41 ; I. HEWITT, *Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, Londres, 4^{ème} édition, 2008, paragr. 7-01 à 7-44.

⁹⁹⁶ O. NEE, *op. cit.*, paragr. 3-13 à 3-24 ; D. BORDE, MENG Sheng, « Les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangères en République populaire de Chine », *RDAL*, n°5, 1993, pp. 546-547 ; D. BORDE, « La constitution de sociétés communes à capitaux mixtes, chinois et étrangers, en République populaire chinoise », *RDAL*, n°2, 1986, pp. 196-197.

⁹⁹⁷ Art. 4, loi sur les EJV.

⁹⁹⁸ V. PIRONON, *op. cit.*, pp. 307-317 pour les EJV ; pp. 341-342 pour les CJV.

⁹⁹⁹ *The Grand Hotel JV Case 1999*, Sentence CIETAC (26 mars 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 113, traduction de l'auteur.

production et de l'exploitation déterminé dans les contrats et les statuts de joint ventures », et le capital social comme étant « *le montant total du capital, enregistré par les associés auprès des bureaux de l'AIC afin d'établir la joint venture* ». Le tribunal en a conclu que le versement attendu du défendeur signifiait celui du solde du capital social plutôt que la différence entre ce capital social et l'investissement total et, qu'en outre, il restait redevable du financement de cette différence, et que la violation de cette seconde obligation pécuniaire, d'un montant de 1,2 million USD, ne constituait pas une violation fondamentale du contrat.

562. A l'examen des litiges relatifs à la forme de l'apport (A) succèdera celui de l'évaluation de l'apport (B) puis celui des sanctions afférentes au non-respect de l'obligation d'apport (C).

A. Forme de l'apport

563. Dans les EJV, les apports prennent la forme d'apport en numéraire ou en nature, bien immobilier ou mobilier, corporel ou incorporel, à savoir « *bâtiments, sites industriels, machines, équipements ou autres matériaux, propriété industrielle, technologies propriétaires, ou droit d'usage de site* »¹⁰⁰⁰. Dans les CJV, les contributions des associés prennent quant à elles la forme de contributions en numéraires ou de « conditions de coopération » (*hezuo tiaojian*, 合作条件), telles que le droit d'usage d'un terrain, de locaux et la fourniture de matériel, pour ce qui concerne la partie chinoise, et de propriété industrielle et d'équipements, pour ce qui concerne la partie étrangère¹⁰⁰¹. L'énumération des conditions de coopération n'est pas limitative¹⁰⁰². La particularité des contributions, dans certaines CJV, réside également dans la possibilité, laissée aux associés, de fournir des conditions de coopération non financières, c'est-à-dire dépourvues d'évaluation¹⁰⁰³. On retient, à titre d'exemple, le droit d'usage de terrain ou la fourniture d'une garantie pour aider au financement de la joint venture. Si la loi prévoit que les conditions de coopération sont limitées à des biens, la pratique montre que ces conditions de coopération incluent également

¹⁰⁰⁰ Art. 22, décret d'application de la loi sur les EJV.

¹⁰⁰¹ TAO Jingzhou, « La nouvelle loi sur les entreprises conjointes sino-étrangères », *RDAI*, n° 2, 1988 p. 75 ; *cah jur fisc exp* 1988-2, p. 321.

¹⁰⁰² Art. 8, loi sur les CJV ; art. 17 et 18, décret d'application de la loi sur les CJV.

¹⁰⁰³ Art. 8, loi sur les CJV.

l'accomplissement par un des associés des démarches d'approbation administrative ou de licence et d'approbation spéciales pour la joint venture¹⁰⁰⁴. Les contrats de joint ventures prévoient souvent un apport en nature ou un panachage de l'apport entre numéraire et nature¹⁰⁰⁵ (1). Cet apport en nature consiste principalement en un droit d'usage de terrain et de locaux industriels, un bien corporel, tel un équipement, ou en droit de propriété industrielle (2).

1. L'apport en numéraire

564. L'apport en numéraire pose peu de difficulté quant à son identification. Si les apports en numéraire des différentes parties sont à effectuer dans des devises différentes, le contrat de joint venture stipule le plus souvent un taux de change conventionnel ou par référence à un taux officiel¹⁰⁰⁶.

565. Toutefois, il arrive que la nature de l'apport ne soit pas clairement exprimée dans le contrat de joint venture, de sorte qu'un apport, souscrit en numéraire, soit réalisé sous forme d'un apport en nature. Ainsi, dans l'affaire *Solar Energy JV 1990*¹⁰⁰⁷, le capital social de l'EJV s'élevait à 320.000 USD et l'investisseur étranger (défendeur) devait réaliser un apport en numéraire représentant 25% du capital social, soit 80.000 USD. Le contrat d'EJV stipulait qu'il était responsable de « *la commande, à l'étranger, d'équipement de pointe, de l'importation et de la fourniture de silicium supplémentaire et d'autres matériaux qui soient conformes aux conditions de qualité du produit, et de la revente des produits manufacturés, selon le plan de production confirmé par les parties* ». Les associés chinois (demandeurs) arguaient de l'inexécution par le partenaire étranger de son obligation d'apport, pour défaut de versement des 80.000 USD à la joint

¹⁰⁰⁴ J. Zimmerman, *China law deskbook : a legal guide for foreign-invested enterprises*, American Bar Association, 3^{ème} édition, 2010, pp. 96-97.

¹⁰⁰⁵ *Latex Products JV Case (1991)*, Sentence CIETAC (31 octobre 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°76, p. 437 ; Dans la sentence *Communication Equipment JV Case (1991)*, la contribution de l'associé chinois était en nature, à savoir un immeuble construit de 1000 m² « *for production, residence and basic facilities* », d'une valeur de 180.000 USD, ainsi qu'en numéraire pour 20.000 USD, v. *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°73, p. 420.

¹⁰⁰⁶ *The Storage and Carriage JV Case 1998*, sentence CIETAC (13 janvier 1998), le contrat prévoyait que la contribution financière était « *en HK dollar ou US dollar, selon l'ajustement de change quotidien pour la conversion entre le RMB et les devises étrangères annoncé par l'Administration d'Etat du change* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89.

¹⁰⁰⁷ *Solar Energy JV Case 1990*, sentence CIETAC (14 juin 1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39, p. 225.

venture, tandis que ce dernier prétendait avoir exécuté son obligation par voie de compensation, en s'acquittant de sa quote-part du prix d'achat de l'équipement de 320.000 USD prévu au contrat. Le tribunal arbitral a constaté que le contrat de joint venture « *ne contenait pas de stipulation claire relative à la forme de l'apport, s'il devait être en numéraire ou en nature* », et que l'accord des associés prévoyait que l'investisseur étranger commanderait un équipement auprès d'une entreprise canadienne pour un montant de 320.000 USD. L'investisseur étranger a remis à la joint venture le reçu émanant de l'entreprise canadienne du versement d'un acompte de 80.000 USD, et la joint venture a négocié directement le règlement du solde de 240.000 USD. Le tribunal arbitral a, au vu de ce reçu, constaté la réalisation, par l'investisseur étranger, de son apport sous cette forme¹⁰⁰⁸. Dans *Glazed Products JV 1991*¹⁰⁰⁹, le tribunal arbitral a dû examiner l'ensemble des accords contractuels afin de déterminer si la stipulation du contrat d'EJV, qui prévoyait le versement d'un apport en numéraire par le défendeur, reflétait le « *réel accord* » des associés. L'associé chinois (demandeur) prétendait que le contrat d'EJV, qui stipulait que l'associé américain (défendeur) fasse « *un apport de 58.000 USD en numéraire, représentant 25% de l'investissement total, pour l'achat à l'étranger d'équipement de pointe, de transport et de bureau* » devait prévaloir sur les autres documents, à savoir la proposition de projet, la réponse pour la création du projet, la réponse sur l'étude de faisabilité et l'étude de faisabilité annexée au contrat d'EJV, documents qui indiquaient tous que l'apport du défendeur était de « *25% du capital social par apport en nature, moyennant la différence en numéraire* ». Le tribunal arbitral a recherché, au-delà des stipulations du contrat d'EJV, le « *réel accord* » des parties, et décidé que les associés étaient convenus en réalité que l'apport du défendeur était un apport en nature : « *Bien que la forme d'expression et les mots utilisés [dans les deux types de documents] sont différents, le contenu fondamental est identique : le demandeur exigeait que le défendeur fournisse des biens tels qu'une voiture, un fax, un télex et un ordinateur. Si ces biens avaient été enregistrés dans le contrat comme apports, il eût été difficile au département supérieur responsable de l'approuver. En*

¹⁰⁰⁸ *Solar Energy JV Case 1990*, sentence CIETAC (14 juin 1990) : « *il est évident que tout au long du processus de la transaction, les demandeurs savaient ou du moins pouvaient déduire que le défendeur (sic) ne recevrait qu'une valeur d'équipement de 240.000 USD, et que les autres 80.000 USD représentaient l'apport de défendeur dans la joint venture* », *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39, p. 225.

¹⁰⁰⁹ *Glazed Products JV Case 1991*, sentence CIETAC (2 septembre 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°70, p. 404.

conséquence, afin de s'adresser au département supérieur responsable et faire approuver le contrat le plus tôt possible, l'apport du défendeur été modifié en un apport en numéraire ».

2. L'apport en nature

a. *L'apport d'un droit d'usage de terrain et de locaux industriels*

566. Le droit d'usage de terrain constitue l'exemple typique d'apport en nature, effectué par la partie chinoise au contrat de joint venture. Il peut consister en la transmission à la joint venture d'un droit d'usage dont l'associé chinois est titulaire¹⁰¹⁰, mais également en la mise à disposition du droit d'usage d'un associé au profit de la joint venture¹⁰¹¹, ou enfin en l'acquisition par la joint venture d'un droit d'usage financé conjointement par les associés¹⁰¹². Les apports de droit d'usage de terrain aux joint ventures sino-étrangères sont réglementés tant au niveau national¹⁰¹³, que local¹⁰¹⁴, ce qui explique la complexité du contentieux arbitral en la matière. Les litiges portent classiquement sur la conformité matérielle du bien immobilier transmis (i), mais également sur le respect par l'apporteur des modalités procédurales requises aux fins de transmission effective du titre de propriété (ii).

i. *La conformité matérielle de l'apport en droit d'usage de terrain*

567. La délivrance d'un bien immobilier, conforme à l'accord des parties, est une condition essentielle de la réalisation de l'apport. Or, il arrive que ni le contrat de joint venture ni ses annexes n'identifient ce terrain, objet de l'apport. Ainsi dans *The*

¹⁰¹⁰ *Pressure Container JV 1998*, Sentence CIETAC (29 mai 1998) *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 200 ; *Melamine Products JV 1999*, Sentence CIETAC (31 mai 1999) *Ibid.*, p. 433, *Yixing Chemical JV 19989* Sentence CIETAC (22 juin 1999) *Ibid.*, p. 461 ; *Shoulder Pad JV 1999*, Sentence CIETAC (8 novembre 1999) *Ibid.*, p. 586 ; *Fabricated Metal JV 1999*, Sentence CIETAC (21 décembre 1999) *Ibid.*, p. 717 ; *Washing Power JV 2000*, Sentence CIETAC (11 décembre 2000) *Ibid.*, p. 852.

¹⁰¹¹ *Guangzhou Dyeing JV 1998*, Sentence CIETAC (6 janvier 1998) *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73 ; *XX Entertainment JV 1999*, Sentence CIETAC (20 avril 1999) *Ibid.*, p. 394.

¹⁰¹² *Guangzhou XX Building JV 1999*, Sentence CIETAC (1^{er} avril 1999) *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375 ; *Commercial Real Estate Development JV 1999*, Sentence CIETAC (13 septembre 1999) *Ibid.*, p. 521, pour une EJ.V.

¹⁰¹³ *Some Provisions on the contribution to the sino-foreign joint ventures*, « *Provisional Regulations on the Administration of Land-Use for Sino-Foreign Equity Joint Ventures and Sino-Foreign Cooperative Joint Ventures* » promulguées le 19 août 1990.

¹⁰¹⁴ Municipalité de Nankin : *Nanjing Agriculture Product JV 1996* (18 juin 1996) *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4 ; ZES du Guangdong : *Storage and Carriage JV 1998* (13 janvier 1998), *Ibid.*, p. 89.

*Fabricated Metal JV 1999*¹⁰¹⁵, le terrain litigieux de 10.000m² était identifié dans des documents, dont l'associé étranger contestait avoir eu connaissance. Dans d'autres affaires, le différend sur la conformité porte sur la superficie du terrain apporté. Ainsi, dans *Warehouse JV 2001*¹⁰¹⁶, le contrat de joint venture stipulait que la partie chinoise (défenderesse) apporterait un droit d'usage d'une durée de 70 ans, relatif à un terrain de 20 mu (soit 13.500 m²), valorisé par elle à 200.000 USD (soit 10.000 USD/mu) et soumis à évaluation, à la diligence de l'apporteur. Le rapport d'évaluation, émanant d'un cabinet comptable, avait confirmé que la superficie du terrain s'élevait à « 19,9 mu, pour un prix de : 9 mu × 145.600 RMB/mu = 2.897.440 RMB ». Toutefois, un certain nombre d'erreurs, dans les documents descriptifs du terrain fournis par l'associé chinois, révélaient que ce terrain était différent de celui décrit dans le contrat d'EJV et que sa superficie, une fois l'usine construite, ne s'élevait plus qu'à 18.5895 mu, soit 1.4105mu de moins que contractuellement prévu. Le tribunal a constaté l'erreur, recherché si l'associé chinois avait exécuté un apport conforme à son obligation, et a conclu à la rectification de l'apport selon la superficie réelle : « *En fait, le terrain apporté par le défendeur à l'EJV n'a pas affecté son exploitation normale. La superficie réelle du droit d'usage immobilier était seulement inexacte par rapport à la superficie contractuellement prévue, et la somme des erreurs n'était pas grande, ce qui n'a pas eu d'influence sur l'établissement et l'exploitation de l'EJV. En conséquence, en raison de l'incohérence avec la superficie réelle, l'apport du défendeur est confirmé pour la superficie réelle de 12.392,98m²* ».

568. De même, dans *The Storage and Carriage JV 1998*¹⁰¹⁷, l'investissement total de 17 millions RMB dans la CJV consistait en un entrepôt de 15.000m². Aux termes du contrat de CJV, il incombait à la partie chinoise d'apporter un droit d'usage d'une durée de 20 ans, sur un terrain de 20.000m², situé au nord de la gare de Canton. Il s'est avéré que la demande d'attribution de terrain a été rejetée par les autorités chinoises, et l'associé chinois a, en lieu et place, fourni, en qualité de bailleur, un bail de 9 ans, portant sur un terrain de 15.000m² situé « à gauche de la gare de Canton », stipulé au

¹⁰¹⁵ *The Fabricated Metal JV 1999*, Sentence CIETAC (21 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 717, traduction de l'auteur.

¹⁰¹⁶ *Warehouse JV Case 2001*, Sentence CIETAC (26 avril 2001) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 852, traduction de l'auteur.

¹⁰¹⁷ *The Storage and Carriage JV Case 1998*, Sentence CIETAC (13 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89, traduction de l'auteur.

profit de l'associé étranger et prévoyant que le bailleur faisait son affaire d'obtenir le droit d'usage du terrain. Le tribunal a écarté cette alternative en constatant que les conditions de coopération « *fournies par le défendeur ne sont pas les mêmes que celles prévues dans le contrat de CJV. Le changement des conditions prévues au contrat de CJV nécessite le consentement du demandeur* ». Or, en l'espèce le demandeur n'avait pas consenti à une telle modification des conditions de coopération.

569. Une autre catégorie d'apport en biens immobiliers consiste en la simple mise à bail, au profit de la joint venture, d'un droit d'usage d'un terrain dont l'associé chinois est et reste titulaire. Dans ce contexte, l'associé chinois prend à sa charge le loyer de la joint venture durant une période déterminée, ensuite de quoi la joint venture prend le relais. L'apport d'un simple bail – et non d'un droit d'usage – pose le problème de la spécificité du droit consenti et de la stabilité des activités de la joint venture, pour le cas où l'apporteur décide de réaliser son droit d'usage. L'affaire *Guangzhou Dyeing JV Case 1998*¹⁰¹⁸, relative à une CJV dotée de la personnalité morale, pour l'exploitation d'une usine de teinture de textile à Canton, constituée pour une durée de 18 années, est un exemple de ces difficultés. Le capital social de 8 millions HK\$, pour un montant total d'investissement de 10 millions HK\$, répartis entre (i) l'associé chinois pour 25% (2 millions HK\$), moyennant une contribution en immobilière sous la forme d'un bail et d'équipement, et la prise en charge du loyer bail (dans la limite de 2 millions HK\$) du site industriel nécessaire aux activités de la joint venture¹⁰¹⁹, et (ii) l'associé hongkongais pour 75% (6 millions HK\$), moyennant une contribution en numéraire et en équipement¹⁰²⁰. Le tribunal arbitral a constaté la bonne réalisation de son apport par l'associé chinois (défendeur)¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ *Guangzhou Dyeing JV 1998*, Sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73, traduction de l'auteur.

¹⁰¹⁹ « La partie A [associé chinois] devra, dans les trois mois de l'émission de la licence d'affaires de la CJV, fournir l'équipement requis au titre de sa contribution et verser le loyer de l'usine de 1.600 m², sur une base mensuelle. Ce montant sera converti en HK\$, conformément au taux de change des devises annoncé par le Centre de change de Canton, le 8 de chaque mois, jusqu'à ce que la totalité de la somme de 2 millions HK\$ ait été versée », *Ibid.*

¹⁰²⁰ « La partie B devra, dans les trois mois de l'émission de la licence d'affaires de la CJV, fournir l'équipement requis au titre de sa contribution et verser la somme de 5 millions HK\$, le solde d'un million HK\$ sera réglé intégralement en équipement et en numéraire, dans un délai de 12 mois suivant le premier versement », *Ibid.*

¹⁰²¹ « Selon le contrat de CJV et les statuts de la CJV, le défendeur devait apporter deux machines à tisser [...] et le paiement du loyer de l'usine de 1.600m² (13 RMB/M² sur une base mensuelle avec une

570. Une année après la réalisation de ces conditions de coopération et sans en informer préalablement son associé Hongkongais, l'associé chinois a décidé de vendre l'usine et le droit d'usage, qui étaient utilisés par la CJV et, par voie de conséquence, de transférer le site d'activité de la joint venture. Il a conclu, le 18 juin 1995, un accord avec un tiers à cet effet. L'associé Hongkongais, une fois informé, a contesté la relocalisation de la CJV sur le nouveau site proposé, arguant de la violation, par l'associé chinois, de son obligation de contribution. Le tribunal arbitral a conclu que le transfert du site, sans le consentement du partenaire étranger, constituait un « retrait unilatéral », par le partenaire chinois, de ses conditions de coopération et engageait sa responsabilité : « *En fait, le 18 juin 1995, le défendeur et la société XX ont conclu un accord de cession par le défendeur de l'usine de 1.600 m² et du terrain sur lequel l'usine était implantée. Il n'y a pas de preuve suggérant que le demandeur et le conseil d'administration [de la CJV] ont consenti à la signature de cet accord entre le défendeur et la société XX. Le défendeur n'a abordé la question de la cession du terrain et du déménagement de l'usine de la CJV qu'au conseil d'administration du 24 octobre 1995. Le demandeur et le défendeur n'ont pu parvenir à un accord sur la relocalisation de l'usine de la CJV. La relocalisation non consentie de l'usine par le défendeur est un retrait unilatéral par le défendeur de son apport sous la forme d'une usine* ».

ii. *Le retrait du droit d'usage immobilier*

571. Le défaut de règlement par la joint venture du prix de cession du droit d'usage d'un terrain d'Etat peut être sanctionné par le « retrait » du droit d'usage par l'administration chinoise. Dans l'affaire *Commercial Real Estate Development JV 1999*¹⁰²² relative à une joint venture, portant sur un projet immobilier pour un investissement total de 5 millions USD, l'associé chinois (défendeur) avait fait l'apport de 20% du capital social, sous la forme d'un droit d'usage immobilier, propriété d'Etat. Après l'approbation de la joint venture, le 7 août 1992, la joint venture a donc conclu

augmentation annuelle de 6,6%) jusqu'à ce que sa contribution atteigne 2 millions HK\$. Le rapport de vérification du capital du 6 janvier 1995 montre que ce capital a été vérifié en conformité avec les lois et règlements et les statuts de la CJV. Ce rapport indique aussi que le défendeur avait fait un apport de 2.001.267 HK\$ au capital social, au 15 novembre 1994, ce incluant le droit d'usage du terrain pour une usine de 1.600 m² du 1^{er} juillet 1994 au 31 mars 2001, moyennant un loyer de 2.106.621 RMB (équivalent à 1.882.088 HK\$) selon le taux de change applicable au début du bail, le 1^{er} juillet 1994). Les preuves soumises montrent que le défendeur a payé son apport sous la forme de loyer et peut être considéré comme ayant réalisé l'apport requis jusqu'au 31 mars 2001) » Ibid.

¹⁰²² *Commercial Real Estate Development JV 1999*, Sentence CIETAC (13 septembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 521.

avec le bureau de la zone de développement immobilier XX un accord de transmission immobilière (*Land Transfer Agreement*), aux termes duquel le bureau de la zone de développement immobilier XX transmettait à la joint venture le droit d'usage d'un lot de 29.042m², situé dans une zone de développement, pour un prix de 160 RMB/m², payable en deux fois. L'article 7 de l'accord de transmission immobilière stipulait une durée pour le projet de construction immobilière : « *En vertu du programme proposé de construction, la durée de la construction est de 2 (sic) ans, du 12 septembre 1992 au 11 septembre 1999* ». L'article 9 stipulait les délais de paiement du prix de cession suivants : « *La Partie B (défendeur) paiera à la Partie A (le bureau de la zone de développement immobilier XX) en deux versements avec intérêt. Les deux versements sont respectivement de 30% du prix total le 16 septembre 1992 et 70% du prix total le 16 septembre 1993 ...* ». La partie étrangère (demanderesse) a réglé la somme de 651.474 RMB correspondant à 4.024m², le solde étant payable par la partie chinoise. N'ayant pas perçu le versement du solde, le bureau de la zone de développement immobilier XX a, par lettre du 12 mars 1988, résilié l'accord de transmission immobilière pour violation des termes de cet accord¹⁰²³. Le tribunal a, en conséquence, engagé la responsabilité de l'associé chinois (défendeur), pour violation de son obligation d'apport, tirée du défaut de paiement, par lui de la part du prix de cession qui lui incombait au titre du contrat de joint venture.

iii. *La conformité juridique de l'apport en droit d'usage de terrain*

572. La seconde catégorie de différends porte sur la conformité juridique du bien immobilier apporté. Un premier aspect de cette conformité réside dans la garantie, donnée par l'associé, que nul autre que lui n'est propriétaire du droit apporté. Un second aspect de cette garantie consiste dans le bon accomplissement par l'apporteur des conditions procédurales du transfert de propriété au profit de la joint venture.

- *La propriété du droit d'usage*

¹⁰²³ « *Votre société a signé l'accord de transmission immobilière avec notre bureau le 18 octobre 1992 pour un droit d'usage du lot II-6 de la Zone de Développement XX de 19.910,013 m². Votre société a sévèrement violé les articles 7 et 9 de l'accord de transmission immobilière durant votre exécution du droit d'usage. Maintenant, conformément aux articles 10 et 28 de l'accord de transmission immobilière, nous décidons ce qui suit :*

The Land Transfer Agreement X Kai Di Hui Zi (92) No. 086. is terminated, and the parties shall cease performing it ». *Ibid.*

573. Le premier aspect de la conformité juridique de l'apport suppose que l'apporteur est propriétaire du bien. Le droit des investissements étrangers interdit aux associés de faire apport de biens qui seraient propriété d'un tiers¹⁰²⁴ et impose une garantie d'éviction sur les apports, afin de permettre à la joint venture de jouir de leur complète possession, libre de tous droits¹⁰²⁵. Dans la sentence *The Grand Hotel JV 1998*¹⁰²⁶ l'associé chinois (demandeur) s'était engagé à faire apport d'un immeuble de 12 étages. Le droit d'usage de l'immeuble, qu'il avait apporté à la CJV, s'est révélé être la propriété d'une entité tierce : « *après avoir examiné les preuves et les pièces soumises par les parties, le tribunal relève que le droit d'usage des locaux situés n° 369 rue XX, fourni à la CJV n'est pas la propriété du demandeur. Le tribunal note que le demandeur et l'entité en question sont deux personnes morales distinctes* ». Le tribunal arbitral a constaté que l'associé chinois avait bien, dans les faits, délivré l'immeuble, mais sans en transmettre le titre de propriété, puisqu'il n'en était pas le propriétaire, de sorte qu'il avait engagé sa responsabilité : « *bien que le demandeur a fourni l'immeuble, l'endroit pour l'exploitation de l'entreprise et les installations contractuellement prévus, le demandeur n'était pas propriétaire de l'immeuble. En l'espèce, la contribution du demandeur a consisté simplement en un droit d'usage sans qu'intervienne une quelconque translation de propriété sur un bien. Le tribunal relève que, bien qu'il ait réalisé l'apport, le demandeur n'était pas propriétaire du droit en question. Dès lors, le demandeur a violé la loi sur les CJV et son règlement d'application qui régissent les contributions des parties* ».

- *La transmission du titre de propriété au profit de la joint venture*

574. Le deuxième aspect de la conformité juridique de l'apport réside dans le bon achèvement des conditions procédurales afférentes à la transmission du droit immobilier. Il ne suffit pas pour l'associé de prouver la délivrance du bien à la joint venture et l'occupation des locaux ou du terrain par cette dernière, il reste nécessaire

¹⁰²⁴ Contenue à l'art. 3 du règlement sur la souscription du capital par les parties dans les EJV, qui dispose : « *no party to a joint venture may use as its own, investment loans, leased equipment or other property obtained in the name of the joint venture or the property of a party other than the joint venture party* ».

¹⁰²⁵ Art. 19, décret d'application de la loi sur les CJV dispose : « *Les associés utiliseront leur biens ou leurs droit réels comme apports ou conditions de coopération et ces apports ou conditions de coopération ne doivent être ni hypothéqués ni garantis par d'autres moyens* ».

¹⁰²⁶ *The Grand Hotel JV Case 1999*, Sentence CIETAC (26 mars 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 113, traduction de l'auteur.

d'établir que le titre a bien été transféré à la joint venture. Les sentences arbitrales relatives aux conséquences du défaut d'accomplissement des formalités ne sont pas harmonieuses. En effet, si certaines sentences arbitrales se contentent de constater la délivrance effective du bien pour valider la réalisation de l'apport, d'autres sentences appliquent littéralement la réglementation afférente, et engagent la responsabilité de la partie concernée pour défaut d'accomplissement des formalités, enfin une troisième catégorie fait reposer la responsabilité sur les deux associés, voire sur la joint venture.

575. La sentence arbitrale *The Shoulder Pad JV 1999*¹⁰²⁷ illustre la première série de décisions, qui valident l'apport, nonobstant l'inachèvement des conditions de procédure. Le litige résultait des opérations de liquidation d'une EJV, et la partie chinoise, (défenderesse) avait rapporté la preuve d'avoir bien effectué son apport d'une usine de 646m², par la production de l'inventaire de l'usine, annexé au rapport de vérification du capital établi par un Cabinet comptable. En revanche, le tribunal a constaté l'irrégularité de l'exécution, par le défendeur, des formalités de transmission à l'EJV du titre de propriété : « *Etant donné que, dans le début des années 1990s, les demandes de certificats immobiliers dans la ZES de Shenzhen étaient en désordre, le défendeur n'a réussi qu'à déposer une demande de certificat pour l'ensemble du bien, en avril 1992. Bien que l'usine litigieuse ne concernait qu'une petite partie de l'ensemble du bâtiment d'usine, le défendeur, après avoir obtenu le certificat immobilier, aurait dû transmettre ce certificat, pour la partie concernant l'usine de 646,24m² de l'EJV, mais ne l'a pas fait. En conséquence, le défendeur est considéré en défaut de sa contribution sous forme d'une usine* ».

576. Toutefois, le tribunal a également constaté que l'EJV était, depuis sa constitution, sous le contrôle de l'investisseur étranger (demandeur), qu'elle avait utilisé les 646m² de l'usine et les avait amortis dans ses livres comptables. Le tribunal en a conclu que le bien faisait partie des actifs de l'EJV et, qu'au vu de l'inventaire de l'usine contresigné, « *il était inconcevable que le demandeur n'ait pas eu connaissance de sa situation décrite ci-dessus* ». Le tribunal a en conséquence retenu que le partenaire chinois, bien qu'« *en violation du contrat dans une certaine mesure* », avait exécuté « *son obligation fondamentale* » en délivrant le bien, lequel avait ensuite été utilisé par l'EJV durant huit

¹⁰²⁷ *The Shoulder Pad JV Case 1999*, Sentence CIETAC (8 novembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 586, traduction de l'auteur.

années. Il a rejeté la demande d'indemnité formée par l'investisseur étranger après avoir relevé que l'irrégularité n'avait porté préjudice ni à l'associé étranger ni à l'EJV: « *En résumé, le défendeur, qui devrait faire un apport sous la forme d'une usine de 646,24m² a omis de transmettre le certificat immobilier à l'EJV, a violé le contrat dans une certaine mesure. Cependant, durant les 8 années de son exploitation, l'EJV a utilisé ladite usine. En particulier, durant la procédure de liquidation, l'usine a été comptée dans les actifs de l'EJV pour les besoins de la liquidation et a été vendue aux enchères. Le tribunal estime donc que, bien que le défendeur soit en défaut d'apport dans une certaine mesure, ce défaut était justifié et n'a causé aucune perte réelle au défendeur ou à l'EJV. Comme tel, le tribunal décide que le défendeur a exécuté son obligation fondamentale, qui était de fournir une usine de 646,24m² à titre d'apport, conformément aux stipulations du contrat d'EJV. D'un autre côté, la demande du demandeur en paiement d'une pénalité pour violation de l'obligation d'apport est rejetée par le tribunal* »¹⁰²⁸.

577. Une seconde catégorie de sentences retient la responsabilité exclusive de l'apporteur, au motif que le caractère fondamental de l'obligation s'étend au bon accomplissement des formalités procédurales translatives de propriété. Ainsi, dans l'affaire *Fabricated Metal JV 1999*¹⁰²⁹, le tribunal a condamné la partie chinoise pour violation d'une obligation fondamentale : « *Le contrat de joint venture et le contrat supplémentaire stipulent qu'une partie de l'apport du défendeur doit être effectué en droit d'usage immobilier. Le défendeur devait 'organiser' le certificat de droit d'usage immobilier et transmettre ce droit à la joint venture. Bien que le défendeur ait payé le prix du terrain, au Ministère des terrains et des ressources, et que le terrain est effectivement utilisé par la joint venture, le défendeur a échoué à obtenir le certificat de droit d'usage immobilier. Bien que le défendeur s'est acquitté du prix du terrain, la transmission du droit d'usage à la joint venture restait son obligation contractuelle fondamentale, et le défendeur ne saurait en être exempté au vu des raisons mentionnées ci-dessus. Le défendeur n'a pas 'organisé' le droit d'usage immobilier, et ses arguments ne peuvent l'exempter de sa responsabilité. En conséquence, le défendeur est responsable du défaut d'obtention du certificat de droit d'usage* ».

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ *The Fabricated Metal JV Case 1999*, Sentence CIETAC (21 décembre 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 717, traduction de l'auteur.

578. De même dans *Pressure Container JV 1998*¹⁰³⁰, le tribunal a constaté la violation, par la partie chinoise (demanderesse), de son obligation d'apport, pour défaut d'accomplissement, par elle, des formalités relatives à la cession d'un droit d'usage immobilier au profit de la joint venture, et ce nonobstant le fait que la joint venture avait cessé son activité peu de temps après sa constitution : « *Selon les stipulations du contrat d'EJV, de l'accord supplémentaire et les documents d'approbation par l'Etat, la demanderesse devait faire un apport de 1.065.000 USD, sous la forme de matériaux de production et de moyens de subsistance. Le 19 mai 1989, la demanderesse a fait apport à l'EJV de machines et d'équipement, d'usines principales et secondaires, de bâtiments à usages multiples et d'un terrain. L'EJV et les représentants des deux associés ont reçu et accusé réception de ces actifs. Le 20 juin 1989, le cabinet comptable Bao'an de Shenzhen a émis un rapport de vérification du capital, qui a confirmé que la valeur totale de ces actifs et du droit d'usage immobilier était de 1.068.430,85 USD. Cependant, la demanderesse n'a jamais effectué les procédures de changement de propriété auprès des bureaux concernés* ». Le tribunal a écarté les tentatives de justifications de la demanderesse¹⁰³¹, et estimé qu'elle avait violé ses obligations contractuelles : « *Le tribunal n'accepte pas l'argument de la demanderesse. Bien qu'elle ait livré l'équipement, l'usine et le droit d'usage à l'EJV, la demanderesse n'a pas mené à bien les procédures de changement de propriété. En conséquence, le tribunal décide que la demanderesse ne peut pas être considérée comme ayant exécuté l'intégralité de son obligation d'apport et le non-respect les formalités constitue une violation contractuelle* ».

579. Egalement, dans l'affaire *Yixing Chemical JV 1999*¹⁰³², le tribunal a estimé que, nonobstant la délivrance des biens par l'usine chinoise, le défaut d'accomplissement des modalités procédurales de réalisation de l'apport constituait une violation de

¹⁰³⁰ *The Pressure Container Case 1998*, Sentence CIETAC (29 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 200, traduction de l'auteur.

¹⁰³¹ « *La demanderesse prétend avoir délivré les équipements, usines et droit d'usage immobilier susvisés à l'EJV pour son utilisation. La demanderesse prétend que la question de savoir si elle devait mener à bien les procédures de transmission [de propriété] devrait être examinée selon la réglementation étatique. Cependant, puisque l'EJV a cessé son exploitation peu de temps après son établissement, même si la demanderesse voulait mener à bien les procédures, elle n'aurait pu se conformer à la réglementation avant la cessation de l'activité de l'EJV* », *Ibid.*

¹⁰³² *The Yixing Chemical JV Case 1999*, Sentence CIETAC (22 juin mai 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 461, traduction de l'auteur.

l'obligation d'apport. Dans cette affaire, l'usine chimique de Yixing (défendeur) devait faire apport à une joint venture sino-singapourienne, sous la forme d'une usine et de ses dépendances, d'un droit d'usage de terrain et d'une marque, le tout d'une valeur de 265.000 USD, représentant 52% du capital social. A l'occasion de procédures de recouvrement judiciaire instituées par des créanciers de l'usine chimique de Yixing à son encontre, mais exécutées sur les biens, apportés par elle à la joint venture, l'associé étranger de la joint venture a découvert le défaut d'accomplissement des formalités translatives de propriété de ces biens, et a formé une demande en résiliation du contrat de joint venture. Le tribunal arbitral a estimé que « *puisque'il n'a pas accompli les procédures nécessaires afin de transférer la propriété du droit d'usage immobilier, il est décidé que le défendeur n'a pas fait apport à l'EJV du montant contractuel total. Le tribunal a déterminé que la liste des biens du défendeur, établie pour les besoins de la transmission, n'a jamais été signée par le demandeur, et ne peut, en soi, attester d'une reconnaissance de l'apport sous forme de biens et ne répond pas aux exigences procédurales. En conséquence, le défendeur a [...] violé le contrat d'EJV* »¹⁰³³.

580. Plusieurs affaires témoignent enfin de la complexité de la répartition des démarches à entreprendre et des conséquences de leur défaut d'accomplissement sur le sort du titulaire du droit. Ainsi dans la sentence *Nanjing Agriculture Product JV 1996*¹⁰³⁴, le contrat de joint venture prévoyait que l'associé chinois, une entreprise d'Etat de Nankin (défenderesse), ferait un apport en numéraire, complété par un droit

¹⁰³³ *Ibid.* Pour une CJV, voir la sentence *The Container Terminal JV 1998* : « Conformément aux stipulations de l'article 9 du contrat de CJV, le demandeur devait fournir : « un droit d'usage immobilier d'un quai désigné d'une superficie de 2.357m², deux entrepôts de 1.270m², un dépôt de container d'une superficie de 8.770m² et d'autres installations et dépendances du quai (à l'exception du bord de l'eau) ». Après l'établissement de la CJV, le demandeur lui a délivré le quai, les entrepôts, le dépôt et les autres installations et dépendances. L'article 13(1)(ii) du contrat de CJV, qui régit les obligations de la Partie A (partie chinoise), stipule que le demandeur doit mener à bien les procédures, relatives au droit d'usage au profit de la CJV, auprès des bureaux pertinents. Le 9 janvier 1993, le demandeur a obtenu le permis des locaux du quai, du dépôt et du site émis par la société le supervisant, le siège de la Pêcherie Océanique de la ville de Shantou. Mais le tribunal est conscient de ce que le permis des locaux, émis par cette société, peut seulement prouver que le droit d'usage immobilier du quai, des entrepôts et dépôt appartenait au demandeur, alors que l'article 13 exigeait le respect des procédures concernées, relatives à la transmission du droit d'usage des locaux susvisés à la CJV, par le bureau compétent de l'administration foncière. En conséquence, bien que le quai, les entrepôts et dépôt ont été livrés à et utilisés par la CJV, les procédures pertinentes, concernant la transmission du droit d'usage immobilier, n'ont pas été respectées. Le demandeur, qui n'a pas complètement exécuté ses obligations, selon les conditions de coopération, a violé le contrat de CJV ». CIETAC (1er juin 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 211, traduction de l'auteur.

¹⁰³⁴ *The Nanjing Agriculture Product JV Case 1996*, Sentence CIETAC (18 juin 1996) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4, traduction de l'auteur.

d'usage de terrain évalué à 2,6 RMB¹⁰³⁵. Le tribunal a constaté que l'entreprise d'Etat chinoise avait effectivement délivré le terrain à la joint venture et que cette dernière en avait eu la libre jouissance depuis le début de son activité. Le contrat de joint venture prévoyait que l'entreprise d'Etat chinoise « *devait demander le droit d'usage du terrain* ». De son côté, l'associé chinois arguait que cette responsabilité incombait à la joint venture, en vertu (i) du certificat d'approbation de l'apport du droit d'usage de terrain, qui lui avait été délivré et qui stipulait que « *l'EJV devait solliciter immédiatement auprès de son établissement de l'administration du droit d'usage, l'enregistrement et la transmission du droit d'usage immobilier acquitté en devises étrangères et payer les frais de droit d'usage annuels au taux requis par le bureau* » d'une part, et (ii) du règlement municipal provisoire de Nankin relatif à l'administration du droit d'usage pour les EJV et les CJV, d'autre part. L'associé chinois prétendait en avoir informé le représentant légal de l'EJV, qui était également le représentant de l'associé étranger. La joint venture avait déposé la demande de transfert des droits, accompagnée, d'une demande de dégrèvement des droits de transfert, demande qui ne lui avait pas été accordée, de sorte que l'EJV n'avait pas achevé les formalités de transfert du droit d'usage. Le tribunal arbitral a relevé que, selon le règlement municipal de Nankin, il incombait à l'associé chinois qui entendait faire apport du droit d'usage dont il est titulaire, de solliciter de l'administration municipale un permis de droit d'usage, puis après approbation, il incombait à la joint venture, et non à l'associé, de former la demande afin d'obtenir « *l'autorisation d'usage immobilier pour le terrain fourni par le défendeur* ». Le tribunal a écarté les dispositions contractuelles, et fait prévaloir le règlement municipal, pour faire supporter, à la joint venture et non à l'associé chinois, la responsabilité du défaut d'accomplissement des démarches¹⁰³⁶.

¹⁰³⁵ « *Le premier versement de l'apport dû par la défenderesse était de RMB 4.200.000 RMB, consistant en 1.600.000 RMB en numéraire plus le droit d'usage de terrain, évalué à 2.600.000 RMB, tandis que le deuxième versement était de 5.800.000 RMB en numéraire* ». Ibid.

¹⁰³⁶ « *Le contrat d'EJV stipulait que le défendeur était responsable de mener à bien les procédures adéquates afin d'obtenir le droit d'usage de l'administration du droit d'usage. Cette stipulation est contraire au règlement provisoire et donc, l'EJV devait se conformer aux dispositions du règlement provisoire et solliciter elle même ce droit d'usage. Le défendeur avait déjà livré le terrain à l'EJV pour son usage, au titre de son apport. Cependant l'EJV n'a pas obtenu le permis de droit d'usage, après avoir sollicité et s'être vu refusé un dégrèvement des frais de transfert du droit d'usage. En conséquence, l'EJV était responsable de l'obtention du permis du droit d'usage* », Ibid.

b. *L'apport sous forme de bien meuble corporel ou incorporel*

581. La non-conformité matérielle des apports sous forme d'équipement, le plus souvent acquis par l'associé étranger à l'étranger, réside le plus souvent dans leur degré de technicité, voire le fait qu'ils ne sont pas neufs. Ce contentieux de la non-conformité de ces apports est la plupart du temps résolu à l'amiable entre les parties, dès la découverte du défaut, et ressurgit lors de la résiliation du contrat de joint venture et de la détermination des droits et obligations des parties. Ainsi dans la sentence *Resin Product JV Case 1998*¹⁰³⁷ le tribunal arbitral devait examiner l'exécution du contrat d'EJV, par le défendeur, responsable de l'importation des machines, qui constituaient l'apport des deux associés. Le 8 avril 1989, le conseil d'administration de l'EJV avait décidé de mandater le défendeur afin de conclure les contrats avec les tiers, pour l'importation des marchandises. A cette fin, le demandeur a versé au défendeur les sommes de 60.000 USD et de 212.461,84 USD, respectivement les 7 mai et 6 septembre 1989. En décembre 1989, l'EJV a importé un ensemble de machines au prix de 613.900 USD. Le certificat de vérification des apports, émis par le cabinet comptable XX le 24 décembre 1991, et contresigné par les parties, a confirmé qu'au 31 décembre 1990 le demandeur avait fait un apport en numéraire de 272.461,84 USD, équivalent à 136.909,92 (36.547,99 USD) sous la forme d'équipement, et 448.342 RMB en numéraire (75.990,17 USD). Le défendeur avait fait apport de la somme de 385.000 USD sous la forme d'équipement. Le 20 décembre 1990, les parties avaient conclu un accord aux termes duquel l'associé étranger (défendeur) versait une compensation au demandeur d'un montant de 800.000 USD pour la perte subie par la joint venture XX *Resin Product*, découlant de l'importation par le défendeur de ces machines d'occasion. Le montant de cette compensation a été déduit de l'honoraire contractuel payable au demandeur pour les années 1991 et 1992, de sorte que la compensation revienne à la joint venture.

582. Le tribunal a considéré que « le défendeur était chargé par l'EJV d'importer les machines en son nom et aurait dû être conscient de leur prix, de leur qualité et de leur technologie. Toutefois, en sa qualité d'associé, le demandeur aurait dû faire attention à cette question. Cependant, la question relative à ces 5 machines d'occasion a été

¹⁰³⁷ *The Resin Product JV Case 1998*, sentence CIETAC (septembre 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168.

résolue par l'accord de compensation conclu entre les parties », et a rejeté la demande d'indemnité formée par le défendeur¹⁰³⁸

583. La question de la conformité juridique de l'apport reste en revanche souvent irrésolue entre les parties, et doit être tranchée par l'arbitre. En revanche, l'associé n'est pas libéré de son obligation lorsqu'il ne rapporte pas la preuve du règlement par lui des biens acquis en substitution de l'obligation de paiement. Dans l'affaire *Pressure Container JV 1998*¹⁰³⁹, le tribunal arbitral a considéré que l'associé hongkongais (défendeur) n'avait pas exécuté son obligation d'apport d'un montant de 1.065.000 USD, sous la forme de machines et d'équipement, au motif que l'équipement livré par lui avait été acquis par une société tierce, sans qu'il en ait préalablement acquis la propriété. Le tribunal a relevé que le partenaire hongkongais avait transporté et livré un équipement à l'EJV, qui a été apporté par la société de construction hongkongaise LGP. Le défendeur et LGP n'ont jamais entrepris aucune procédure de transfert de propriété au titre des apports. Bien que M. A est l'associé majoritaire et le président du conseil d'administration de LGP et du défendeur, le défendeur et LGP constituent deux sociétés différentes, incorporées à Hong Kong. Le tribunal a estimé qu'il « *reste donc au défendeur de prouver être propriétaire de l'équipement livré à l'EJV* ». En effet, LGP avait sollicité l'aide d'une société dénommée XX Materials pour rembourser ses dettes, afin de pouvoir sortir l'équipement de l'usine, et le défendeur avait gagé l'équipement litigieux au profit de XX Materials afin que cette dernière puisse lui fournir une garantie. Le tribunal a engagé la responsabilité du défendeur à deux titres. Il a jugé qu'une telle conduite constituait une violation de l'article 2 des dispositions relatives aux apports dans les EJV qui imposent que les apports soient la propriété de l'apporteur et qu'ils soient libres de tout gage. Il a en outre constaté que l'équipement fourni avait été évalué à 378.850 USD, conformément à la méthode de calcul contractuellement prévue, alors que le défendeur avait évalué cet équipement à 1.065.834 USD lors de son transfert à l'EJV : « *Cette conduite induit un élément frauduleux. En conséquence, le tribunal considère que l'équipement litigieux ne peut pas être considéré comme l'apport*

¹⁰³⁸ *Ibid.* V. également en ce sens, *Communication Equipment JV 1991*, Sentence CIETAC (16 septembre 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°73, p. 425.

¹⁰³⁹ *Pressure Container JV 1998*, sentence CIETAC (29 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 200.

*du défendeur. En outre, le défendeur n'a pas exécuté son obligation d'apport, sa conduite constitue une violation contractuelle »*¹⁰⁴⁰.

584. Pour ce qui concerne les biens incorporels, le même type de litige est illustré par l'affaire *The Coloured Woven Mill JV 1998*¹⁰⁴¹. L'associé étranger (demandeur) devait faire apport d'un équipement industriel et de la marque « C », pour un montant de total de 1.596.000 USD, dans les deux mois de l'émission de la licence d'affaires de la joint venture. Le certificat d'enregistrement de la marque « C » a révélé que l'associé apporteur n'était pas titulaire de cette marque. Le tribunal a constaté, sur le fondement de l'article 2 des dispositions relatives aux apports dans les EJV, que la garantie d'éviction s'étendait aux droits de propriété industrielle, tels que le droit des marques, et engagé la responsabilité de l'associé pour défaut de réalisation de son apport : « *Une marque est considérée comme un bien industriel et l'EJV a fait usage de la marque C depuis son établissement. Bien que le demandeur a fourni le certificat d'enregistrement de la marque C, il n'a pu établir en être le propriétaire. En outre, le tribunal arbitral a vérifié et confirmé que l'EJV avait versé la somme de 100.000 USD à la société XX Garment afin d'acheter un équipement pour la joint venture, et il n'existe aucune preuve à l'appui de l'achat d'un droit d'usage* ».

585. Ce contentieux de la réalisation des apports témoigne en réalité d'un rare domaine dans lequel le raisonnement du tribunal repose sur les éléments de preuve, exposés et contestés entre les parties, et des éléments juridiques et dont la détermination présente une certaine stabilité dans les décisions. La vérification par le tribunal de l'évaluation et du respect par les parties d'une procédure de vérification des apports, conforme au droit, reste en revanche plus aléatoire.

B. L'évaluation et la vérification de l'apport

586. La réglementation de la vérification des apports, par les associés de la joint venture sino-étrangère ne repose pas sur un texte uniforme. En effet, l'évaluation de l'apport de la partie étrangère répond à des critères particuliers (1), tout comme celle de l'investisseur chinois, dont l'apport bien souvent est un bien propriété d'Etat (2).

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

¹⁰⁴¹ *The Coloured Woven Mill JV 1998*, sentence CIETAC (8 septembre 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 242.

1. L'évaluation de l'apport de l'investisseur étranger

587. Le Bureau de l'inspection des marchandises est chargé par le gouvernement chinois de procéder à l'évaluation des biens apportés par les investisseurs étrangers dans les joint ventures sino-étrangères, ainsi que les biens achetés à l'étranger par les investisseurs étrangers à la demande des joint ventures sino-étrangères¹⁰⁴². La pratique contractuelle des contrats de joint ventures sino-étrangères ne contient pas toujours une obligation de recourir à l'estimation de ce Bureau de sorte que les parties s'en remettent à des évaluations effectuées unilatéralement ou par des cabinets comptables. L'affaire *Melamine Products JV Case 1999*¹⁰⁴³ illustre une tentative de remise en cause de ces évaluations, par une partie, au profit de l'évaluation du Bureau de l'inspection des marchandises. Dans cette affaire, l'associé hongkongais d'une CJV devait faire un apport de 50% du capital social, sous la forme d'équipements d'une valeur de 300.000 USD. Le contrat de joint venture ne comportait pas de liste des équipements apportés et, lors de la livraison du matériel, l'associé chinois a pris réception du matériel, en contresignant l'inventaire préparé par l'associé étranger. Le matériel a été ultérieurement évalué, à la demande de l'associé étranger, à 5.131.581 RMB par un cabinet comptable de Shanghai, et l'associé chinois a, sur ce montant, versé 2,4 millions RMB au défendeur. L'associé chinois, prétendant avoir été trompé sur la valeur réelle de l'équipement, a demandé au tribunal arbitral d'ordonner une expertise du matériel, diligentée par le bureau d'inspection de marchandises de Shanghai. Le tribunal a rejeté cette demande d'expertise visant à remettre en cause la valeur de la contribution de l'associé étranger et a renvoyé les parties dos à dos pour n'avoir ni identifié, dans l'accord de joint venture, les biens objets de la contribution, ni fait évaluer l'équipement, en son temps, et s'être fondées sur une valeur de transaction privée, puis sur une estimation préparée par un cabinet comptable¹⁰⁴⁴. Le tribunal a estimé que la

¹⁰⁴² Art. 3, Mesures relatives à l'administration de l'estimation des actifs apportés par les investisseurs étrangers, promulguées le 18 mars 1994, par l'Administration d'Etat de l'inspection des marchandises importées et exportées et le Ministère des finances, en vigueur au 1^{er} mai 1994.

¹⁰⁴³ *Melamine Products JV Case 1999*, Sentence CIETAC (31 mai 1999), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 413. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁴⁴ « Le tribunal estime que le contrat de joint venture ne stipule pas de liste d'inventaire relatif à l'apport de 300.000 USD sous la forme d'équipement. De plus, le défendeur n'a pas spécifié quelle partie de l'équipement livré constituait les 50% à imputer sur son apport. Aucun fondement ne permet au défendeur de prétendre que la valeur d'une partie particulière de la machine était de 2,4 RMB, en se fondant sur la relation d'achat-vente. Le deux parties sont responsables du défaut affectant le contrat de joint venture. Le tribunal relève que, selon les mesures relatives à l'administration de l'estimation des

demande, tardive, ne permettait pas de vérifier l'état de l'équipement lors de sa livraison et que la demande était en tout état de cause forclose¹⁰⁴⁵.

2. L'évaluation d'apports biens d'Etat

588. La vérification des apports, tout particulièrement le droit d'usage d'un terrain, propriété d'Etat, est réglementée tant pour ce qui concerne l'autorisation que l'évaluation de l'apport¹⁰⁴⁶. Les décisions arbitrales relatives à l'application de ce règlement administratif aux contrats en cours sont difficilement conciliables. Dans la sentence *Shanghai XX Restaurant JV 1999*¹⁰⁴⁷, le contrat de CJV sino-hongkongais avait été conclu le 15 octobre 1992 et approuvé le 12 décembre 1992, et le défendeur se prévalait d'un défaut de respect de la procédure. Comme l'a relevé le tribunal arbitral, il n'était pas contesté par les parties que l'associé chinois (demandeur) a transmis le terrain à la CJV, mais l'associé hongkongais (défendeur) prétendait que la contribution du demandeur ne comptait pas, faute d'avoir été vérifiée. Le tribunal a écarté l'application du Règlement provisoire relatif aux exigences en matière d'estimation des biens pour le transfert des biens d'Etat, dont le défendeur réclamait l'application, au motif qu'« *il n'était entré en vigueur qu'après la conclusion du contrat de CJV* ». Sur le fond, le tribunal a estimé que le demandeur n'avait commis aucune faute en ne faisant pas vérifier son apport, et avait intégralement réalisé son obligation d'apport.

actifs apportés par les investisseurs étrangers, l'équipement doit être évalué par le bureau d'inspection des marchandises. Toutefois, la joint venture a confié à un cabinet comptable le soin de conduire une vérification du capital social avant de solliciter l'évaluation, et le demandeur n'a formé aucune objection sur ce rapport de vérification conduit par le cabinet comptable ». Ibid.

¹⁰⁴⁵ « Ce n'est que le 5 octobre 1997, dans sa demande d'arbitrage, que le demandeur a sollicité une estimation de l'équipement apporté par le défendeur. La durée, entre la date à laquelle le demandeur savait que le défendeur avait fait un apport du montant requis et celle de la date de la demande d'arbitrage, excède la durée de prescription d'une action civile, en droit chinois, et le demandeur a perdu l'opportunité de mener à bien sa demande. En outre, puisque l'équipement, apporté par le défendeur, était d'occasion et que la joint venture en a fait également usage, il est impossible d'évaluer sa valeur d'origine à la date de l'apport ». Ibid.

¹⁰⁴⁶ Règlement provisoire relatif aux exigences en matière d'estimation des biens pour le transfert des biens d'Etat. ; règles sur l'évaluation et la gestion des biens d'Etat, du Conseil des affaires d'Etat, en vigueur au 6 novembre 1991, disponible sur <http://english.mofcom.gov.cn/article/lawsdata/chineselaw/200211/20021100053546.shtml> ;

¹⁰⁴⁷ *Shanghai XX Restaurant JV 1999*, Sentence CIETAC (21 septembre 1999), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 531. Traduction de l'auteur.

589. En revanche, dans l'affaire *Nanjing Agriculture Product JV 1996*¹⁰⁴⁸, les arbitres ont reproché à l'associé chinois, une entreprise d'Etat (défendeur), d'avoir omis de faire évaluer par un organisme autorisé, préalablement à la délivrance de son apport, le droit d'usage d'un terrain, propriété d'Etat. Il ressort de la sentence que le droit d'usage du terrain, d'une valeur de 27 millions RMB, avait été évalué entre les associés à 21 millions RMB, le contrat d'EJV avait été conclu le 21 septembre 1991. Le tribunal entendait faire application du règlement relatif aux conditions d'évaluation des modifications faites aux biens d'Etat, et a rejeté l'argument du défendeur selon lequel il n'existait aucune exigence stipulant que la transmission des biens doive faire l'objet d'une évaluation soumise à une organisation spécifique avant le 31 octobre 1991, et a estimé que « *le défendeur avait omis de mandater une organisation d'évaluation pour effectuer l'évaluation des biens de ses actifs immobilisés, avant de les transférer à l'EJV pour son usage. En cela, le défendeur doit supporter la responsabilité principale pour son défaut de respect de la réglementation étatique, et des stipulations du contrat d'EJV* ». Dans l'affaire *Warehouse JV 2001*¹⁰⁴⁹, le tribunal a également relevé que l'erreur était minimale, et a néanmoins condamné l'associé chinois (défendeur) pour avoir manqué à son obligation de faire évaluer, par une autorité chinoise habilitée à cet effet, l'apport, qu'il faisait d'un droit d'usage immobilier, à la joint venture sino-étrangère : « *En vertu des Règles sur l'évaluation et la gestion des biens d'Etat, du Conseil des affaires d'Etat et les règles détaillées pour l'évaluation de la gestion des biens d'Etat de la SASAC, le défendeur devait utiliser l'organisation d'évaluation des biens qui est qualifiée afin d'évaluer son droit d'usage immobilier du défendeur, et le rapport d'évaluation devait être confirmé par le bureau d'évaluation des biens d'Etat du même niveau. Le cabinet comptable XX a évalué le terrain apporté par le défendeur et remis un rapport sur l'évaluation des apports du demandeur. Cependant les parties n'ont pas soumis de preuve de la confirmation par un bureau habilité par le département de l'administration foncière [...] le tribunal rejette en conséquence le rapport d'évaluation sur la superficie et la valeur du terrain* ».

¹⁰⁴⁸ *Nanjing Agriculture Product JV 1996*, Sentence CIETAC (18 juin 1996), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁴⁹ *Warehouse JV 2001*, Sentence CIETAC (6 avril 2001), rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821. Traduction de l'auteur.

C. La sanction du retard et du défaut de réalisation de l'apport

590. La réglementation chinoise des apports aux EJV impose le respect de délais en matière de réalisation des apports. Pour le cas où l'apport est réalisé en un seul versement, ce versement doit intervenir dans les six mois de l'émission de la licence d'affaires de la joint venture et, en cas d'une pluralité de versement, un premier versement, d'au moins 15% du capital social, dans les trois mois de l'émission de la licence d'affaires de la joint venture¹⁰⁵⁰. Ces dispositions sanctionnent le défaut de respect des délais de réalisation des apports par la constatation de la dissolution volontaire de la joint venture¹⁰⁵¹. La pratique contractuelle, révélée par les sentences, confirme que les contrats adoptent ces délais¹⁰⁵², avec toutefois quelques exceptions¹⁰⁵³.

591. Le non-respect par les parties du délai réglementaire ou contractuel de réalisation de l'apport est sanctionné par la dissolution volontaire de la joint venture et l'annulation de sa licence d'affaires par l'AIC. En cas de non versement par les parties du second versement du capital social, dans un délai de trois mois après celui contractuellement prévu, l'AIC est autorisée à mettre les associés en demeure de verser l'apport. En cas de défaut des associés, l'autorité d'approbation aura le pouvoir de révoquer le certificat d'approbation, et la joint venture sera soumise à une procédure d'annulation¹⁰⁵⁴.

592. Pour ce qui concerne les relations entre les parties, l'associé qui ne réalise pas son apport dans le délai prévu est considéré comme ayant violé le contrat de joint venture.

¹⁰⁵⁰ Art. 4, dispositions relatives aux apports des associés dans les EJV, promulguées par le *Ministère du commerce* et l'AIC, le 1^{er} janvier 1988.

¹⁰⁵¹ Art. 5, dispositions relatives aux apports des associés dans les EJV.

¹⁰⁵² *Hainan Construction Materials JV* (1991), Sentence CIETAC : « 50% shall be paid off in 30 days after business licence is issued, the rest 50% shall be paid off in 60 days after the business licence is issued », *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 66, p. 381 ; V. également *Glazed Product JV* (1991), Sentence CIETAC : « within two months of the business licence being issued », *Ibid.*, n° 70, p. 401 ; *Chemical JV* (1991), Sentence CIETAC : « the contribution to the joint venture shall be paid off in cash in one month after the joint venture is ratified », *Ibid.*, n°72, p. 414 ; *Communication Equipment JV* (1991), Sentence CIETAC : « both parties' investment contribution should be paid within 90 days after the joint venture was ratified for establishment », *Ibid.*, n° 73, p. 420 ; *Latex Products JV* (1991) Sentence CIETAC : « each party shall remit once the payable contribution to the account of the joint venture in one month after the project is approved », *Ibid.*, n° 76, p. 437 ; *Fog-proof Products JV* (1993), Sentence CIETAC : « the registered capital of the joint venture shall be paid off in lump sum three months after the business licence was issued by both parties », *Ibid.*, n° 85, p. 497.

¹⁰⁵³ *Chongqing Product Leather JV* (1991), Sentence CIETAC : « should remit their respective contributions to the account of the joint venture within 10 months after the joint venture business licence was promulgated », *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 71, EJV p. 409.

¹⁰⁵⁴ Art. 6, dispositions relatives aux apports des associés dans les EJV. V. O. NEE, *op. cit.*, pp. 39-40.

Après une mise en demeure infructueuse, adressée à la diligence de l'autre associé, l'associé défaillant est alors considéré comme s'étant « volontairement retiré » de la joint venture et avoir volontairement renoncé à tous ses droits au titre du contrat de joint venture. L'associé lésé est également bien fondé à former à son encontre une demande en réparation du dommage subi¹⁰⁵⁵. Le droit des contrats prévoit également plus largement qu'une partie engage sa responsabilité si elle n'exécute pas son obligation dans le délai contractuel ou dans un délai raisonnable après avoir été dûment mis en demeure de remédier au défaut par l'autre partie¹⁰⁵⁶.

593. Un nombre important de sentences traite du sort des joint ventures restées lettres mortes, faute d'avoir perçu aucun apport, ou des joint ventures ayant dû cesser leur exploitation, faute d'avoir reçu les versements ultérieurs d'apports. Dans la plupart de cas, la responsabilité de l'associé, voire des deux associés, est engagée et le tribunal arbitral écarte le plus souvent les justifications, alléguées par la partie retardataire ou défaillante, tirées du non-respect par l'autre contractant de ses propres obligations, dès lors que les versements successifs d'apports sont prévus dans le contrat de joint venture¹⁰⁵⁷. La Cour populaire suprême a adopté la même approche dans son arrêt du 20 juin 2003, dans un litige judiciaire opposant les deux associés d'une EJV, relatif au défaut de paiement par l'investisseur étranger du quatrième et cinquième versement

¹⁰⁵⁵ Art. 7, dispositions relatives aux apports des associés dans les EJV.

¹⁰⁵⁶ Art. 29, loi sur les contrats économiques avec l'étranger. V. également art. 102 du règlement d'application de la loi sur les EJV.

¹⁰⁵⁷ *Glazed Products JV 1991*, Sentence CIETAC (2 septembre 1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 70, p. 404 : A l'associé américain (défendeur), qui reprochait à son partenaire chinois de n'avoir pu obtenir de l'administration chinoise la licence d'import-export afférente à son apport, le tribunal a répondu que l'associé chinois encourait la responsabilité principale du défaut d'apport en biens de l'associé américain puisqu'il lui avait demandé un apport en numéraire après s'être vu refusé la licence d'importation, mais que l'associé américain « *who had been doing business for a long time in China and was experienced at investing in China* », et devait assumer une certaine responsabilité car, n'en étant pas à sa première joint venture, il avait été imprudent de conclure ce contrat, en pensant que l'associé chinois pourrait régler la question avec l'autorité supérieure alors qu'il connaissait les difficultés que ce dernier pourrait rencontrer, et s'était abstenu de prendre les mesures positives de consultation avec son associé lors de la survenance du refus de licence. V. également, *Chemical JV Case (1991)*, Sentence CIETAC (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 72, p. 417 : L'associé hongkongais (défendeur) prétendait que son associé chinois (demandeur) avait amendé le contrat de joint venture et les statuts en changeant le président du conseil d'administration. Le tribunal a constaté que les actions de l'associé chinois étaient une violation du contrat, mais qu'elles n'étaient pas la raison du défaut d'apport de l'associé hongkongais, faute pour lui d'avoir protesté sur le changement de président ou à réception des conventions amendées, et que les parties avaient, entre elles, en réalité un différend relatif à d'autres transactions commerciales. En conséquence, l'associé hongkongais était responsable d'une partie de la perte subie par le demandeur.

prévus au contrat¹⁰⁵⁸. Dans cette affaire, l'investisseur étranger prétendait qu'après avoir effectué le troisième versement, et investi un apport cumulé de 42 millions RMB, la mauvaise exploitation de la joint venture et l'absence de support du gouvernement constaté rendaient la joint venture non viable, de sorte qu'il n'avait pas effectué les quatrième et cinquième versements. Cette prétention a été écartée, et la cour a confirmé les jugements entrepris, qui avaient jugé le non versement fautif et ordonné le transfert à l'associé chinois du capital investi de 42 millions RMB, à titre de compensation¹⁰⁵⁹.

594. Dans *Guangzhou Dyeing JV Case 1998*¹⁰⁶⁰, l'associé chinois (défendeur) prétendait que la décision unilatérale de transfert de l'usine constituait un cas de force majeure, car elle était la conséquence de la politique de la municipalité locale de Canton : « *le tribunal relève que le défendeur se fonde sur la politique publique d'allègement des difficultés des entreprises d'Etat et sur l'offre spéciale de transformation, annoncée par le gouvernement populaire de Canton, comme un événement de force majeure l'exemptant de sa responsabilité* ». Le tribunal a relevé que ces éléments n'avaient pas pour intention de forcer le défendeur à transmettre le droit d'usage immobilier et l'usine en cause, d'une manière obligatoire : « *Cette annonce ne peut en soi être considérée comme une force majeure, selon l'article 24 de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger, qui énonce que la force majeure doit être un événement que le défendeur ne pouvait prévoir, et qui était ou dont la conséquence était tellement irrésistible que le défendeur n'aurait pu la prévoir lors de la conclusion du contrat de CJV* ». Le tribunal a conclu que le défendeur ne pouvait exempter sa responsabilité en se fondant sur la force majeure.

595. Dans de nombreux cas, la détermination du retard dans le versement de l'apport est simple. Dans la sentence *Beijing Hotel JV 1998*, la responsabilité du défendeur a été engagée sur la simple constatation du non respect par lui du calendrier de versement des

¹⁰⁵⁸ Arrêt confirmatif des jugements rendus par le tribunal intermédiaire n° 2 de Tianjin, et le tribunal supérieur de Tianjin, Cité dans Bailey XU, « From RMB42 million to nothing : What lessons can we learn from JV disputes ? », *China Law and Practice*, avril 2004, p. 1.

¹⁰⁵⁹ Les praticiens recommandent aux parties d'assortir, lors de la rédaction des clauses stipulant plusieurs versements ultérieurs, ces versements de conditions, prévoyant que les pertes de la joint venture ne doivent pas excéder un pourcentage déterminé de son capital social, ou que la joint venture doit bénéficier de telle aide ou de tel traitement préférentiel du gouvernement. *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ *The Guangzhou Dyeing JV Case 1998*, Sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73, traduction de l'auteur.

apports. Dans cette affaire, l'apport en numéraire du défendeur dans une CJV s'élevait à 2.800.000 USD. Le défendeur avait versé la totalité de la somme¹⁰⁶¹ et le tribunal qui devait examiner le retard de versements allégué par le demandeur, a jugé, au vu des 140 jours de retard de versement du solde, que le défendeur était en infraction de son obligation : « *Le tribunal a examiné le calendrier des apports du défendeur et note que seulement 1.190.452,30 USD soit 42,80% du montant total de l'apport avait été versé à la CJV au 30 juin 1994, date de l'échéance contractuellement prévue, et 57,15% du total de l'apport avait été versé après l'expiration de ce délai. Le dernier versement a été effectué 140 jours après l'échéance. Au vu de ce qui précède, le tribunal estime que le défendeur n'a pas strictement respecté le contrat, en retardant les versements. En conséquence, le défendeur ne peut pas être considéré comme une partie qui respecte le contrat* »¹⁰⁶².

596. En se fondant sur le principe de l'équité et du raisonnable, un tribunal arbitral a pu octroyer le versement de cet intérêt, même lorsque le contrat ne prévoyait pas de date d'échéance pour le versement de l'apport, et donc *a fortiori* aucun intérêt de retard. Ainsi, dans l'affaire *XX Curtain JV Case 1999*¹⁰⁶³, le défendeur devait souscrire la somme de 2.235.889 USD, soit 49% du capital social de l'EJV. Le tribunal avait constaté, au vu du rapport de vérification, que le défendeur n'avait réalisé que 34,56% du capital social, laissant un solde de 600.000 USD impayé. Le tribunal a estimé que le

¹⁰⁶¹ *Grand Hotel JV 1998*, sentence CIETAC (26 mars 1998) rendue à Shanghai : « *Après avoir examiné les preuves, le tribunal relève que le rapport de vérification relatif aux conditions de participation et au capital de Grand Hotel JV, émis par le cabinet comptable XX, indique que le défendeur a satisfait à son obligation d'apport. De plus, le président du conseil d'administration de la CJV lui a également remis un certificat de versement d'apport reconnaissant que le défendeur avait versé son apport jusqu'au montant requis* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 113.

¹⁰⁶² *Grand Hotel JV 1998*, sentence CIETAC (26 mars 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 113. V. également *Fog-proof Product JV 1993*, Sentence CIETAC (1993) : « *Article 12 of the joint venture contract provided that 'the registered capital of the joint venture shall be paid off in lump sum three months after the business licence was issued by both parties in accordance with their respective ratios in the investment'. On August 26, 1992, the joint venture obtained its business licence. Therefore, both parties should make their contributions prior to November 27, 1992. The claimant failed to perform its obligation to the joint venture and should be liable therefore* », *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n° 85, p. 498.

¹⁰⁶³ *XX Curtain JV 1999*, sentence CIETAC (2 juillet 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476. Pour un contrat stipulant le versement d'un intérêt de retard sans détermination du taux, v. *The Warehouse JV 2001*, sentence CIETAC (26 avril 2001) rendue à Pékin : « *Where any party fails to subscribe the amount of capital as scheduled subject to the provisions of chapter 5 of the contract and exceeds the time limit of 3 months, it should pay the interests of the amount thereof. The observant party is entitled to terminate the contract according to the provisions of the contract and request the breaching party to compensate for the loss* », art. 60, contrat d'EJV, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821, traduction de l'auteur.

versement complet de l'apport constituait « *non seulement l'obligation du défendeur au titre du contrat d'EJV, mais était une assurance fondamentale qu'il assumait ses responsabilités contractuelles* ». Le tribunal a condamné le défendeur au versement du solde de l'apport, assorti d'un intérêt. Le contrat d'EJV ne prévoyant pas d'échéance exacte de versement des apports, le tribunal s'est référé à la date du versement, par le demandeur, de son apport, le 31 décembre 1994, et, se fondant sur le principe de l'équité et du raisonnable, a condamné le défendeur au paiement d'un intérêt au taux annuel de 6,6875% pour la période du 1^{er} janvier 1995 au 31 août 1998¹⁰⁶⁴.

597. Un grand nombre de contrats de joint ventures sino-étrangères stipulent une date d'échéance, assortie en cas défaut de respect du calendrier de versement des apports, de la condamnation de la partie défaillante au versement d'une pénalité mensuelle, s'élevant à 1% ou 2% du montant restant en instance : « *Si une partie ne s'acquitte pas de la totalité du versement de l'apport, la partie non défaillante a droit à 1% de la portion concernée de l'apport, comme pénalité contractuelle pour chaque mois de retard* »¹⁰⁶⁵.

598. L'application de ces pénalités contractuelles par les arbitres est contrastée. En premier lieu, les arbitres n'accordent pas ces dommages intérêts lorsqu'ils constatent que les deux parties ont manqué à leurs obligations. Ainsi, dans *The Coloured Woven Mill JV 1998*, le contrat d'EJV stipulait que l'associé chinois (défendeur) devait verser un apport en numéraire de 2.204.000 USD dans les deux mois de la date d'émission de la licence d'affaire de l'EJV, c'est à dire au plus tard le 13 mars 1994. L'article 55 du contrat d'EJV disposait que si l'une des parties échouait à verser sa contribution selon la date stipulée, la partie non défaillante avait le droit de réclamer une pénalité, de la partie défaillante, d'un montant de 2% de l'apport restant dû. En application de cette pénalité

¹⁰⁶⁴ « *Conformément au principe de l'équité et du raisonnable, le tribunal considère qu'il est raisonnable que l'intérêt s'applique à compter de la date du montant payable par le défendeur et soit calculé du 1er janvier 1995 au 31 août 1998, au taux annuel de 6,6875%, ce qui s'élève à la somme de 161.709 USD* ». *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ *ABC Real Estate JV 2000*, sentence CIETAC (18 juillet 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 792, traduction de l'auteur. V. également *The Port Project JV 2001*, sentence CIETAC (17 janvier 2001) rendue à Pékin : « *If either party to the joint venture failed to pay its capital contribution to the EJV Company in accordance with the stipulations of the contract, the breaching party should pay the observant party a breach penalty amounting to 2% of its required capital contribution from the 1st month of the breach, for the delay of every one month, and at the same time, the observant party should be entitled to compensation for its economic loss* », art. 60(1) du contrat d'EJV, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 816, traduction de l'auteur.

contractuelle, le demandeur avait formé une demande d'un montant de 66.000 USD pour versement tardif par l'autre associé de son apport. Selon les vérifications du tribunal arbitral relatives aux apports des deux parties, le défendeur n'avait versé à cette date que 10% de l'apport, le solde de son apport ayant été versé au moyen de deux prêts bancaires (respectivement 1 million USD et 980.000 USD). Le tribunal a déterminé que le prêt d'un million USD, ayant été accordé par la banque le 26 février 1996, l'apport n'était pas tardif. Pour ce qui concerne le second prêt, le tribunal a constaté que le montant de 980.000 USD avait été remis directement à une société japonaise en paiement de l'achat d'équipement et, contrairement aux indications du rapport de vérification, n'était pas tardif, car remis le 3 mars 1993. Le tribunal a conclu que le solde de l'apport restant dû n'était que de 224.000 USD, échu depuis respectivement de 23 jours et de 126 jours. Le tribunal, ayant par ailleurs déterminé que le demandeur avait également violé le contrat d'EJV au titre de son apport¹⁰⁶⁶, a débouté ce dernier de sa demande de sanction.

599. En second lieu, les décisions d'octroi de cette pénalité ne sont pas harmonieuses. Ainsi, dans l'affaire *ABC Real Estate JV 2000*¹⁰⁶⁷, le tribunal a accordé la demande de versement d'une indemnité contractuelle mensuelle de 1%, calculée sur le solde du capital restant dû au 31 août 1994 (1.373.823,71 USD), à compter du 1^{er} septembre 1994 pour une durée de six mois (soit 1.373.823,71 USD x 1% x 6 = 82.429,42 USD). Le tribunal arbitral a estimé que « *le fondement et la méthode de calcul de la pénalité pour inexécution proposée par le demandeur était raisonnable. Puisque le défendeur n'a pas contesté ce calcul, le tribunal ordonne le paiement de la pénalité* »¹⁰⁶⁸. Il en va de même dans la sentence *Guangzhou Deying JV 1998* mentionnée ci-dessus¹⁰⁶⁹, dans laquelle le tribunal a constaté, qu'au jour de la décision unilatérale de relocalisation des locaux de la CJV, le 18 juin 1995 par l'associé chinois, ce dernier restait devoir un apport de 1.665.200 HK\$ au titre de la prise en charge du bail. Le contrat prévoyait une pénalité contractuelle mensuelle de 2% du montant de l'apport restant dû durant trois

¹⁰⁶⁶ V. paragr. 584 *supra*.

¹⁰⁶⁷ *ABC Real Estate JV 2000*, sentence CIETAC (18 juillet 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 792, traduction de l'auteur.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ *Guangzhou Deying JV 1998*, sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73, traduction de l'auteur.

mois, puis une pénalité de 6% et la possibilité pour la partie non défaillante de résilier le contrat de CJV¹⁰⁷⁰. Le tribunal a décidé d'appliquer cette clause pour une durée de 7 mois, à savoir, du 18 juin 1995, date de la conclusion du contrat de relocation, au 24 janvier 1995, soit trois mois après la réunion du conseil d'administration de la CJV du 24 octobre 1995 lors duquel la relocalisation a été révélée à l'associé étranger. Il ressort du montant alloué de 233.128 HK\$, que le tribunal a, en réalité, appliqué la pénalité contractuelle de 2% sur cette période de 7 mois, sans tenir compte ni de la durée limitée à trois mois, ni de la pénalité plafonnée à 6% du capital au-delà des trois mois.

600. En revanche, la durée de l'application de la pénalité a été écourtée, dans la sentence *Port Project JV 2001*. Dans cette affaire, le capital de l'EJV s'élevait à 100 millions RMB, dans lequel le défendeur devait souscrire 70% du capital. Le défendeur restait devoir, à l'échéance du 18 février 1994, un apport en numéraire de 52,5 millions RMB. Le demandeur demandait le versement par le défendeur de l'indemnité contractuelle : $52,5 \text{ millions RMB} \times 2\% \times 17 \text{ mois} = 1,05 \text{ million RMB}$. Le tribunal a estimé, sur le fondement des articles 6 et 7 des dispositions relatives aux apports des associés dans les EJV, que le défendeur avait violé ses obligations en ne libérant que 25% en lieu et place des 70% du capital social, et que le demandeur avait l'obligation de le mettre en demeure et de solliciter la dissolution de la joint venture auprès des autorités d'approbation, ce qu'il n'a pas fait : « *considérant les circonstances réelles de cette affaire, il est plus raisonnable (heli, 合理) d'apprécier la durée du calcul de la pénalité contractuelle, demandée par le demandeur, à six mois, c'est à dire le paiement de $52,5 \text{ RMB} \times 2\%/mois \times 6 \text{ mois} = 630.000 \text{ RMB}$ »¹⁰⁷¹.*

601. De même dans l'affaire *The Warehouse JV 2001*¹⁰⁷², le défendeur, apporteur d'un droit d'usage de 70 ans sur un terrain évalué à 200.000 USD, avait retardé durant cinq ans les procédures afférentes à la transmission du titre de propriété, et le demandeur

¹⁰⁷⁰ « Pour le cas où une partie ne peut fournir le montant exigé et satisfaire aux conditions de coopération, conformément au délai prévu dans le contrat de CJV, la partie défaillante paiera 2% de son apport comme pénalité contractuelle à l'autre partie au contrat, sur une base mensuelle commençant le mois lors duquel la violation a eu lieu. Si la partie défaillante ne respecte pas ses obligations durant trois mois, elle paiera 6% de l'apport comme pénalité contractuelle à l'autre partie au contrat, et cette dernière pourra résilier le contrat et demander des dommages-intérêts ». *Ibid.*

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² *The Warehouse JV 2001*, sentence CIETAC (26 avril 2001) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821, traduction de l'auteur.

demandait la somme de 300.000 RMB pour chacune des cinq années de retard à titre des « liquidated damages », soit 3 millions RMB. Le tribunal a estimé que « *selon le principe d'équité, le défendeur doit verser des liquidated damages en raison de son retard à conduire les formalités de transmission du droit d'usage immobilier. Les liquidated damages doivent être calculés à 1/10.000 par jour, sur le montant de 200.000 USD, converti en RMB, et à compter du jour où les formalités auraient dues être effectuées selon le contrat, du 1^{er} septembre 1995 au 7 juillet 2000. Le total de la somme s'élève à 200.000 USD x 8,3 x 1/10.000 x 1.1771 jours = 293.986 RMB* ».

602. Il convient de rechercher ce qu'il en est de la seconde catégorie d'obligations pécuniaire des associés, l'obligation de participation aux résultats de la joint venture sino-étrangère.

§ 2 L'obligation de participation aux résultats

603. La qualification d'un contrat en contrat de joint venture sino-étrangère trouve toute sa signification lors de l'interprétation, par le tribunal arbitral, de la relation entre les apports des parties dans la société et leur participation aux résultats qui permet d'exclure de la catégorie des contrats de joint ventures sino-étrangères certains contrats qualifiés de tels par les parties. Ainsi, dans l'affaire *XX Land Development JV 2004*¹⁰⁷³, soumis au tribunal, le contrat, relatif à un projet de construction immobilière, avait l'apparence d'un contrat de joint venture, aux termes duquel la partie chinoise apporte le terrain et la partie étrangère finance et se charge de la construction. Ce contrat avait pour objet « *la levée de fonds, le développement et l'exploitation d'une affaire en vue de parvenir à un retour sur investissement idéal, moyennant un partage conjoint des risques* » entre les contractants, que la partie étrangère (Partie B au contrat, demandeur) effectuerait un apport en numéraire et se chargerait des travaux de construction, d'une part, et que la partie chinoise (Partie A au contrat, défendeur) ferait l'apport d'un terrain, s'occuperait du permis de construire, de la procédure de vente des propriétés et de la gestion des biens, d'autre part. Sans que le contrat prévoit l'établissement d'une joint venture sino-étrangère, il prévoyait en outre que les bénéfices seraient répartis par le versement par la partie étrangère à la partie chinoise d'un dividende fixe de

¹⁰⁷³ *The XX Land Development JV 2004*, sentence CIETAC (29 avril 2004) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 821, traduction de l'auteur.

12.424.573 RMB payable à l'avance, tandis que la partie chinoise verserait 2% du bénéfice total de la vente des propriétés à la partie étrangère, et conserverait tout autre bénéfice ou perte.

604. Le tribunal a interprété ces dispositions comme excluant une intention des parties d'investir en matière foncière, en qualité d'associé, afin d'établir une joint venture et trouvé qu'il n'existait aucune disposition répartissant les droits des parties sur le bien immobilier. Le tribunal a constaté que le droit d'usage immobilier était resté la propriété de la partie chinoise, tandis que la partie étrangère, qui avait effectué un apport en numéraire, était autorisée à lever des fonds et à cette fin à hypothéquer ce droit d'usage. Dès lors le tribunal a estimé que « *bien que ce contrat n'a pas entraîné de transfert de propriété immobilière ou de droit d'usage, la conduite des parties correspond en fait à une sorte de cession de droit d'usage immobilier* », et ordonné aux parties de régulariser auprès des autorités ce contrat, sous la forme d'un contrat de transmission d'un droit d'usage de propriété d'Etat.

605. On examinera l'enjeu de la qualification du contrat de joint venture en « equity » et les aspects des litiges dans les contrats d'EJV (A) puis dans les contrats de CJV (B).

A. L'obligation de partage des profits et pertes dans les EJV

606. Le droit chinois des investissements étrangers prévoit que les EJV sont constituées sous la forme de sociétés à responsabilité limitée et que leurs bénéfices, risques et pertes sont partagés entre les associés à raison du pourcentage de leurs apports respectifs au capital social¹⁰⁷⁴. Le bénéfice à partager au prorata des apports de chaque partenaire au capital social de l'EJV consiste dans le bénéfice net de l'EJV obtenu après le paiement de l'impôt sur les revenus des EJV, en vertu du droit fiscal chinois, et déduction faite, conformément aux stipulations des statuts, du fonds de réserve, du fonds destiné à l'attribution de primes et au bien-être du personnel et du fonds d'expansion de l'entreprise¹⁰⁷⁵. Dès lors que la règle est la proportionnalité de la répartition des bénéfices et pertes par rapport aux apports de chaque associé, il convient de rechercher le sort d'une disposition d'EJV, qui prévoirait une clé de répartition différente. Les

¹⁰⁷⁴ Art. 4, loi sur les EJV.

¹⁰⁷⁵ Art. 8, loi sur les EJV.

sentences arbitrales offrent deux solutions typiques : l'invalidité de la clause dérogeant au principe de proportionnalité ou la requalification du contrat d'EJV en contrat de CJV.

607. Dans *The Warehouse JV Case 2001*¹⁰⁷⁶, les parties étaient convenues, dans le contrat d'EJV, de partager le bénéfice et de supporter le risque et les pertes en proportion de leurs apports respectifs, à savoir 50% (200.000 USD en numéraire) pour M. L, un ressortissant canadien (demandeur), et 50% (200.000 USD en droit d'usage immobilier) pour le partenaire chinois (défendeur). Toutefois, les parties avaient également conclu un contrat supplémentaire aux termes duquel le demandeur était garanti du versement d'un bénéfice annuel de 30.000 USD, quelles que soient les circonstances. Ce contrat supplémentaire était contresigné et garanti par le Bureau du travail du Front uni de la ville de YY, et le représentant légal du défendeur avait également par lettre adressée au demandeur garanti « *le remboursement du capital avec intérêt, afin d'assurer un intérêt de 15%, et un remboursement en cinq années* ». Ce contrat supplémentaire a été exécuté de septembre 1995 à août 2000 par le défendeur, qui ne restait devoir que 56.163 USD. Le défendeur arguait que les obligations contenues dans ce contrat supplémentaire avaient nui aux fondements d'une EJV exploitée mutuellement, et limité sa stabilité et son développement, permettant à l'investisseur étranger de retirer 592.733 USD de l'EJV sans que l'investisseur étranger n'ait à supporter aucune obligation dans la joint venture. Le tribunal arbitral a estimé que la garantie annuelle de 30.000 USD, contenue dans le contrat supplémentaire, constituait une violation de la loi et du règlement d'application sur les EJV, était contraire aux termes du contrat d'EJV et contraire également « *à l'objet de la coopération, au partage des bénéfices, des risques et des pertes* », et a conclu à l'invalidité de ce contrat supplémentaire, dépourvu de force obligatoire entre les parties. Le tribunal a rejeté la demande de paiement du demandeur du solde de 56.163 USD. Le tribunal n'a toutefois n'a pas ordonné le remboursement des versements effectués antérieurement.

608. Dans l'affaire *Melamine Products JV Case 1999*¹⁰⁷⁷, le tribunal arbitral a requalifié le contrat d'EJV en CJV. Les parties, ayant apporté chacune 50% du capital

¹⁰⁷⁶ *The Warehouse JV 2001*, sentence CIETAC (26 avril 2001) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821, traduction de l'auteur.

¹⁰⁷⁷ *Melamine Products JV Case 1999*, Sentence CIETAC (31 mai 1999), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 433.

social, avaient conclu un contrat de joint venture et des statuts en vue d'établir une EJV, qui faisaient référence à la loi sur les EJV, tout en convenant, dans les statuts, que l'associé chinois (demandeur) percevrait un bénéfice fixe : « *après avoir payé les différents impôts et déduit les fonds affectés à la réserve, la partie A [associé chinois] percevra un bénéfice annuel de 105.500 USD du solde du bénéfice, sans supporter les pertes et risques de la société* ». De leur côté, la licence d'affaires et le certificat d'approbation de l'administration faisaient état de la constitution d'une CJV. Ce certificat d'approbation reproduisait la clause contractuelle qui prévoyait la distribution d'un bénéfice fixe, pour la partie chinoise, et la distribution du « *solde du bénéfice et la responsabilité des pertes de la joint venture* », pour l'associé de Hong Kong (défendeur). Enfin, le procès-verbal de la première réunion du conseil d'administration de la joint venture désignait celle-ci comme une « *société de CJV* ».

609. Après avoir relevé l'inconsistance de ces différents documents¹⁰⁷⁸, le tribunal arbitral a jugé que les parties étaient convenues en réalité de constituer une CJV, et a constaté l'accord des parties à cet effet : « *Le tribunal estime que le défendeur qui s'occupait de l'exploitation et de la gestion de la joint venture aurait dû avoir bien conscience du contenu du document de l'administration relatif à l'approbation du contrat et des statuts. De plus, le défendeur avait désigné un administrateur au conseil, qui avait assisté à la réunion du conseil d'administration et avait signé le procès-verbal de la réunion. Ainsi donc, le défendeur aurait dû savoir que la joint venture y était mentionnée comme une CJV. En conséquence, le défendeur est réputé avoir accepté et approuvé que la nature de la joint venture était celle d'une CJV et que la loi sur les CJV s'applique* ». La réglementation des CJV, permettant de déroger à la règle de la proportionnalité des apports, offre quelques exemples intéressants de mise en oeuvre par les partenaires des joint ventures.

B. L'obligation de partage des profits et pertes dans les CJV

610. Le droit des contrats de CJV prévoit que la distribution des gains de la CJV peut prendre la voie d'une distribution de bénéfices, de produits ou d'autres moyens, comme

¹⁰⁷⁸ « *Le contrat de joint venture et les statuts conclus entre les parties qualifient la société en question d'EJV et prévoient l'application de la loi relative aux EJV. Cependant, les stipulations relatives à la distribution des bénéfices dans le contrat et dans les statuts ne sont pas conformes à la loi sur les EJV* ». *Ibid.*

les parties en conviennent¹⁰⁷⁹. La liberté des associés étant très large, il arrive que le contrat de CJV stipule un bénéfice garanti au profit d'un des associés de la CJV qui peut varier de 8 à 16% des revenus de l'activité, indépendamment du fait que la CJV dégage un bénéfice, le bénéficiaire du bénéfice fixe n'étant pas, le plus souvent, la partie qui exploite la CJV. Les arbitres ont eu l'occasion d'affirmer la validité de ces arrangements au regard du droit commun des sociétés¹⁰⁸⁰, et de la réglementation relative aux contrats d'exploitation de joint venture.

611. Ainsi, dans la sentence *Beijing Building JV 2000*, le tribunal a affirmé le principe de la validité de la clause de répartition des profits du contrat de joint venture¹⁰⁸¹, au motif, qu'au vu de l'article 2 de la loi sur les CJV, il « *n'existait aucune disposition légale telle qu'une distribution des bénéfices proportionnelle à la participation. L'exacte proportion de distribution doit être convenue mutuellement et prévue dans le contrat de CJV conclu entre les parties* ». Le tribunal a également écarté l'allégation de violation du règlement relatif au contrat d'exploitation de joint ventures sino-étrangères, émis par le MOFERT et l'AIC le 13 septembre 1990, au motif qu'il s'agissait d'une « *réglementation d'un département* », à laquelle il n'était pas utile de se référer, dans la mesure où (i) la loi sur les CJV contenait une disposition claire sur la question de la distribution des bénéfices et de la charge des risques et pertes, et (ii) « *dans cette affaire la clause de paiement convenue dans le contrat original est conforme à la loi précitée* ».

612. Cependant, le principe d'entière liberté n'a pas emporté la conviction du tribunal arbitral dans *Yan'an Rd Shanghai Garment JV 1998*¹⁰⁸². En effet, le tribunal a estimé, qu'« *en vertu du principe d'égalité et de bénéfice réciproque* », l'octroi d'un bénéfice garanti à un associé était fondé sur le versement effectif de son propre apport. Le tribunal a constaté que le bénéficiaire de la clause de profit fixe, l'associé chinois de la

¹⁰⁷⁹ Arts. 2 et 21, loi sur les CJV ; Art. 43(1), décret d'application de la loi sur les CJV.

¹⁰⁸⁰ *Guangzhou Seafood Restaurant JV 2003*, Sentence CIETAC (23 avril 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 999, v. paragr. 336 et s. *supra*.

¹⁰⁸¹ *Beijing Building JV 2000*, Sentence CIETAC (5 décembre 2000). Le contrat de CJV stipulait : « *La Partie B exploitera et gèrera la CJV par lui-même et paiera l'honoraire de compensation fixe à la Partie A ainsi que convenu au contrat. Le solde des revenus de l'affaire, après paiement de cet honoraire fixe appartiendra à la Partie B, et dans le même temps, la Partie B sera entièrement et seule responsable des pertes et de toutes les dettes de la CJV. En outre le fait que la CJV supporte des pertes n'affectera pas le versement de l'honoraire de compensation à la Partie A* », *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 79. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁸² *Yan'an Rd Shanghai Garment JV 1998*, sentence CIETAC (23 Octobre 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, pp. 263-269. Traduction de l'auteur.

CJV, n'avait pas soumis l'original du rapport de vérification de son apport sous forme d'un droit d'usage immobilier de 700 m² - dont le défendeur contestait l'authenticité – de sorte qu'il a été jugé infondé à percevoir le versement bénéfice garanti qu'il demandait, et ne pouvait percevoir raisonnablement que la portion des sommes dues au titre du loyer convenu.

613. Dans l'affaire *Shanghai YY Club JV 1999*¹⁰⁸³, le tribunal arbitral a eu l'occasion de préciser le fondement de l'obligation de versement du bénéfice fixe, par la CJV d'une part, et par les autres associés, d'autre part. En effet, la CJV est en premier lieu débitrice de l'obligation de paiement des dettes sociales, et l'associé, non bénéficiaire du bénéfice fixe, est obligé en sa qualité de garant de l'ensemble des dettes de la joint venture. Mais le bénéficiaire de la clause de bénéfice fixe peut agir directement contre son associé, en qualité de codébiteur, lorsque ce dernier s'est engagé directement au paiement dans le contrat de CJV ou dans une autre convention. Ainsi, le tribunal arbitral a relevé que la « *CJV assume une responsabilité civile sur ses biens envers les tiers, mais que cela ne signifie pas que le défendeur n'a pas l'obligation de payer directement le bénéfice du demandeur, ce qui avait été convenu entre les parties. L'allégation du défendeur qu'il serait un garant général va à l'encontre de la volonté des parties au contrat de joint venture. Le défendeur est responsable de la gestion quotidienne de la CJV. Le défendeur est non seulement le garant général des obligations de paiement de l'allocation des bénéfices de la CJV, mais également le débiteur du paiement de l'allocation des bénéfices de la CJV dont le statut légal a été spécifié dans le contrat de CJV. Les lettres échangées entre les parties et leur accord montrent que le défendeur a reconnu qu'il paierait le montant litigieux. En conséquence quand la CJV ne s'acquitte pas de l'allocation du bénéfice, le défendeur doit assumer cette obligation de paiement* »¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ *The Shanghai YY Club JV 1999*, sentence CIETAC (21 septembre 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 531.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.* V. également, sentence *Food and Entertainment JV 1996*, dans laquelle l'investisseur chinois (demandeur) demandait à son partenaire hongkongais (défendeur) le versement de l'« engagement annuel » de 11,5% à 13% du revenu d'exploitation annuel de la joint venture, représentant 1,7 million RMB annuel : « *Le tribunal arbitral estime que le défendeur est responsable d'engagement annuel en instance payable au demandeur. Bien que le contrat de CJV ne dispose pas expressément que le défendeur est responsable du paiement de la différence pour le cas où la partie distribuée par la CJV n'atteint pas 1,7 million RMB, les statuts disposent que le défendeur est responsable de la distribution du bénéfice au demandeur* », Sentence CIETAC (2 août 1996) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 11, traduction de l'auteur.

614. Toutefois, un grand nombre de décisions montre que le fonctionnement de ces clauses est acquis par les arbitres, même s'ils en font une application modulée. Dans *The Grand Hotel JV Case 1998*¹⁰⁸⁵, contrat de CJV, conclu le 12 décembre 1993, pour une durée de 18 ans, relatif à la rénovation d'un édifice à Pékin de 12 étages, pour un hôtel et un centre commercial, soumis à la loi et au règlement relatifs aux CJV, qui représentait un investissement total de 4 millions USD moyennant un capital social de 2,8 millions USD, l'investisseur chinois (demandeur) devait apporter le building de 12 étages et une installation existante pour l'exploitation de l'entreprise au titre de sa contribution, tandis que l'investisseur étranger (défendeur) apportait la totalité de la somme de 4 millions USD. Le contrat de CJV prévoyait que l'associé chinois percevrait un bénéfice de 8% du revenu de l'activité durant les 5 premières années, puis de 14% du revenu de l'activité de la 6^{ème} à la 10^{ème} année, puis de 16% du revenu de la 11^{ème} à la 18^{ème} année, le solde des bénéfices étant distribué à l'associé étranger.

615. La validité de cet arrangement a été confirmée par le tribunal arbitral : « *le tribunal relève que les parties étaient convenues de la distribution d'un profit garanti dans le contrat de CJV, aux termes duquel la CJV devait verser un bénéfice garanti au demandeur, et pour le cas où la CJV était incapable de payer, le défendeur devait le payer sur ses propres biens. Le tribunal considère que la clause de paiement au demandeur d'un bénéfice garanti est valide, car elle avait été conclue et signée des deux parties et approuvée par l'administration compétente* ». Le tribunal arbitral a relevé l'absence de paiement et de preuve du paiement de ce bénéfice au demandeur, et ordonné le versement du bénéfice, du 28 septembre 1994 (date de la fin de la période d'essai de la coopération) jusqu'à la date de la demande d'arbitrage (28 juillet 1997), c'est-à-dire sur trois années, au taux conventionnel de 8% appliqué aux revenus de l'exploitation, soit 406.000 RMB par an.

616. Dans l'affaire *Delicious Catering JV 1998*¹⁰⁸⁶, le tribunal a également validé la clause de bénéfice garanti au profit d'un associé, mais a décidé que les circonstances lui permettait d'en moduler le montant. Ce contrat de CJV, conclu le 27 novembre 1992, prévoyait qu'après versement du bénéfice fixe payable à l'associé chinois (demandeur)

¹⁰⁸⁵ *The Grand Hotel JV Case 1999*, Sentence CIETAC (26 mars 1998) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 113, traduction de l'auteur.

¹⁰⁸⁶ *Delicious Catering JV 1998*, sentence CIETAC (11 mai 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 181, traduction de l'auteur.

l'associé étranger (défendeur) recevrait le solde du bénéfice annuel. Aux termes d'un accord supplémentaire du 28 mai 1996, les associés ont détaillé les périodes de versement de ce bénéfice fixe¹⁰⁸⁷. Le tribunal a relevé que la joint venture était principalement gérée par le défendeur et que « *l'accord conventionnel de distribution des bénéfices sous la forme d'un bénéfice fixe, payable par le défendeur au demandeur* » était valide et a ordonné, après avoir constaté le défaut du défendeur, le versement du bénéfice. En termes de calcul du bénéfice, le tribunal a cependant estimé, qu'au vu du rapport de faisabilité, la CJV prévoyait l'exploitation d'un restaurant et d'un hôtel, mais également celle d'un karaoké et une salle de danse qui n'avaient pas encore été approuvés par l'administration, « *de sorte que les conditions d'exploitation ne sont pas celles initialement prévues. Cette différence a eu un impact sur l'efficacité de la CJV. En conséquence, l'augmentation annuelle ne doit pas être pris en compte lors du calcul du bénéfice fixe payable par le défendeur* ». Le tribunal a, en conséquence, estimé pouvoir autoriser une « *réduction discrétionnaire* » du bénéfice fixe. Le tribunal a relevé que l'accord supplémentaire n'avait pas été approuvé et que les deux parties en étaient responsables, mais que cet accord reflétait la volonté des parties. Le tribunal a, sur le fondement des principes de la réparation à concurrence équivalence, de l'équité et du raisonnable, jugé que le défendeur devait verser un « *montant approprié* » pour l'utilisation du 6^{ème} étage et l'a fixé à la somme annuelle de 4,1 millions RMB afin de couvrir le bénéfice et le loyer, soit 20.172.000 RMB pour la période de mai 1993 à mars 1998.

617. Les défenses soulevées par l'associé débiteur de l'obligation de versement d'un bénéfice fixe, en cas d'absence de bénéfice, ne semblent pas remettre en cause le principe de la mise en oeuvre de la répartition des bénéfices. Dans l'affaire *Shanghai YY Club JV 1999*¹⁰⁸⁸, l'associé chinois (demandeur) demandait à son partenaire chinois (défendeur) le versement du bénéfice fixe de 850.000 RMB, assorti d'une augmentation

¹⁰⁸⁷ « *Du 1er septembre au 30 novembre 1993, durant la période des travaux de décoration du 6ème étage, le demandeur ne recevra pas de bénéfice fixe pour cet étage. Du 1er décembre 1993 au 1er mai 1994, le défendeur paiera au demandeur un bénéfice fixe de 40.000 RMB, le 15 de chaque mois, le total du bénéfice fixe étant de 200.000 RMB pour cinq mois.*

*A compter du 1994, le bénéfice fixe relatif au 6ème étage sera calculé selon le contrat de CJV. En d'autres termes, le défendeur paiera un bénéfice annuel de 4.980.000 RMB, moyennant une augmentation annuelle de 6%. [...] ».*Ibid.

¹⁰⁸⁸ *The Shanghai YY Club JV 1999*, sentence CIETAC (21 septembre 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 531. Traduction de l'auteur.

annuelle de 5% tous les deux ans, depuis le début de l'exploitation de la CJV, payable chaque trimestre, avec un intérêt de retard. Le défendeur prétendait que les travaux, effectués dans la rue où le club est situé, avaient créé une situation de force majeure, dont les parties étaient convenues qu'elle l'exemptait de son obligation de versement de bénéfice d'août 1993 à septembre 1994. Le tribunal arbitral a rejeté cette allégation au motif que le défendeur n'avait pu verser « *aucun document valide et convenant à la description du contrat de CJV qui témoigne d'une force majeure. Puisqu'il n'existe aucun accord sur ce point, le tribunal arbitral reconnaît que le défendeur est responsable du montant des bénéfices demandé par le demandeur* ».

618. L'examen des litiges relatifs aux obligations pécuniaires entre les associés révèle une tension entre l'obligation d'apport, notamment pour le droit d'usage immobilier, d'une part, et la répartition des bénéfices, d'autre part. La souplesse des accords dans les CJV résiste mal à la réalité économique, qui laisse l'investisseur étranger seul pour répondre tant des dettes de la joint venture que de la charge supplémentaire du financement du bénéfice de l'associé. Dans ce type d'accords de CJV, il semble bien que l'on soit en présence d'une association, dans laquelle une fois son apport immobilier réalisé, l'associé est déchargé de l'exploitation et de la gestion et devient un « partenaire dormant », attendant en contrepartie le versement d'un bénéfice stable, en se désintéressant du sort économique de l'entreprise conjointe. On peut s'interroger, dans cette situation, sur l'existence réelle d'une entreprise conjointe. Les arrangements soumis aux arbitres s'apparentent plus à un bail immobilier de longue durée ou à une cession à tempérament d'un terrain ou de murs, au travers de la structure qu'est la joint venture. Les litiges relatifs à l'exploitation de la joint venture sino-étrangère permettent, quant à eux, de mesurer les enjeux de l'entreprise véritablement conjointe.

Chapitre II. Les litiges relatifs à l'exploitation de la joint venture

619. Les associés des joint ventures occupent une double fonction. Ils sont associés de la joint venture mais également co-contractants du contrat de joint venture. Les obligations et les litiges relatifs à ce double statut seront examinés successivement.

Section 1 Les litiges relatifs à l'administration et au contrôle de la joint venture sino-étrangère

620. Les associés des joint ventures sino-étrangères sont confrontés à deux catégories de difficultés, les unes tenant à l'administration de leur entreprise commune (§ 1) et les secondes, tenant à la pérennité de leurs droits d'associés dans la structure (§ 2).

§ 1 L'administration de la joint venture

621. La joint venture sino-étrangère est administrée par un organe unique, le conseil d'administration, qui remplit à la fois les fonctions d'assemblée générale et d'organe de gestion de l'entreprise commune. La souplesse de l'organisation des EJV et des CJV, et le petit nombre d'associés dans les joint ventures sino-étrangères montrent que le contentieux de la vie sociale est limité (B) et que le véritable enjeu est la détermination de la responsabilité des dirigeants de l'entreprise commune (B).

A. Le conseil d'administration de la joint venture sino-étrangère

622. Le conseil d'administration est l'organe suprême de la joint venture sino-étrangère, composé d'administrateurs, dont le nombre, la désignation et la révocation sont laissées à la libre décision des parties. Le principe est que chaque associé désigne et révoque son/ses administrateur(s). Le président et le vice-président du conseil d'administration sont désignés, après consultation des associés, ou sont élus par le conseil d'administration, le principe étant également que le président du conseil est désigné par un associé, et que le vice-président est désigné par l'autre associé de la joint venture¹⁰⁸⁹.

623. Le conseil d'administration a vocation à discuter et décider des « questions importantes » relatives à la joint venture, sur le fondement du principe de l'égalité et des bénéfices réciproques, dont la loi sur les EJV donne une liste non limitative, à savoir : le plan des activités de production et d'exploitation, le budget, la répartition des bénéfices, les plans relatifs à la main d'œuvre et aux salaires, la cessation de l'activité de l'entreprise¹⁰⁹⁰. Le conseil d'administration est également en charge de

¹⁰⁸⁹ Art. 6, loi sur les EJV.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

la nomination ou de l'engagement du directeur général, du directeur adjoint, de l'ingénieur en chef, du chef comptable et des vérificateurs des comptes ainsi que de leurs attributions et de leur traitement¹⁰⁹¹.

624. Les litiges arbitraux relatifs aux décisions du conseil d'administration, dont les pouvoirs sont très étendus, sont en réalité peu nombreux. Paradoxalement, les litiges se traduisent moins par la remise en cause de décisions prises par le conseil d'administration de la joint venture, pour défaut de quorum ou de majorité requise par les statuts ou par la loi, que par la mise en cause, par un associé, de la responsabilité de son partenaire au titre des fautes de gestion, prétendument commises par l'administrateur ou le directeur général, élu ou désigné sur la proposition de ce partenaire.

625. Les raisons, qui peuvent expliquer la pauvreté du contentieux de la vie sociale, proviennent du fait qu'une grande partie des joint ventures sino-étrangères est en réalité administrée et gérée par un seul associé, soit en application d'une disposition contenue dans le contrat de joint venture, soit en vertu d'un mandat d'exploitation ou d'un contrat d'exploitation de joint venture. Dès lors il n'y a pas lieu de prendre de décision conjointe d'administration et de gestion entre l'associé-exploitant et l'associé passif. Une seconde raison a trait à l'obligation de soumission des décisions de modifications substantielles du contrat de joint venture, ou de cession de parts sociales agréées par les associés, à l'approbation administrative. Cette obligation d'approbation fait dériver le contentieux de la régularité de la vie sociale de la joint venture vers celui de la validité administrative des délibérations du conseil, même conformes aux statuts¹⁰⁹². Enfin, l'unanimité, qui est requise pour un certain nombre de décisions, accroît la tendance à une contractualisation de la vie sociale, multipliant le nombre d'« accords supplémentaires » d'associés, en lieu et place de décisions unanimes adoptées en conseil d'administration. Il en va ainsi des décisions d'augmentation du capital social de la joint venture, que la loi sur les EJV soumet à l'accord unanime des associés. Toutefois, quelques décisions illustrent le contentieux de cette vie sociale. Dans la sentence *The*

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² V. paragr. 519 et s. *supra*.

*Shanghai Landmark JV Case 1999*¹⁰⁹³, relative à une EJV tripartite, le tribunal arbitral a, à la demande de deux associés, déclaré nulles deux résolutions du conseil d'administration, portant sur une obligation de prêt et de financement supplémentaire de l'EJV à la charge des associés, qui avaient été adoptées par 5 des 7 administrateurs composant le conseil d'administration de l'EJV. Le tribunal arbitral a constaté qu'il était impossible, au vu des documents, de déterminer si le vote des administrateurs avait été unanime, en l'absence de compte-rendu écrit de la position exprimée par les administrateurs qui représentaient l'opinion des associés : « *le contenu de la résolution du conseil ne dispose pas expressément des effets, de la validité ou si la résolution doit être contenue dans un document écrit signé des parties, en cas de divergence d'opinion entre les administrateurs ou en l'absence de quelques administrateurs* ».

B La gestion par les administrateurs et les directeurs généraux

626. Les administrateurs des joint ventures assument un plus grand nombre d'obligations légales que dans les autres sociétés commerciales, en l'absence d'assemblée générale des actionnaires. Ils doivent, en qualité d'administrateur, veiller aux intérêts de la joint venture, tout en ayant été désignés par un associé, afin de le représenter lors des délibérations du conseil. Les directeurs généraux et les directeurs généraux adjoints sont dans la même situation, lorsqu'ils ont été désignés par un associé de la joint venture. Les sentences arbitrales font état de nombreuses fautes de gestion commises par les administrateurs ou les directeurs généraux de joint ventures sino-étrangères, et ont permis aux arbitres de préciser les relations qu'entretiennent ces mandataires sociaux avec la joint venture, d'une part, et avec les associés, d'autre part.

627. La question à laquelle les arbitres doivent le plus souvent répondre est celle de savoir envers qui ces mandataires sociaux sont redevables de leurs fautes de gestion. La règle générale, posée en droit des joint ventures, est qu'un administrateur est obligé envers la joint venture au sein de laquelle il est administrateur, et non directement envers les associés de cette joint venture¹⁰⁹⁴. C'est ce principe que les sentences réaffirment face aux demandes de réparations qui leurs sont soumises par les associés, sur le fondement d'une faute de gestion commise par les dirigeants sociaux.

¹⁰⁹³ *The Shanghai Landmark JV Case 1999*, sentence CIETAC (30 avril 1999) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 11. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁹⁴ I. HEWITT, *op. cit.*, paragr. 11-30.

628. Dans l'affaire *Food and Entertainment JV 1997*¹⁰⁹⁵, une société shanghaienne (demanderesse) et une société hongkongaise (défenderesse) avaient conclu un contrat de CJV aux termes duquel la défenderesse était en charge de l'exploitation et de la gestion de la CJV. Le directeur général avait été désigné par le conseil d'administration de la CJV, sur la recommandation de cette défenderesse. La demanderesse demandait à la défenderesse de répondre des agissements de ce directeur général, accusé d'avoir effectué des retraits en numéraire des comptes de la CJV. Le tribunal a estimé que le directeur général était responsable de l'exploitation et de la gestion ordinaire de la CJV, sous la direction du conseil d'administration, mais que le contrat de CJV ne prévoyait pas que le défendeur « contracte » l'exploitation de la CJV. Le directeur général et son adjoint étaient les cadres, mandataires de la CJV, qui devaient rendre compte à la CJV. Ils ne pouvaient donc répondre de leurs agissements en qualité de représentants de la défenderesse, qui les avait recommandés au conseil d'administration. Le tribunal arbitral a, en conséquence, rejeté les demandes en compensation de la demanderesse. De même dans *Storage and Carriage JV 1998*¹⁰⁹⁶, Mlle XX qui était administrateur de la CJV, avait conclu un accord d'échange d'attribution avec l'entreprise Shekou YY de Shenzhen, et avait transféré la somme de 300.000 USD au nom de la CJV à cette société. Le tribunal a estimé que, bien que Mlle XX ait été désignée par le défendeur, elle était un mandataire agréé de la CJV, dont la fonction était réglementée et encadrée par le conseil d'administration de la CJV. Le tribunal estimait que le transfert, au nom de la CJV, n'était pas en soit illégal, mais que cet acte dépassait les limites de l'objet social : Mlle XX devait donc rendre compte de sa conduite à la CJV et non au défendeur. En conséquence, le tribunal a jugé que la CJV était créditrice de la somme de 300.000 USD à l'égard de l'entreprise Shekou YY de Shenzhen, et que la demande du demandeur de remboursement de la somme de 300.000 USD devait donc être rejetée.

629. Dans *The Real Estate JV Case 1997*¹⁰⁹⁷, l'associé étranger (demandeur) accusait son partenaire chinois (défendeur) au motifs que « son » représentant s'était comporté de manière irresponsable en ne convoquant aucune réunion du conseil d'administration,

¹⁰⁹⁵ *Food and Entertainment JV 1997*, sentence CIETAC (2 août 1997) rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 11. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁹⁶ *Storage and Carriage JV 1998*, sentence CIETAC (13 janvier 1998) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁹⁷ *The Real Estate JV Case 1997*, sentence CIETAC (3 décembre 1997) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 56. Traduction de l'auteur.

et en confiant un projet de travaux de démolition dont la joint venture avait la charge à une personne, qui était alors le représentant légal de l'EJV et également le représentant légal d'une autre société. Le demandeur prétendait que la progression insatisfaisante des travaux lui avait causé, ainsi qu'à l'EJV, un dommage considérable. Le défendeur prétendait de son côté que ce représentant ne représentait que l'EJV et non le défendeur, de sorte que tout litige relatif à l'accord, conclu entre l'EJV et le contractant, était en dehors du champ du contrat de joint venture. Le tribunal a estimé que le défendeur avait effectivement abusé de son pouvoir comme autorité représentative de l'EJV, en permettant la conclusion de l'accord litigieux, en conséquence de quoi l'EJV et le demandeur avaient subi une perte. Toutefois, le tribunal a jugé que ce litige avait trait à la « gestion interne de l'EJV » et qu'il était en conséquence en dehors du champ d'application de l'arbitrage. Il en va de même dans l'affaire *Guangzhou Dyeing JV 1998*¹⁰⁹⁸, dans laquelle les deux parties engageaient leur responsabilité respective au titre des pertes subies par la gestion conjointe de leurs administrateurs. Le tribunal a estimé, qu'en application des articles 2 et 20 de la loi sur les CJV, la joint venture elle-même est responsable de ses dettes sur ses propres actifs et que chaque associé n'est responsable qu'à hauteur de son apport. En conséquence, le tribunal a estimé que les pertes de la CJV devaient être subies par la CJV, et non par un des associés, et a rejeté la demande du défendeur de faire supporter ces pertes par le demandeur.

630. Toutefois, dans l'affaire *ABC Real Estate JV 2000*¹⁰⁹⁹, le tribunal a adopté une solution différente. L'investisseur chinois (demandeur) reprochait à son associé, la société C (défendeur, défaillant dans la procédure d'arbitrage), cessionnaire des parts de l'investisseur étranger, d'avoir utilisé le président du conseil d'administration qu'il avait désigné, afin de faire usage du sceau de l'EJV, sans autorisation du conseil d'administration ni en informer le demandeur, et s'octroyer ainsi des garanties sur plusieurs prêts consentis au bénéfice d'une filiale et de sociétés dans lesquelles défendeur avait une participation, pour une somme totale de 29 millions RMB. Le

¹⁰⁹⁸ *Guangzhou Dyeing JV Case 1998*, sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73. Traduction de l'auteur. V également *Shanghai Garment JV Case 1998*, sentence CIETAC (15 janvier 1998) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 150, dans laquelle les parties alléguant d'une gestion ineffective ont été renvoyées dos à dos. Traduction de l'auteur.

¹⁰⁹⁹ *ABC Real Estate JV 2000*, sentence CIETAC (18 juillet 2000) rendue à Pékin, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 792, Traduction de l'auteur.

tribunal arbitral a estimé que la fourniture non autorisée du patrimoine de l'EJV, comme sûreté, au profit de filiales du défendeur, constituait une infraction aux intérêts de l'EJV. Le demandeur, comme partie à l'EJV, était bien fondé à demander réparation du préjudice économique de 29 millions RMB subi par l'EJV en conséquence de la garantie donnée au nom de l'EJV, ainsi que de l'intérêt au taux du prêt bancaire applicable durant cette période. Cette décision n'est toutefois pas satisfaisante en ce qu'elle présume la complicité entre le président du conseil d'administration et le défendeur, sans la démontrer, et elle ne distingue pas entre le préjudice subi par l'EJV et celui subi par le demandeur. Il convient d'examiner le second aspect des contentieux ayant trait à l'aspect sociétaire du contrat de joint venture sino-étrangère, celui de la pérennité du droit d'associé des partenaires de la joint venture.

§ 2 La pérennité des droits d'associés de la joint venture

631. La pérennité des droits de l'associé dans une joint venture sino-étrangère passe la liberté de participer, dans la limite du contrat et des statuts, aux décisions sociales, ce qui nécessite un examen du contrôle de fait de la joint venture (A). Cette pérennité nécessite également que cet associé ne soit pas privé indument de ses droits dans le capital de la société conjointe (B).

A. Le contrôle de fait de la joint venture sino-étrangère

632. En l'absence d'une convention d'exploitation de joint venture approuvée par le conseil d'administration, conclue entre la joint venture et l'associé exploitant, le principe est celui de la coopération entre les associés de la joint venture pour l'exploitation de la joint venture. Le contrôle, par un des partenaires de la joint venture sino-étrangère, est souvent le fait du président du conseil d'administration ou d'un directeur général, qu'il a désigné et qui agit pour le compte et dans l'intérêt de ce partenaire, afin de lui octroyer le contrôle effectif de la joint venture.

633. Deux affaires offrent une qualification par le tribunal arbitral du contrôle de fait, par un associé de la joint venture, pour son bénéficiaire personnel. Ainsi, dans *Tianjin Wooden Furniture JV 1995*, le tribunal arbitral a constaté et sanctionné la prise de contrôle de la joint venture par un des associés chinois. Dans cette affaire relative à une joint venture tripartite, constituée entre un partenaire de Taiwan et deux associés de

Chine continentale, le partenaire taiwanais et un des associés chinois (demandeurs) accusaient leur associé chinois (défendeur) d'être responsable des agissements de M. Zhao, président du conseil d'administration qui (i) avait irrégulièrement convoqué le conseil d'administration, (i) démis de ses fonctions, lors de ce conseil, le directeur général, désigné par l'associé taiwanais (M. Chen), et nommé, en son lieu et place, un autre administrateur, l'ancien directeur général adjoint, désigné par le défendeur¹¹⁰⁰. Le défendeur prétendait avoir agi dans l'intérêt de la société et de ses associés afin de rétablir sa gestion et réduire ses coûts, sans violation du contrat de joint venture ou des statuts. Le tribunal a relevé que les statuts prévoyaient que « *chaque réunion du conseil d'administration doit être consignée soigneusement par écrit, avec la signature de tous les administrateurs présents* », et que les versions du procès-verbal de ce conseil d'administration, dépourvues de signature, n'avaient pas de force probatoire, et dont le contenu similaire relevait toutefois des positions différentes et des discussions très dures, de sorte qu'aucune résolution n'a été adoptée. Le tribunal a estimé que le président du conseil d'administration n'avait « *pas agi en sa capacité personnelle mais en la capacité d'administrateur désigné par le défendeur. En qualité de président du conseil d'administration de la joint venture, toutes ses activités étaient de représenter naturellement la partie qui l'avait désigné, à savoir le défendeur [...] Comme administrateurs représentant le défendeur, M. Zhao et l'autre administrateur ont certainement exécuté l'intention du défendeur* ». Le tribunal arbitral a reproché au défendeur sa passivité et de n'avoir pris aucune mesure « *pour corriger les actions fautives engagées, par M. Zhao, au nom du président du conseil d'administration. Au contraire, le défendeur a laissé un autre administrateur, désigné par lui, prendre en charge la gestion et l'exploitation de la joint venture* » et « *a tiré avantage de son administrateur, désigné comme directeur général permanent de la joint venture, pour exercer le contrôle de la joint venture, avec pour résultat que la joint venture existe en son nom seulement* ».

634. Dans l'affaire *Aquaculture JV 1997*, l'associé américain (demandeur) et l'associé chinois (défendeur) avaient conclu un contrat d'EJV. Le tribunal a relevé que le demandeur qui résidait aux Etats-Unis avait confié l'exploitation et la gestion de l'EJV

¹¹⁰⁰ Le défendeur prétendait que M. Chen avait caché et falsifié les prix réels des transactions conclues avec les partenaires commerciaux étrangers autorisant l'associé étranger à détourner des bénéfices et demandé à ces partenaires étrangers de régler directement l'associé taiwanais.

à son frère, et que l'attitude non-coopérative du défendeur avait porté atteinte au rôle de l'associé étranger de sorte que l'EJV était de fait contrôlée et exploitée par le défendeur seule. Le tribunal a estimé que le « *défendeur s'était comporté comme si l'EJV était sa propre société et avait agi avec les tiers au nom de l'EJV afin de servir ses propres intérêts* »

B. L'exclusion d'un associé de la joint venture sino-étrangère

635. Un des enjeux les plus importants ces dernières années, est l'exclusion d'associés du capital de la joint venture. Ces décisions ont donné lieu à des affaires significatives, qui ont révélé le caractère opaque des mécanismes administratifs permettant d'exclure un associé défaillant. Traditionnellement, le droit des sociétés prévoit, ou laisse aux parties le soin de décider dans leurs statuts, les circonstances dans lesquelles les associés sont fondés à décider de l'exclusion d'un des associés¹¹⁰¹. Le droit chinois permet à un associé de solliciter de l'AIC (i) l'exclusion de l'associé défaillant et (ii) l'autorisation de rechercher un nouvel associé. Ce type de décision fait désormais l'objet d'un contrôle de légalité.

636. L'affaire qui a opposé le groupe hongkongais Jialilai au groupe pékinois Ershang, est emblématique des risques encourus par les investisseurs étrangers par les décisions administratives d'exclusion de leurs droits, pour le cas où ils suspendent le versement de leur apport¹¹⁰². Dans cette affaire, Jialilai (60% des apports), Ershang et une autre société pékinoise avaient conclu un contrat de joint venture en 1994, pour la construction du projet « Jialilai Word Trade Centre ». Lors de la crise financière asiatique de 1997, alors que Jialilai avait effectué la plupart de ses apports et que le projet était avancé, Jialilai a rencontré des difficultés financières et le projet a dû être suspendu en novembre 1998. En 2001, Ershang a sollicité du bureau du commerce de la ville de Pékin un changement de partenaire, arguant que Jialilai n'avait pas versé l'intégralité de ses apports, et a obtenu l'approbation de ce bureau. Jialilai a en conséquence été exclu du projet. Jialilai a contesté cette décision, ce qui a donné lieu à

¹¹⁰¹ Sur les cas d'exclusion des associés tenus de céder leurs actions prévues dans les statuts des sociétés par actions simplifiées, v. art. 227-16 Code de commerce, sur la sortie d'un associé d'une société simple de droit suisse, v. art. 576 à 581 Code des obligations suisses.

¹¹⁰² V. la présentation de l'affaire *Jialilai c/ Ershang*, dans N. GALLAGHER, SHAN Wenhua, *op. cit.*, pp. 371-373 ; K. BLAKER, *Economic Tsunami, China's car industry will sweep away western car makers*, Rosenberg, 2007, pp. 304-307.

trois procédures différentes : (i) recours administratif, (ii) contentieux administratif devant les tribunaux de Pékin et (iii) procédure d'arbitrage devant le CIETAC. Jialilai a introduit un recours administratif contre cette décision devant le MOFERT¹¹⁰³, demandant l'annulation de la décision d'approbation de son exclusion. Par une décision administrative rendue en 2002, le MOFERT a fait droit à cette demande, déclarant la décision infondée en droit et en fait. Ershang a alors contesté la décision du MOFERT devant le tribunal intermédiaire n° 2 de Pékin et sollicité l'annulation de la décision du MOFERT de 2002. Par jugement rendu en décembre 2003, le tribunal intermédiaire n° 2 de Pékin a annulé la décision du MOFERT. Le MOFERT a alors fait appel de ce jugement et obtenu gain de cause devant le tribunal supérieur de Pékin en février 2005. En juin 2005, le bureau du commerce de Pékin revenait enfin sur sa décision d'exclusion de Jialilai. De son côté, Jialilai avait saisi le CIETAC, sur le fondement de son contrat de joint venture, et par une sentence arbitrale rendue en septembre 2005 (inédite), les arbitres ont confirmé les droits de Jialilai à hauteur de 60% du capital de la joint venture.

Section 2 Les litiges relatifs aux obligations de coopération et de non concurrence des partenaires de la joint venture sino-étrangère

637. Le succès de l'opération de joint venture est fondé sur une relation de confiance : l'assurance que le partenaire agira dans l'intérêt de la joint venture¹¹⁰⁴. Le droit chinois des investissements formule une obligation générale de respect du « *principe d'égalité et des avantages réciproques* »¹¹⁰⁵ et le droit civil chinois ainsi que le droit chinois des contrats soumettent l'exécution de tout contrat au respect de « *l'autonomie de volonté,*

¹¹⁰³ En application de la loi sur le recours administratif du 29 avril 1999. Dans le cadre d'un litige entre un investisseur et l'Etat chinois, le recours administratif constitue un mécanisme de recours interne à l'administration permettant l'examen, par l'organe hiérarchiquement supérieur, de la légalité de tout acte administratif pris à un niveau inférieur, à la demande de tout citoyen, personne morale ou autre organisation. La mise en œuvre de cette procédure, par l'investisseur étranger, est désormais un préalable obligatoire à la mise en œuvre des clauses d'arbitrages contenues dans le TBI chinois. V. également Bailey XU, « From RMB42 million to nothing : What lessons can we learn from JV disputes ? », *China Law and Practice*, avril 2004, p. 1.

¹¹⁰⁴ I. HEWITT, *op. cit.*, p. 248.

¹¹⁰⁵ Art. 1, loi sur les EJV et sur les CJV.

de l'équité, de la réparation à concurrence équivalente, de l'honnêteté et de la bonne foi »¹¹⁰⁶.

638. Les contrats de joint ventures contiennent en général une déclaration ou un engagement des parties d'agir de bonne foi moyennant une « coopération mutuelle », ou une formulation similaire, afin de promouvoir l'activité de la joint venture ou leurs relations réciproques¹¹⁰⁷. Les contrats de joint ventures sino-étrangères ne semblent pas comporter de stipulation expresse d'un engagement de coopération ou d'exécution de bonne foi des obligations contenues dans le contrat. La principale obligation de coopération est celle de l'interdiction faite aux partenaires de faire concurrence à la joint venture. L'engagement de non-concurrence et son étendue ne font pas toujours l'objet d'une stipulation contractuelle, de sorte qu'elle doit être examinée soit au regard du droit commun des contrats, soit au regard des agissements des mandataires sociaux lorsque ceux-ci sont engagés dans des actes de non concurrence¹¹⁰⁸.

639. Les arbitres sanctionnent en général la violation par un partenaire de son obligation de coopération de bonne foi, mais les sentences publiées ne tirent pas toujours les conséquences en termes de réparation du dommage subi par l'associé lésé. L'affaire *Clothes Manufacturing JV 1993*¹¹⁰⁹ est un des contentieux arbitraux les plus caractéristiques en matière de violation par un partenaire de son obligation de coopération mutuelle et de non-concurrence. Dans cette affaire, la société française (défenderesse) avait conclu en mai 1992 un contrat d'EJV avec une société chinoise (demanderesse) pour une production de textile. Quelques mois plus tard, le 15 octobre 1992, lors d'une visite effectuée au service des ventes de l'EJV, le président du conseil d'administration, désigné par la société française, et d'autres personnes, ont débranché les téléphones, déclaré la fermeture du bureau de vente, et apposé les scellés sur le coffre et sur des tiroirs du bureau. Le 16 octobre, le président envoyait un représentant fermer le compte bancaire de l'EJV, et dès lors l'activité de l'EJV était interrompue.

¹¹⁰⁶ Art. 4, PGDC, arts. 4, 5 et 5, loi sur les contrats.

¹¹⁰⁷ I. HEWITT, *op. cit.*, p. 260.

¹¹⁰⁸ L'art. 40(4) du décret d'application de la loi sur les EJV dispose : « le directeur général ou des adjoints n'occuperont pas de façon concomitante de postes concurrents au sein d'autres organisations économiques. Ils ne prendront pas part à des actes de concurrence commerciale d'autres organisations économiques contre leur propre joint venture ».

¹¹⁰⁹ *Clothes Manufacturing JV 1993*, Sentence CIETAC (10 avril 1993), rendue à Shanghai, *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°84, p. 491.

L'associé chinois demandait la somme de 960.000 RMB au titre de la réparation du préjudice qu'il avait subi en conséquence de cette interruption d'activité. Le partenaire français expliquait que le département de vente avait en réalité été formé, par le directeur général de l'EJV et un administrateur, désignés par le partenaire chinois, en violation du contrat d'EJV et des statuts ainsi que de la réglementation du commerce et de l'industrie. Il ajoutait que les actions prises par le président du conseil d'administration n'étaient celle de la défenderesse mais la mise en œuvre d'une résolution du conseil d'administration, prise en urgence par cinq administrateurs, représentant plus du tiers des membres du conseil, à la suite de la constatation de la violation flagrante de ses obligations par la demanderesse, actions qui ont été ratifiées par une réunion du conseil du 21 octobre 1992.

640. Le tribunal arbitral a constaté que les actions du président du conseil d'administration ne résultaient pas d'une décision du conseil conforme aux statuts, mais que ces actions étaient fondées sur « une bonne raison », et que la ratification par la réunion du conseil du 21 octobre 1992, à laquelle seuls quelques administrateurs avaient participé, n'était pas non plus conforme aux statuts. Le tribunal a constaté que du début de son activité à la date de l'introduction de la demande d'arbitrage, l'EJV n'avait officiellement ni entamé sa production ou la vente de produits ni conclu aucun contrat avec des clients. En conséquence, le tribunal a rejeté la demande d'indemnité, et renvoyé les parties, qui n'avaient pas demandé la résiliation du contrat, aux décisions du conseil d'administration de l'EJV.

641. Dans l'affaire, *The XX Technology JV Case 1999*¹¹¹⁰, le demandeur avait conclu un contrat tripartite avec les deux défendeurs. Les défendeurs prétendaient que M. E, représentant du demandeur et vice président du conseil d'administration et directeur général de l'EJV, a démissionné le 18 octobre 1995 de ses mandats. Il avait enregistré, le 24 juin 1995, la société de droit chinois N Communication dans la ZES de la ville de G, dont il était devenu le représentant légal. Le 27 novembre 1995, M. D, désigné par le demandeur comme administrateur et directeur général adjoint avait constitué, avec cette société N, la société T Electronique et en était devenu le représentant légal. Depuis lors, les sociétés N et T produisaient des produit semblables à ceux de la joint venture, et

¹¹¹⁰ *The XX Technology JV Case 1999*, sentence CIETAC (14 juin 1999) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 442.

avaient sollicité ses clients. Le tribunal a estimé que la question principale était de déterminer si M. E avait constitué la société N communication, dotée d'un objet social identique à celui de l'EJV, alors qu'il était encore son directeur général. Il a relevé que MM. D et E avaient constitué T Electronique « *peu de temps avant de quitter ou peu de temps après avoir quitté l'EJV* » et ont entamé la production et la vente de produit similaires à ceux de l'EJV, s'agissant de logiciels pour distributeurs automatiques de billet et non de matériel. Le tribunal a relevé que, dans ses publicités adressées aux clients, T Electronique avait consolidé les principales structures de technologie et de gestion du demandeur et de l'EJV, avait adopté l'objectif commercial de l'EJV, qui était la fourniture de services financiers électroniques à long terme. Le tribunal arbitral a jugé qu'une telle conduite violait les dispositions de l'article 40(4) du décret d'application de la loi sur les EJV et l'article 22 des statuts, et constituait une violation du contrat, sans pour autant accorder de dommages-intérêts au demandeur.

642. Il en va de même dans l'affaire *Guangzhou Deying JV 1998*¹¹¹¹ dans laquelle le tribunal arbitral a constaté que la joint venture cantonaise, dont l'activité était la production, la transformation et la vente de textiles teints et blanchis, n'avait en réalité jamais entamé la production de ses propres produits, mais se contentait de transformer les produits de ses clients et de percevoir les coûts de production. Le tribunal a constaté que le partenaire hongkongais se revendait à lui-même les produits par voie d'export à un prix inférieur à celui du marché national, moyennant un coût de vente à l'export pour l'EJV supérieur à celui de la vente sur le marché intérieur. Le tribunal a jugé que le partenaire avait effectivement « fait un bénéfice secret tant interne qu'international », mais a rejeté, faute d'élément suffisant, la compensation de 2 millions HK\$ demandée par l'associé chinois.

643. Il semble que les arrangements extra-judiciaires, à savoir le rachat des parts de l'associé devenu un concurrent, ne permettent pas une solution plus efficace. C'est le cas de la joint venture sino-française qui avait été créée à Shuozhou (province du Shanxi), aux termes d'un contrat conclu entre la société Française du Lin et du Chanvre (48%) et des « branches du gouvernement local chinois »¹¹¹², pour la production de

¹¹¹¹ *Guangzhou Deying JV 1998*, sentence CIETAC (6 janvier 1998) rendue à Shenzhen, *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73.

¹¹¹² Il s'agirait en l'occurrence du gouvernement provincial du Shanxi (27%), du gouvernement « régional » (11%), de la ville de Shuozhou (14%), mais il se peut également qu'il s'agisse d'entreprises

vêtements en lin, pour laquelle l'associé français avait apporté son équipement et fournissait la matière première, à savoir le lin produit en France. Après dix années de coopération, le directeur général de la joint venture créa soudainement une usine de textile, située aux côtés de celle de la joint venture. La société française, après avoir racheté le matériel à son partenaire et tenté de poursuivre seule l'activité, a finalement dû soumettre son entreprise chinoise à une procédure d'insolvabilité et interrompre son exploitation.

644. Le récent contentieux qui a opposé, de 2007 à 2009, le groupe français Danone au groupe chinois Hangzhou Wahaha Food (« Wahaha »), relatif à leur joint venture, Wahaha JV, confirme le peu de résistance de l'obligation de non-concurrence, contenue dans certains contrats de joint ventures, face aux enjeux de contrôle de la joint venture ou de ses actifs. Lors de la constitution de la joint venture en 1996, Wahaha était une entreprise chinoise d'Etat, qui a été sociétisée puis a été contrôlée par M. Zong Qinghou¹¹¹³. L'unique apport de Wahaha dans la joint venture résidait dans la marque Wahaha, évaluée pour cet apport à la somme de 100 millions RMB, que Wahaha s'était engagée à ne plus utiliser. La répartition initiale du capital de Wahaha JV était de 49% pour Wahaha et 51% pour la société de droit singapourien Jinjia, détenue conjointement en parts égales par Danone et une société dénommée Baifu. Conformément à l'accord des parties, la gestion quotidienne de la joint venture avait été confiée à M. Zong, président du conseil d'administration. Dès après la mise en place de la joint ventures deux événements ont bouleversé l'accord initial : (i) en 1998, en rachetant les parts de la société Baifu dans Jinjia, Danone est devenue l'associé majoritaire de Wahaha JV et (ii) en 1999, le bureau des marques a invalidé l'apport de la marque aux motifs que, société d'Etat, Wahaha ne pouvait transférer le droit de propriété d'un bien propriété d'Etat. Les associés ont alors converti l'apport de la marque en une licence de marque, dont il n'est pas contesté qu'elle a été approuvée.

d'Etat, v. R. MEREDITH, *The Elephant and the Dragon : the rise of India and China and what it means for us*, New York, W. W. Norton & Company, 2008, pp. 111-116. V également présentation de la joint venture Shanxi Shuofan Flax textile Co. Ltd. sur : <http://www.trade2cn.com/commoncompany/10081416374575J.html>.

¹¹¹³ Sur cette affaire, v. S. DICKINSON, « Danone v. Wahaha », *China Economic Review*, septembre 2007 ; DANONE, « Fact Sheet. The dispute with Mr. Zong Qinghou », réponse officielle de Danone à l'article « Danone v. Wahaha », *China Economic Review*, Septembre 2007.

645. Le litige résulte de la fabrication et de la vente de produits portant la marque ou des recettes propriété de Wahaha JV par des sociétés constituées aux îles Vierges britanniques et aux îles Samoa, appartenant à M. Zong et à sa famille. Estimant que ces actions violaient les termes de la licence de marque et du contrat de joint venture, et après avoir tenté en vain d'obtenir 51% du capital de ces sociétés, Danone a introduit une procédure d'arbitrage en mai 2007 devant la chambre de commerce de Stockholm contre Wahaha, en application de la clause compromissoire contenue dans le contrat de joint venture, pour violation de la clause de non-concurrence. Danone a également introduit plusieurs demandes devant les juridictions californiennes à l'encontre de sociétés, affiliées à Wahaha, constituées aux îles Vierges britanniques et aux îles Samoa¹¹¹⁴. Wahaha a de son côté introduit en 2007 une demande d'arbitrage devant la Commission d'arbitrage de Hangzhou afin de faire constater l'invalidité de la licence de marque qu'elle avait consentie à Wahaha JV.

646. Le 30 septembre 2009¹¹¹⁵, le tribunal arbitral de Stockholm a rendu sa sentence partielle dans laquelle il constatait que M. Zong, avait violé les conventions de confidentialité et de non concurrence conclues avec Danone, et ordonnait que M. Zong « *cease forthwith using, or assisting in/procuring any unauthorised usage of the Wahaha Trademarks and any other intellectual property rights which belong to the [joint venture], and ordered that Zong transfer them to or cause their transfer to the [joint venture]* »¹¹¹⁶. Le même jour, le 30 septembre 2009, les parties ont conclu un protocole transactionnel confidentiel mettant un terme aux litiges les opposant, aux termes duquel Danone cédait ses intérêts dans Wahaha JV à M. Zong pour un montant de 300 millions EUR¹¹¹⁷.

647. La coopération au sein de la joint venture sino-étrangère suppose une volonté commune de poursuivre l'activité commune, au-delà de l'accord négocié moyennant des mesures incitatives qui permettent aux parties de conserver leur intérêt initial. On

¹¹¹⁴ Danone a obtenu le blocage des actifs de ces sociétés et leur placement sous administrateur judiciaire. KPMG a été désigné liquidateur judiciaire de ces entités.

¹¹¹⁵ Sentence partielle, arbitrage SCC V (061/2007), *Danone c. Wahaha* (sentence de 294 pages, inédite), extraits publiés dans BU Qingxui, « Danone v. Wahaha: Who Laughs Last? », *European Journal of Law Reform*, 2011 (13) 3-4, p. 592.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ J. KLOTZ, « Drafting Issues in International Joint Venture Agreements. A look at some of the recent drafting issues in the case law », *Canadian International Lawyer*, (2011) Vol. 8, No. 3, 134.

relève que cet aspect du contentieux ne présente pas, hormis le contexte économique-culturel, de réelle particularité. C'est certainement le seul aspect qui rapproche le droit des contrats de joint ventures sino-étrangères des autres litiges contractuels en matière de joint venture.

Conclusion générale

648. La jurisprudence arbitrale des contrats de joint ventures sino-étrangères est donc au centre de la construction du droit chinois de l'arbitrage international et des investissements. L'importance des enjeux financiers de ces contrats a conduit les parties à soumettre aux arbitres internationaux la totalité des différends relatifs à la joint venture sino-étrangère. Les questions à trancher par les arbitres sont donc complexes et débordent les limites du contentieux classique en matière de joint ventures. En effet, faute de confiance de la part des parties dans le système judiciaire chinois, les arbitres se sont vu soumis des litiges qui, dans d'autres ordres juridiques, auraient été du ressort naturel des juridictions administratives locales (contentieux de l'approbation des investissements étrangers, du retrait de droit d'usage immobilier) ou des tribunaux civils et commerciaux (contentieux de la convention d'exploitation de joint venture entre la joint venture et l'associé-exploitant). De même, l'absence de réponse en droit positif, jusqu'à une date récente, au fondement juridique de certaines actions civiles a poussé les parties à utiliser en vain le contrat de joint venture afin de faire trancher par arbitrage des litiges issus de la responsabilité des mandataires sociaux de la joint venture (absence de responsabilité légale des mandataire sociaux) ou de l'intervention de non-signataires au contrat dans la constitution et l'exécution de la joint venture (absence de sanction de l'abus de personnalité morale et d'action de l'associé au nom de la société).

649. Les sentences arbitrales ont permis de dégager un certain nombre de principes du droit chinois des contrats et du droit des sociétés. Cette élaboration jurisprudentielle s'est souvent faite en résistance à une mise en oeuvre des règles rigides contenues dans les textes du droit chinois des contrats (validité inter-partes de certaines conventions non approuvées) et des investissements étrangers (qualification d'investisseur de l'entité dépourvue de personnalité morale, réalisation de l'apport malgré l'irrégularité de la procédure). Cependant, l'approche des arbitres relative aux questions de l'étendue du consentement tant *ratione personae* que *ratione materiae* à l'arbitrage, du contenu des règles de droit applicables, de la mise en œuvre des dommages-intérêts contractuels,

reste très « locale », et empreinte d'une culture juridique que les arbitres ne cherchent pas à remettre en question en faisant œuvre créatrice. L'approche des problématiques juridiques par l'arbitre siégeant en Chine reste, même si ce dernier témoigne d'un certain pragmatisme, une approche chinoise et non internationale de la mission et des moyens de l'arbitre. Les décisions s'installent donc une continuité négative (« ce qui n'est pas autorisé est interdit »), révélant quelques bonnes surprises fondées sur la liberté des parties de contracter, accentuant l'imprévisibilité du droit dans ce domaine.

650. Le milieu des années 2000s amorce un virage, celui de la fragmentation du contentieux des joint ventures sino-étrangères. Cette fragmentation est illustrée par l'émergence de plusieurs phénomènes. En premier lieu, on constate une plus grande confiance envers la justice rendue par les juridictions étatiques, pour ce qui concerne le contentieux administratif opposant les investisseurs, ou la joint venture sino-étrangère elle-même, à l'administration chinoise, pour ce qui concerne le contentieux judiciaire opposant la joint venture et/ou un associé agissant pour son compte aux mandataires sociaux, ainsi que le contentieux judiciaire ou arbitral fondé sur les contrats satellites. En second lieu, la remise en cause par des investisseurs étrangers des décisions de l'administration centrale dans le cadre d'un recours administratif, éventuellement suivi d'un contentieux interne, voire d'un d'arbitrage international fondé sur les TBIs, bien qu'encore exceptionnelle, a enfin rompu l'espace d'impunité sur lequel reposait le traitement réservé par l'Administration chinoise aux investissements et investissements étrangers.

651. Cette fragmentation a naturellement recentré le différend issu du contrat de joint venture vers son espace juridique naturel, tant subjectif qu'objectif. Ainsi, si les sentences les plus récentes en la matière ont gagné au cours des deux décennies en acuité juridique et en harmonie avec les solutions dégagées par la pratique internationale, elles ont en revanche perdu l'originalité et la diversité première qui les caractérisaient pour devenir un contentieux plus classique.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, encyclopédies, cours et thèses dactylographiées

- AGLIETTA M., LANDRY Y., *La Chine vers la surpuissance*, Paris, Economica, 2007.
- AUDIT M., « Droit des investissements internationaux », *Jurisclasseur international*, fasc. 572-50 « Présentation et sources » [2009], fasc. 572-55, 572-65 « Contentieux arbitral international – Droit commun » [2009].
- BAKER K., *Economic Tsunami: China's Car Industry will Sweep Away Western Car Makers*, Australie, Rosenberg, 2007.
- BAPTISTA L., DURAND-BARTHEZ P., *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, Paris, LGDJ, 1986.
- BEAUMONT B., MARCUS H., CHOI D., AU R., *Chinese International Commercial Arbitration*, Simmonds & Holl, Londres 1994.
- BERGERE M.-C., *Capitalismes & capitalistes en Chine, des origines à nos jours*, Paris, Perrin, 2007.
- BORN G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.
- BRUNET A., Guichard, J.-P., *La visée hégémonique de la Chine : l'impérialisme économique*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit International Privé*, Paris, Thémis Droit, PUF, 1^{ère} édition, 2007.
- CARREAU D., « Investissements », *Rép. Internat. Dalloz*, 2008.
- CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2010.
- CHANG G., *The coming collapse of China*, New York, Random House, 2001.
- CHEN A., *An introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Hong Kong, LexisNexis, 2004.
- CHEN Haijuan, *Les traités bilatéraux d'investissements conclus par la Chine*, Thèse Paris I, 14 septembre 2009.
- CHEN Jianfu, *Chinese Law : Context and Transformation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- CHENG Dejun, MOSER M., WANG Shengchang, *International Arbitration in the People's Republic of China, commentary, Cases and Materials*, Hong Kong, Singapore, Malaisie, Butterworths Asia, 2^{ème} édition, 2000.
- CHOW D., HAN A. *Doing Business in China – Problems, Cases, and Materials*, American Casebook Series, West, 2012.
- COHEN D., *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993.
- COISPEAU O., LUO S., LABARRE Th., CHOW J., Yu S., *Partenariats, fusions & acquisitions en Chine*, Paris, Séfi, 2012.
- DOLAIS Y., *Droit Chinois des Affaires*, Cours INALCO, dactylographié.
- DUBISSON M., *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy, 1989.
- EPSTEIN M., Ostrach, M., Weinbaum R., *Joint Ventures and other cooperative business arrangements*, Englewoods (USA), Prentice Hall Law & Business, 1989.
- GAILLARD E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2008.
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004.
- GALLAGHER N., SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Oxford University Press, 2009.
- GLAVINIS P., *Le contrat international de construction*, Paris, GLN Joly, 1993.
- GODEMENT F., *Que veut la Chine ? De Mao au capitalisme*, Paris, Odile Jacob, 2012.
- GODON L., *Les obligations des associés*, Paris, Economica, 1999.
- GREENBERG S., KEE Ch., WEERAMANTRY R., *International Commercial Arbitration : An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011.

- GU Minkang, *Understanding Chinese Company Law*, Hong Kong University Press, 2006.
- GU Weixia, *Arbitration in China : regulation on arbitration agreements and practical issues*, Hong Kong, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.
- GUILLAUMOND R., XIE Zhaohua, *Code chinois du droit des affaires*, Larcier, 1995, 1996.
- HANOTIAU B., *Complex arbitrations – Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005.
- HEWITT, I., *Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, Londres, 4^{ème} édition, 2008.
- HUANG Yasheng, *Selling China: foreign direct investment during the reform era*, New York, Cambridge University Press, 2003.
- HUCHET J.-F., RICHEL X., *Gouvernance, coopération et stratégie des firmes chinoises*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- IZRAELEWICZ E., *L'arrogance chinoise*, Paris, Grasset, 2011.
- JACQUET J.-M., DELEBECQUE Ph., CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 2007.
- JONET J.-M., EVRARD M., *Joint ventures : des noces au divorce*, Bruxelles, Larcier, 2006.
- JUILLARD P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, *Recueil des cours*, tome 250 (1994), p. 13 et s.
- LEBEN Ch., *La théorie du contrat international et l'évolution du droit international des investissements*, *Recueil des cours*, tome 302 (2003), p. 201 et s.
- LEMOINE F., *L'économie de la Chine*, Paris, La Découverte, 4^{ème} édition, 2006.
- LEUNG Mei-Fun P., *The Hong Kong Basic Law, Hybrid of Common Law and Chinese Law*, Hong Kong, LexisNexis, 2007.
- LEUNG Mei-Fun P., WANG Shengchang (eds.), *Selected Works of China International and Trade Arbitration Commission Awards (1963-1988)*, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1998.
- LEUNG Mei-Fun P., WANG Shengchang (eds.), *Selected Works of China International and Trade Arbitration Commission Awards (1989-1995) updated to 1997*, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1998.
- LEUNG R. H. M., *China arbitration handbook*, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 2011.
- LI Bin, *La protection de la propriété en Chine*, Tomes 1 et 2, Paris, L'Harmattan, 2011.
- LOUSSOUARN Y., TROCHU M., SOTOMAYER R., « Conflits de lois en droit des sociétés », *Jurisclasseur International*, fasc. 570-40 [2010].
- LING Bing, *Contract law in China*, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 2010.
- MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004.
- MANN J., *Beijing Jeep*, First Touchstone, 1989.
- MANTERE T., *Joint Venture in China ; the establishment and approval process*, Finlande, Ministère du commerce et de l'industrie, 1995.
- MAYER P., *Droit International Privé*, Paris, Montchrétien, 6^{ème} édition, 1998.
- MEREDITH R., *The Elephant and the Dragon : the rise of India and China and what it means for us*, New York, W. W. Norton & Company, 2008.
- MCGREGOR R., *The Party*, Londres, Peguin Books, 2011.
- MOSER M. (ed.), *Business disputes in China*, Juris Publishing, Inc., New York, 2007.
- MOSER M. (ed.), *Managing Business Disputes in Today's China – Duelling with Dragons*, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2007.
- NAUGHTON B., *The Chinese Economy, Transitions and Growth*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2007.
- NEE O., *Shareholder agreements & joint ventures*, China Law Library, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 2009.
- NEWMAN W., *Birth of a successful joint venture*, University Press of America, 1992.
- NIBOYET M.-L., *Contrat Internationaux*, *Jurisclasseur international*, Fasc. 552-10 à 552-40, [1998]
- ORTSCHEIDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 2001.
- PEARSON M., *Joint ventures in the People's Republic of China*, Princeton University Press,

- 1991.
- PICQUART P., *L'Empire chinois : histoire et actualité de la diaspora chinoise*, Lausanne, Favre, 2004.
- PIRONON V., *Les Joint Ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, Dalloz, 2004.
- POTTER P., *The Chinese legal system – globalization and local legal culture*, Londres, New York, Routledge, 2001.
- SCHREUER C., *The ICSID Convention : a commentary*, Cambridge University Press, 2ème édition.
- SERAGLINI Ch., ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrétien, 201.
- STEIDLEMEIER P., *Strategic management of the joint venture*, Conn, Quorum Books, 1995.
- TAO Jingzhou. *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2012.
- TRAIN F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale*, Paris, LGDJ, 2003.
- TROLLIET P., *La diaspora chinoise*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- BLAKER K., *Economic Tsunami, China's car industry will sweep away western car makers*, Rosenberg, 2997.
- WANG Guiguo, *Wang's Business law of China*, 4^e édition, Hong Kong, LexisNexis, 2003.
- WEIL P., *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000.
- WUNSCHHEIM C. von, *Enforcement of Commercial Arbitral Awards in China*, West, 2011.
- XU Donggen, *Le droit international privé en Chine : une perspective comparative*, *Recueil des cours*, tome 270 (1997), pp. 107-235.
- YANG Caixia, *La validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international (étude comparative : France, Chine)*, thèse dactylographiée, sous la direction de Mme Marie Goré, Université Panthéon-Assas (Paris II), 30 juin 2008.
- YANG Fan, *Contrats for the international sale of goods in China*, Hong Kong, Wolters Kluwer, 2012.
- ZHANG Mo, *Chinese Contract Law Theory and Practice*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- ZIMMERMAN J., *China law deskbook : a legal guide for foreign-invested enterprises*, American Bar Association, West, 3^{ème} édition, 2010.

II. Articles

- AHL B., « Chinese Law and international treaties », 39 *Hong Kong Law Journal* 735.
- ALBERT D., « Addressing abuse of the corporate entity in the People's Republic of China : new thoughts on China's need for a defined veil piercing doctrine », *University of Pennsylvania Journal of International and Economic Law*, 2002 23 : 4, 873-897.
- AU-YEUNG Cl., HUNTER Ch., SCHWARWALDER B., "Joint venture dispute triggers jurisdictional concern", *China Law & Practice*, 1996, p. 24.
- BARBET J., ROSHER P., « Les clauses de résolutions de litiges optionnelles », *Rev. arb.*, 2010, pp. 45-84.
- BARBOZA D., LaFRANIERE S., « Princelings' in China use family ties to gain riches », *The New York Times*, 18 mai 2012
- BARCELO J., « Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction ? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36. 1115.
- BAW de, THYS, « Les formes d'investissements étrangers en Chine », *Dr. Prat. Com. Int.*, 1983, 511.
- BEAUTE J., « La RPC et le droit international », *RGDIP* 1964, p. 350.
- BELLANGER I., Développements récents sur les investissements étrangers en Chine, *RDAL*, 2000-3, pp. 311-343.

- BERMOND DE VAULX J.-M. de, « La notion d'apport dans les joint international ventures », *JCP.Ed E*, 1982, II, 13757.
- BIN Yuan, « The invisible seat », *China Law & Practice*, Novembre 2010.
- BORDE D., « La constitution de sociétés communes », *RDAl*, 1986, p. 189.
- BORDE D., « Les sociétés à capitaux mixtes », *RDAl*, 1993 p. 537.
- BORGONJON J., HOFMANN D., « The re-emergence of the joint-venture ? », *The China Business Review*, mai-juin 2008, p. 32.
- BROWN F., ROGERS C., « The role of arbitration in resolving transnational disputes : a survey of trends in the PRC », 15 *Berkeley Journal of International Law* 329 (1997).
- BUFFENSTEIN D. « Foreign Investment Arbitration and Joint Ventures », 5 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 191 (1980).
- CABESTAN J.-P., « Un Etat de lois sans Etat de Droit », *Tiers-Monde*, 1996, tome 37, n° 147, pp. 649-668.
- CALCO J., La pratique internationale des joint ventures, *Petites Affiches*, 16 mars 1990, p. 10.
- CHANDLER Aaron, « BIT's, MFN Treatment and the PRC : The Impact of China's Ever Evolving Bilateral Investment Treaty Practice », 43 *The International Lawyer*, 1301-10 (2009) (R 16.4).
- CHANG Wejen, « Classical Chinese jurisprudence and the development of the Chinese legal system », 2 *Tsinghua China Law Review* 207 2009-2010.
- CHEN Jianfu, « La dernière révision de la Constitution chinoise », *Perspectives chinoises*, 82, mars-avril 2004.
- CHEN Xi, « Arbitrage international et contrats publics en Chine », in *Contrats publics et arbitrage international*, sous la direction de M. AUDIT, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 195-213.
- CHENG L., ROSETT A., « Contract with a Chinese Face : Socially Embedded Factors in the Transformation from Hierarchy to Market, 1978-1989 », *Journal of Chinese Law* 5 (1991) 143-55, 207-44.
- CHI Chung, « The judicial determination of the validity of arbitration agreements in the People's Republic of China », 3 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 99 2010, p. 105.
- CHI Manjiao, « The Iceberg Beneath the Water: The Hidden Discrimination Against the Lex Mercatoria in Chinese Arbitration », *Journal of Private International Law*, Vol. 7, Number 2, p. 341, 2011.
- China Law & Practice, « How to choose the best investment vehicle », *China Law & Practice*, juin 2009.
- CHOUKROUNE L., « L'internationalisation du droit chinois des affaires », *RDAl*, 2003 n° 5, pp. 503-523.
- CHUANG Leontine D., « Investing in China's telecommunications market : reflections on the rule of law and foreign investment in China », *Northwestern Journal of International Law & Business*, printemps 2000, p. 509.
- CLARKE D. C., « How do we know when an enterprise exists? Unanswerable questions and legal policentricity in China », 19 *Columbia Journal of Asian Law* 50 2005-2006, p. 55-61.
- CLARKE D. C., « Three concepts of the independent director », 32 *Delaware Journal of Corporate Law* 73-111 (2007).
- COHEN J. A., « Comment on engaging the law in China », *Far Eastern Economic Review*, mai 2005, pp. 68-70.
- CORNE, P.-H., « Creation and application of law in the CPR », 50 *American Journal of Comparative Law*, 2002, pp. 369-443.
- CREPET DAIGREMONT C., « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux », in *Les aspects nouveau du droit des investissements internationaux*, Centre d'Etude et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 453-516.
- CYMROT M., « Investment Disputes with China », 61(3), *Dispute Resolution Journal*, 80, 80-7 (2006) (R 16.4).
- DARWAZEH N., YEOH F., « Recognition and Enforcement of Awards under the New York

- Convention - China and Hong Kong Perspectives » (2008) 25 *Journal of International Arbitration*, p. 837.
- DAVID N., « Les entreprises conjointes : quelques problèmes pratiques », *JDI*, 1988, 37.
- DELEBECQUE, Ph., « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1991, p. 19.
- DELMAS-MARTY M., « La construction d'un Etat de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances », *D*, 2002, n°32, p. 2484
- DELMAS-MARTY M., « La construction d'un Etat de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », in *La Chine et la Démocratie*, Fayard, 2007.
- DENG Jiong, « Building an Investor-Friendly Shareholder Derivative Lawsuit System in China », *Harvard International Law Journal* Vol. 46 2005 p. 347.
- DESCHANDOL, « Le décret d'application de la loi sur les sociétés mixtes contractuelles », *cah. jur. fisc. exp.*, 1996, p. 75.
- DICKINSON S., « Danone v. Wahaha », *China Economic Review*, Septembre 2007.
- DANONE SA, « Fact Sheet. The dispute with Mr. Zong Qinghou », réponse officielle de Danone à l'article « Danone v. Wahaha », *China Economic Review*, Septembre 2007.
- DOLAIS Y., « Conclusion : La sécurité juridique existe-t-elle en Chine ? », *Actualité du droit chinois des affaires*, Centre Français de Droit Comparé, juillet 2004, pp. 127-134.
- DOLAIS Y., « L'avancée du droit des affaires en Chine: bilan de vingt années », (bilingue français-chinois), *GP*, n°184-186, 2-4 juillet 2000 p. 48-50.
- DOLAIS Y., « L'exécution des décisions de justice en Chine », (bilingue français-chinois), *GP*, n°172/173, 20/21 juin 2008.
- DOLAIS Y., « L'organisation administrative du commerce extérieur chinois » (avec Agnès Foucault), *Le Courrier des Pays de l'Est*, n°290, décembre 1984, p.20-33.
- DOLAIS Y., « L'ouverture économique et ses contraintes: une comparaison Chine-U.R.S.S. », *Cahier du GEMDEV*, n°11, novembre 1988, p.46-59.
- DOLAIS Y., « Le droit en Chine : vers une légalité formelle et effective », (avec JIN Banggui) (bilingue français-chinois), *GP*, n°196 à 199, 14-17 juillet 2004, p. 7-11.
- DOLAIS Y., « Les sociétés mixtes en Chine », *Economie et Commerce*, mars 1983.
- DOLAIS Y., « Les spécificités du système juridique chinois », *Le nouveau journal des huissiers de justice*, n°105, sept-oct. 2007.
- DOLAIS Y., « Recent changes in chinese commercial law: implications for foreign investment in China », *College of Business Administration Lecture Series*, University of Maine, U.S.A., sept. 1994, 12 p.
- DOLAIS Y., « Réformes juridiques en Chine : évolution sans révolution », (bilingue français-chinois), *GP*, n°172/173, 20/21 juin 2008.
- DOLAIS Y., « Tendances récentes du droit en Chine » in *Les réformes en Chine* (sous la direction de AUBERT C.), *Tiers-Monde*, 1986, tome 27 n°108, pp. 867-875.
- DUBISSON M., « Les caractères juridiques du contrat de coopération ... », *Dr. Prat. Com. Int.*, 1984, p. 297.
- FAN Kun, « L'arbitrage en Chine : pratiques, obstacles juridiques et réformes », *Bulletin de la Cour Internationale de la CCI*, Vol. 19/n°2, 2008, pp. 25-41.
- FAN Zheng, TONG Jing-wei, « The Effectiveness of Cross-cultural Competence in Joint Ventures », *Journal of Dong-hua University*, Vol. 22, No. 1 (2005), p. 133 et s.
- FEI Langfang, « Multi party disputes and referral to arbitration under Chinese Law », *International Arbitration Law Review*, Vol. 12 , n° 6, 2009, p. 151.
- FENG Jinwei, « Piercing the corporate veil », *China Law & Practice*, février 2001.
- FOLTA P.-H., « Cooperative Joint Ventures », *The China Business Review*, Janv/Fev 2005, p. 18.
- FOUCHARD Ph., « Arbitrage et faillite », *Rev. Arb.* 1998, pp. 471 et s.
- GAILLARD E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 853-878.
- GAILLARD E., « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes Pierre Bellet*, pp. 203-217.
- GAILLARD E., « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage

- international », *Rev. arb.*, 2007, pp. 709 et s.
- GAILLARD E., « The role of the arbitrator in determining the applicable law », in *Leading Arbitrators' Guide*, L.W. Newman, R.D. Hill (eds), Juris Publishing, 2008, chapitre 10, p. 185.
- GAILLARD E., BANIFATEMI Y., « Negative Effect of Competence-Competence : The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators », in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. GAILLARD, D. Di Pietro, Eds) Cameron May, 2008.
- GANEM, P.-H. « Financements de grands projets internationaux » (deuxième partie), *RDAI*, No. 4, 1997 ; (troisième partie), *RDAI*, No. 5, 1997.
- GU Weixia, « China's search for complete separability of the arbitration agreement », *Asian International Arbitration Journal*, 2007 Vol. 3 n° 2, pp. 163-175.
- GU Weixia, « The china style closed panel system in arbitral tribunal in formation », *Journal of International Arbitration*, Vol. 25(08) issue 1.
- GUO Xiaowen, « Disputes between the Chinese and Foreign Investors in Equity and Contractual Joint Ventures », CIETAC South China sub-commission, <http://www.sccietac.org/cietac/en/content/content.jsp?id=1074>.
- HAN Qi, « Importantes modification de la législation chinoise sur les entreprises », *cah. jur. Fisc. exp.*, 1990, p. 963.
- HANOTIAU B., « Multiple parties and multiple contracts in international arbitration », in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 35-68.
- HARRIS D., « Joint Venture Jeopardy », *The Wall Street Journal*, 25 juin 2007.
- HERBOTS J., « Un aperçu du droit chinois des contrats » (2010) 18 *European Review of Private Law*, Issue 5, pp. 915-938.
- HEYMANN M., « International Law and the Settlement of Investment Disputes relating to China », *Journal of International Economic Law*, (2008) 11(3), pp. 507-526.
- HUANG Jin, Du Huanfang, « Chinese Judicial Practice in Private International Law : 2002 », (2005) 4 *Chinese Journal of International Law* 2, pp. 647-676.
- HUANG Jin, DU Huanfang, « Chinese Judicial Practice in Private International Law : 2003 », (2008) 7 *Chinese Journal of International Law* 1, pp. 227-256.
- HUANG Jin, SONG Lianbin, LI Qingming and LONG Weidi, « Chinese Judicial Practice in Private International Law : 2006 », (2009) 8 *Chinese Journal of International Law* 3, pp. 715-740.
- HUCHET J.-F., « Industrie et politique d'industrialisation», « Les entreprises d'Etat », « Les grands groupes chinois» in *Dictionnaire de la Chine contemporaine*, sous la direction de SANJUAN T., Paris, Armand Colin, 2006.
- HUCHET J.-F., « Les entreprises d'État chinoises à la croisée des chemins », *Tiers Monde*, 1996, Vol. 37, n°147, p. 599-627.
- HUCHET J.-F., « Quelle restructuration des PME d'État en Chine ? », *Critiques internationales* 2006, 3. p. 173-187.
- HUI Huang, « Piercing the corporate veil in China : where is it now and where is it heading ? », 60 *American Journal of Comparative Law*, 743 2012, pp. 770-772.
- HUI Huang, « The Regulation of Foreign Investment in Post-WTO China : a Policital Economy analysis », *Columbia Journal of Asian Law* (2009) Vol. 23-1, 185-215.
- HUNT T., MCQUATER G., « An introduction to Hong Kong joint venture company », *Hong Kong Lectures 1994*, pp. 130-147.
- JIN Banggui, « La répartition des compétences normatives nationales en Chine et en France », *RIDC*, 2001, n° 2, p. 945-964.
- JIONG Deng, « Building an Inverstor-Friendly Shareholder Derivative Lawsuit System in China », *Harvard International Law Journal*, Vol. 46 2005 p. 347 et s.
- JOHNSTON G., « Bridging the gap between Western and Chinese arbitration systems – a practical introduction for business », 24 *Journal of International Arbitration* 6, pp. 565-580.

- KAUFMANN-KOHLER G., « The governing law : fact or law ? – a transnational rule on establishing its content », *Bulletin Association Suisse d'Arbitrage*, Special Series n° 26, juin 2006.
- KAUFMANN-KOHLER G., FAN Kun, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », *Journal of International Arbitration*, (2008) 25, pp. 479-492.
- KIM G., « East Asian Cultural Influences », *The Asian Leading Arbitrators' Guide*, chapitre 2, Jurispublishing 2007.
- KLOPPENBERG L., ZHAO Xiuwen, « Reforming Chinese arbitration law and practices in the global economy », 31 *Dayton Law Review* 421.
- KONG Qingjiang, « Bilateral Investment Treaties : The Chinese Approach and Practice », in *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 8, Brill, 1988/99, pp. 105-136.
- KRYVOI Y., « Piercing the Corporate Veil in International Arbitration », 1 *The Global Business Law Review*, 169 (2010-2011).
- LANARA A., « Foreign Direct Investment and China's Economic Emergence: The Chinese Perspective », *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 9, avril 2012.
- LANDAU T., « The Written Form Requirement for Arbitration Agreements : When 'Written' Means 'Oral' », *International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Congress series*, No.11 (2003), Kluwer.
- LEBEN Ch., « L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne », in *Mélanges G. Arangio Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2003, pp. 755-791.
- LEE R., « Fiduciary duties without Equity : 'Fiduciary Duties' of Directors Under the Revised Company Law of the PRC », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47 n° 4 2007, p. 897.
- LI J. Z. et GUO Sanzhan, « China » in *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, 2011, pp. 158-194.
- LI-KOTOVTCHIKHINE Xiaoying, « La réforme du droit chinois par la codification », *RIDC* 3, 2000, pp. 529-552.
- LI-KOTOVTCHIKHINE Xiaoying, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 1, 2002, pp. 113-163.
- LIN Yifei, « Judicial Review of Arbitration Agreements in China », *Arbitration International*, Vol. 28 (2012), Issue 2, p. 251.
- LIU Lan, « Brèves réflexions sur le droit chinois des contrats et ses perspectives d'évolution », *R.I.D.C.*, 4, 1996, pp. 865-885.
- LIU Ping, « Judgments on jurisdiction by Beijing Second Intermediate People's Court rendered on 13 September 2001 and Beijing High People's Court rendered on 12 December 2001 », *Stockholm International Arbitration Review*, 2005 :2, pp. 147-157.
- LUBMAN S., « Looking for law in China », *Columbia Journal of Asian Law*, Vol. 20(1) Fall 2006, pp. 1-92.
- MA A., MAIO B., HUI H., « People's Republic of China », in *Asia Arbitration Handbook*, MOSER M., CHOONG J. (eds), Oxford University Press, 2011, pp. 113-187.
- MA Y., HU X., « Impact de la nouvelle 'loi sur les sociétés' sur le régime juridique des sociétés à capitaux étrangers », *GP*, 2008.
- MAYER P., « La 'circulation' des conventions d'arbitrage », *JDI*, 2005, pp. 251-262.
- MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *JDI*, 1986, pp. 5-78.
- MILLS K., « The Importance of Recognizing Cultural Differences in International Dispute Resolution », in *The Asian Leading Arbitrators' Guide*, Jurispublishing 2007, pp. 53-76.
- NELSON, T. « BRIDAS v. Government of Turkmenistan : U.S. Courts Uphold an Arbitrator's Power to Hold A Foreign Sovereign Liable for the Acts of its State-Owned Enterprise », 24 *Association Suisse d'Arbitrage (ASA) Bulletin*, 3/2006, pp. 584-599.
- NORTON P., HUANG L., « Management fraud in China : some common-sense tips on how to avoid falling victim to fraud in your China venture », *The China Business Review*, Mars/Avril 2001, p. 26.
- NOVARETTI S., « General Clauses and Practice : The Use of the Principle of Good Faith in the Decisions of Chinese Courts' Contracts » (2010) 18 *European Review of Private Law*,

- Issue 5, pp. 953–981.
- O'BRIEN R., « The Survival of Traditional Chinese Law in the People's Republic of China », 2010, 40 *Hong Kong Law Journal* 165.
- PAN Junwu, « Chinese Philosophy and International Law », *Asian Journal of International Law*, 2010, pp. 1-16.
- PARK W., « Non-signatories and International Contracts : An Arbitrator's Dilemma », in *Multiple Party Actions in International Arbitration* Oxford University Press, 2009, pp. 3-27.
- PARK W., « The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction », 13 *International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Series* (2006), p. 55.
- PAULSSON, « Arbitration Without Privity », 10 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 232-257.
- PEERENBOOM R., XU S., « Liquidating FIEs through Arbitral Awards », *China Law & Practice*, Juin 2000.
- PENG Xianwei, « Validity of the Beijing Arbitration Clause », *Journal of International Arbitration*, Vol. 28 n°1, pp. 15-20.
- PIEN J., « Creditor Rights and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in China », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, Vol. 45, p. 586.
- POTTER P., « Cultural Aspects of Trade Dispute Resolution in China », *Journal of Philippine Development*, No. 41, Vol. XXIII, n°1, premier semestre 1996.
- QIN Rungen, « Retrospective and perspective of foreign investment legislation in China (1979-2009) », *Frontier of Law China*, 2011, 6(1), pp. 131-160.
- ROONEY K., « ICSID and BIT Arbitrations and China », *Journal of International Arbitration* 24(6) (2007), pp. 689-712.
- ROUGIER-BRIERRE, « Spécificité de la négociation et de la négociation contractuelle en Chine », *RDAL*, 2007-2, pp. 159-170.
- ROUX P., « Prévenir et gérer les conflits entre partenaires d'une joint venture », *Droit et Patrimoine*, mai 1997, pp. 34-38.
- SCHILL S., « Tearing down the Great Wall : the New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China », *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, 118 (2007).
- SCHREUER C., « Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », 5 *Journal of World Investment & Trade*, n°2, avril 2004.
- SHAN Wenhua, « Law and foreign investment in China : general role of law and substantive issues », 2 *Manchester Journal of International Economic Law*, 41 2005 et 3 *Manchester Journal of International Economic Law*, 52 2005.
- SHEN Wei, « China's Dilemma : How Can a Weak Company Law Regime Support a Strong Market for International Private Equity Investments ? A Real 'Piggybacking' Case », *Business Law International*, Vol. 11, No. 3, septembre 2010.
- SNEIDER D. A., « The Baoshan Debacle: a study of Sino-Japan Contract dispute settlement », (1986), 18 *New York University Journal of International Law and Politics* 541.
- SUN Zhichao, « International Legal Personality of the Hong Kong Special Administrative Region », 7 *Chinese Journal of International Law*, n°2, 2008.
- SURREY W. S., SOBLE S. M., « Joint venture law and dispute resolution in China: a framework for international trade », 1 *East Asian Executive Reports* 3, pp. 14-17.
- TAKEISHI T., « Recent Japanese case law in relation to International Arbitration », *Journal of International Arbitration* 17(4), 2000, pp. 63-75.
- TAO Jingzhou, « L'entreprise coopérative dans la PRC », *RDAL*, 1988, p. 972.
- TAO Jingzhou, « La nouvelle loi sur les entreprises conjointes sino-étrangères », *RDAL*, 1988-2, pp. 751-762.
- THORNEMAN M., LANNES B., PALMER N., « Resurrecting the China Joint-Venture », *Far Eastern Economic Review*, Octobre 2008.
- TIMOTEO M., « Vague Notions in Chinese Contract Law : The Case of Heli » (2010) 18 *European Review of Private Law*, Issue 5, pp. 939–951.

- TONG Xinchao, « Le droit chinois des contrats : sa codification, ses sources, ses champs d'application et ses caractéristiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 3, 1996, pp. 715-738, p. 731.
- TYLER, T., KOVARSKY L., STEWART R., « Beyond consent : applying alter ego and arbitration doctrines to bind sovereign parents », in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 149-188.
- WANG Guiguo, « China's Practice in International Investment Law : From Participation to Leadership in the World Economy », *34 Yale Journal of International Law* 575.
- WANG Guiguo, « The new neo-confucianism and international economic law », *The Journal of World Investment*, Vol. 1, n°1, juillet 2000, pp. 137-196.
- WANG Liming, XU Chuanxi, « Fundamental principles of China's contractual Law », *13 Columbia Journal of Asian Law*, 1 1999, p. 1.
- WETTER G, « A multi-party arbitration scheme for international joint ventures », *Arbitration International*, 1987, pp. 2-13.
- WHITE G., « Navigating the cultural malaise : foreign direct investment dispute resolution in the People's Republic of China », *The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 5, 2003, p. 55.
- WHITE G., « Foreigners at the gate : sweeping revolutionary changes on the central Kingdom's landscape – Foreign direct investment regulations & dispute mechanism in the PRC », *Richmond Journal of Global and Business*, 2003, p. 95.
- WILLEMS J., « Arbitrage et indivisibilité procédurale », *Cahiers de l'Arbitrage, GP*, 29 avril 2001, 32.
- WILLEMS J., « Franchising », in *Business Law in China : Trade, Investment and Finance*, ICC ed., 1997.
- WILLEMS J., « La réforme de la médiation à Hong Kong », *Cahiers de l'Arbitrage, GP*, 2010-3, 767.
- WILLEMS J., « The Settlement of Investor-State disputes and the PRC: New developments on ICSID Jurisdiction », *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 8 (Automne 2011), pp. 1-62.
- WILLEMS J., « Les mesures provisoires et l'arbitrage après l'arrêt Van Uden de la CJCE », *Cahiers de l'Arbitrage, GP*, 9-11 janv. 2000, 35.
- WU Zhanghui, « Chinese arbitration for Chinese foreign disputes, emerging choices in 2012 », *International Law News*, Volume 41, n°2, printemps 2012.
- XI Chao, « Piercing the Corporate Veil in China : How Did We Get There ? » *Journal of Business Law*, n°5, 2011, p. 413.
- XIAO Yongping, « Foreign precedent in Chinese courts », *Yearbook of Private International Law*, Volume 11 (2009), pp. 265-282.
- XIAO Yongping, Huo Zhengxin, « Ordre public in China's private international law », *53 American Journal of Comparative Law*, 653 2005.
- XIAO Yongping, Long Weidi, « Contractual party autonomy in Chinese private international law », *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11 (2009), pp. 193-209.
- XIAO Yongping, Long Weidi, « Enforcement of international arbitration agreement in Chinese courts », *Arbitration International*, 2009, Vol. 25 n° 4, pp. 574-575.
- XU Baikang, « Les principes généraux du droit civil en Chine », *RIDC*, 1-1989, pp. 125-137.
- XU B., « From RMB42 million to nothing : What lessons can we learn from JV disputes ? », *China Law and Practice*, avril 2004, p. 1.
- XU Donggen, « Chronique de jurisprudence chinoise », *JDI*, 1994, p. 175 s.
- XU S., PEERENBOOM R., « Liquidating FIEs through Arbitral Awards », *China Law & Practice*, Juin 2000.
- XUE Hanqin, JIN Qian, « International treaties in the Chinese domestic legal system », *8 Chinese Journal of International Law*, 2, p. 299-322.
- YEOH F., YU Fu, « The People's Court and Arbitration, a snapshot of recent judicial attitudes on arbitrability and enforcement », *24 Journal of International Arbitration* 6, pp. 635-649.
- YUEN P., « Arbitration clauses in a Chinese context », *24 Journal of International*

- Arbitration*, 6, pp. 581-596.
- ZENG Jia, « The application of law about the Contract of China's joint venture », *Derecho civil y romano : Culturas y Sistemas Juridicos Comparados*, Universidad Nacional Autonoma De Mexico, Mexico, 2005, pp. 133-146.
- ZHANG HK, « Droit économique chinois concernant les investissements étrangers », *cah. jur. fisc. exp.*, 1992, p. 985.
- ZHANG Mo, « Choice of law in contracts : a Chinese approach », *26 Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 289.
- ZHANG Mo, « Freedom of Contract with Chinese Legal Characteristics : a Closer Look at China's New Contract Law », *14 Temple International and Comparative Law Journal*, p. 237.
- ZHANG Mo, « International civil litigation in China : a practical analysis of the Chinese judicial system », *25 Boston College International and Comparative Law Review*, 59 2002.
- ZHANG Xiaoying C., « Business Negotiation between Westerners and Chinese State-owned enterprises », *The International Lawyer*, Vol. 42 n°4, p. 1303.
- ZHAO Lanming, « Chinese court refused to enforce award for failure to satisfy pre-arbitration consultation provision », *Arbitration Committee Newsletter*, IBA Legal Practice Division, mars 2009, p. 43.
- ZHENG Sophia Tang, « International treaties in Chinese private international law » *42 Hong Kong Law Journal*, 597.
- ZHENG Yunrun, « Studies on certain issues of the General Principles of Contract Law », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, (2003) 7, pp. 28-58.
- ZHU Lijiang, « Chinese practice in public international law : 2009 », *9 Chinese Journal of International Law*, 3, pp. 607-662.
- ZHU Weidong, « Determining the validity of arbitration agreements in China : Towards a new approach », *Asian International Arbitration Journal*, 2010 Vol. 6 n°1, pp. 57-58.
- ZHU Weidong, « Law applicable to arbitration agreements in China », *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11 (2009), pp. 255-263.

III. Colloques et conférences

- DOLAIS Y., « L'ouverture économique et ses contraintes: une comparaison Chine-U.R.S.S. », *Cahier du GEMDEV*, n°11, novembre 1988, p.46-59.
- Droit international et droit communautaire*, DE LOURDES B. (Ed.), actes du colloque, Paris, 5 et 6 avril 1990, Paris, Fondation Calouste Gulbenkian Centre culturel portugais, 1991.
- Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, sous la direction de CORNELOUP S. et JOUBERT N., Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, Année 2011, Volume 35, Paris, LexisNexis Litec.
- L'entreprise dans la société internationale*, sous la direction de GHERARI H., KERBREAT Y., Journées Internationales du CERIC – Aix en Provence, Colloque des 11 et 12 décembre 2008, Paris, Pedone, 2010.
- La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Actes de la journée d'étude du 16 avril 2010, CEDIN, Paris, Pedone, 2011.

IV. Publications en langue chinoise

- CHA Shutao, *Guoji touzi fa (国际投资法)*, *Droit international des Investissements*, Presses Universitaires de Pékin, 1995,

- JIAO Zhiyong, *Waishang touzi qiye fa gailun (外商投资企业法概论)*, *Introduction au droit des entreprises à capitaux étrangers*, Edition de l'Université de commerce et d'économie de Pékin, Pékin, 2000.
- LAI Yung, « *Zhongwai he zi qiye wenhua ronghe zhi tansuo*, 中外合资企业文化融合之探索 » (« Exploration de l'harmonisation culturelle dans les EJV ») *Shanghai Business*, janvier 2008, pp. 59-61.
- WILLEMS J., « *Zhongguo gongsi zai haiwai guoji zhongcai zhong de shangye iyi baohu wenti : guoji zhongcai de xin qushi* » (« 中国公司在海外国际仲裁中的商业利益保护问题：国际仲裁的新趋势 »), (« Les sociétés chinoises engagées dans un arbitrage international hors de Chine : tendances de l'arbitrage international »), *Arbitration in Beijing*, Vol. 75(2011).
- WANG Exiang (ed.), *Zhongguo shewai shangshi haishi shenpan zhidao yu yanji (中国涉外商事海事审判指导与研究)*, *Guide and Study on China's Foreign-related Commercial and Maritime Trials*; intitulé depuis 2004 *Zhongguo shewai shangshi haishi shenpan zhidao (涉外商事海事审判指导)*, *Guide On Foreign-related Commercial And Maritime Trial*, Vol. 1 à 22, années 2001 à 2012, Pékin, édition des tribunaux populaires (People's Court press).
- WANG Guiguo, *Guoji touzi fa (国际投资法)*, *Droit international des investissements*, 2^{ème} édition, Pékin, falü chubanshe, 2012.
- Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijue shuxianpian 1963—1990*, (中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1963—1990), *Sélection de sentences CIETAC 1963—1990*.
- Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijue shu xianpian 1991-1995* (中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1991-1995), *Sélection de sentences CIETAC 1991-1995*.
- Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijue shu xianpian 1995-2002, touzi zhengyi juan* (中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1995-2002, 投资争议卷), (*Sélection de sentences CIETAC 1995-2002, volume investissements*), Falü chubanshi ed., Pékin, 2002.
- Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijue shu xianpian 2003-2006, touzi zhengyi juan* (中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 2003-2006), (*Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*), falü chubanshe, Pékin, 2009.
- Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui caijue shu huibian* (中国国际经济贸易仲裁委员会裁决书汇编), *Recueil des sentences CIETAC, Volumes des années 1963-1990, 1991-1992, 1993 à 2000*.
- Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui guan xiaquan jue ding xianpian* (中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编), *CIETAC, Sélection de décisions concernant la compétence*, China Commercial Publishing House, Pékin 2004.

V. Rapports, Etudes

- OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, 2003.
- OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, 2007.
- OCDE, *Chine Problèmes et enjeux de la réforme, Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement*, 2004.
- MADISON A., *L'économie chinoise : une perspective historique*, OCDE, 2^{ème} édition, 2007.
- OCDE, *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 2008.
- OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 4^{ème} édition, 2008.

VI. Textes juridiques de la RPC

- Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965.

Accord concernant l'exécution réciproque des sentences arbitrales entre la Chine Continentale et Hong Kong, ratifié à Shenzhen le 21 juin 1999.

Accord concernant l'exécution réciproque des sentences arbitrales entre la Chine Continentale et Macao, ratifié le 30 septembre 2007.

6.1 Lois

<p>Loi sur les entreprises mixtes à capitaux sino-étrangers 中华人民共和国中外合资经济企业法</p>	<p>Adoptée par la 2^{ème} session de la 5^{ème} Assemblée populaire nationale, le 1^{er} juillet 1979, en vigueur au 8 juillet 1979 ; amendée le 4 avril 1990 par la 3^{ème} session de la 7^{ème} Assemblée populaire nationale ; amendée le 15 mars 2001 par la 4^{ème} session de la 9^{ème} Assemblée populaire nationale.</p>
<p>Loi sur les contrats économiques (abrogée) 中华人民共和国合同法</p>	<p>Adoptée par le comité permanent de l'Assemblée populaire nationale le 13 décembre 1981, en vigueur au 1^{er} juillet 1982, amendée le 2 septembre 1983, abrogée le 1^{er} octobre 1999.</p>
<p>Constitution de la RPC 中华人民共和国宪法</p>	<p>Adoptée par l'Assemblée populaire nationale, en vigueur au 4 décembre 1982, amendée le 12 avril 1988, le 29 mars 1993, le 15 mars 1999, le 14 mars 2004.</p>
<p>Loi sur les contrats économiques avec l'étranger (abrogée) 中华人民共和国涉外经济合同法</p>	<p>Adoptée le 21 mars 1985 à la sixième session du comité permanent de du sixième congrès de l'Assemblée populaire nationale. En vigueur le 1^{er} juillet 1985, abrogée le 1^{er} octobre 1999.</p>
<p>Loi sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers, 中华人民共和国外商独资企业法</p>	<p>Adoptée par la 4^{ème} session de la 6^{ème} Assemblée populaire nationale, le 14 avril 1986 ; amendée par la 18^{ème} réunion du comité permanent de la 9^{ème} Assemblée populaire nationale, le 31 octobre 2000.</p>
<p>Loi sur les entreprises coopératives à capitaux sino-étrangers, 中华人民共和国中外合作经营企业法</p>	<p>Adoptée par la 1^{ère} session de la 7^{ème} Assemblée populaire nationale, le 13 avril 1988 ; amendée par la 19^{ème} réunion du comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, le 31 octobre 2000.</p>
<p>Loi sur les contrats technologiques (abrogée) 中华人民共和国技术合同法</p>	<p>Adoptée par le comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, le 23 juin 1987, en vigueur au 1^{er} novembre 1987, abrogée le 1^{er} octobre 1999.</p>
<p>Loi sur les entreprises industrielles détenues par l'ensemble du peuple (abrogée) 中华人民共和国全民所有制工业企业法</p>	<p>Adoptée par la 1^{ère} session de la 7^{ème} Assemblée populaire nationale, le 13 avril 1988, en vigueur le 1^{er} août 1988, abrogée</p>
<p>Principes généraux du droit civil 中华人民共和国民法通则</p>	<p>Adoptés par la 4^{ème} session de la 6^{ème} Assemblée populaire nationale. Version chinoise, Quotidien du Peuple (<i>remin ribao</i>) 17 avril 1986, traduction française de Guillaumond R., ZHAO Huaxie, <i>Code chinois du droit des affaires</i>, Vol. 1, Livre 1, p. 1.</p>
<p>Loi sur l'arbitrage</p>	<p>Adoptée le 31 août 1994 lors de la neuvième</p>

中华人民共和国仲裁法	réunion du comité permanent de la VIIIème Assemblée nationale populaire, en vigueur le 1 ^{er} septembre 1995. Traduction en français des principaux extraits, <i>Rev. Arb.</i> , 1995, pp. 527-534.
Loi sur les contrats 中华人民共和国合同法	Adoptée à la seconde session du IXème congrès de l'Assemblée populaire nationale en avril 1999, en vigueur au 1 ^{er} octobre 1999.
Loi sur les sociétés 中华人民共和国公司法	Adoptée par la 5 ^{ème} réunion du comité permanent de la 8 ^{ème} Assemblée populaire nationale, le 29 décembre 1993, en vigueur au 1 ^{er} juillet 1994 ; amendée par la 18 ^{ème} réunion du comité permanent de la 10 ^{ème} Assemblée populaire nationale, le 27 octobre 2005, en vigueur au 1 ^{er} janvier 2006.
Loi sur les biens 中华人民共和国物权法	Adoptée le 16 mars 2007, en vigueur au 1 ^{er} octobre 2007.
Loi sur le droit international privé 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法	Adoptée à la 17 ^{ème} session du comité permanent de la 11 ^{ème} Assemblée populaire nationale, le 28 octobre 2010, en vigueur au 1 ^{er} avril 2011, traduction en français, <i>JDI</i> , n° 2, avril 2011.

6.2 Décrets et réglementation administrative

Décret d'application de la loi sur les EJV 中华人民共和国中外合作经营企业法 实施条例	Adopté par le Conseil des affaires d'Etat le 20 septembre 1983, amendé le 15 janvier 1986, le 21 décembre 1987 ; amendé le 22 juillet 2001 pour tenir compte de la révision de la loi sur les EJV du 15 mars 2001.
Décret d'application de la loi sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers 中华人民共和国外商独资企业法 实施条例	promulgué le 12 décembre 1990, modifié le 12 avril 2001.
Règlement d'application de la loi sur les CJV 中华人民共和国中外合作经营企业法 实施条例	Adopté par le Conseil des affaires d'Etat, le 4 septembre 1995.
Procédures de liquidation des entreprises à capitaux étrangers 外商投资企业清算办法	Approuvées par le Conseil des affaires d'Etat le 15 juin 1996, décret n° 2 du Ministère du commerce extérieur du 9 juillet 1996, traduction anglaise dans <i>China Law & Practice</i> , 1996.
Mesures administratives sur la concession de services publics municipaux 市政公用事业特许经营管理办法	ordonnance n°126 du 19 mars 2004, promulguées par le ministère chinois de la construction, en vigueur le 1 ^{er} mai 2004, version bilingue chinois-anglais disponible sur http://www.hetong365.com/07b/39.html .
Avis sur les lignes directrices pour mener à bien de façon satisfaisante la dissolution et la liquidation des entreprises à capitaux étrangers	Promulgué par le Bureau Général du Ministère du Commerce le 5 mai 2008, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=6829&CGid= .

商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见

6.3 Textes juridiques émanant de la Cour suprême

6.3.1 Interprétations de la Cour suprême

Interprétation de certaines questions relatives à l'application de la loi sur les contrats économiques avec l'étranger 最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外经济合同法>若干问题的解释	En vigueur le 19 octobre 1987.
Interprétation de certaines questions relatives à l'application de la loi sur les contrats (Partie I) 最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释 (一)	En vigueur le 29 décembre 1999.
Interprétation de certaines questions relatives à l'application du droit dans les litiges judiciaires relatifs aux droits d'usage de la propriété d'Etat	Adoptée lors de la 1334 ^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour suprême du 23 décembre 2004, en vigueur le 1 ^{er} août 2005.
Interprétation de certaines questions relatives à l'application de la loi sur l'arbitrage 最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释	Adoptée lors de la 1375 ^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour suprême le 26 décembre 2005, en vigueur le 8 septembre 2006. Interprétation No. 7 [2006] de la Cour suprême.
Interprétation de certaines questions relatives à la loi sur les contrats (Partie II) 最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释 (二)	En vigueur le 29 décembre 2009.
Interprétation de certaines questions relatives à l'application du droit dans les litiges judiciaires sur les contrats de vente et d'achat 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释	En vigueur le 10 mai 2012, Interprétation No. 8 [2012].

6.3.2 Avis, opinions, dispositions et réponses de la Cour suprême

Avis sur quelques questions concernant l'application des PGDC	Edopté par le comité judiciaire de la Cour suprême le 26 janvier 1988.
Réponse aux questions relatives à la responsabilité civile supportée par les entreprises à capitaux après que la résiliation ou la cessation d'exploitation de la société de capitaux	adoptée par le comité judiciaire de la Cour suprême en 1994.
Avis relatif à certaines questions sur l'exécution et l'application du code de procédure civile	Adopté par le comité judiciaire de la Cour suprême le 14 juillet 1992.
Réponse relative à quelques questions sur la validité des conventions d'arbitrage	Adoptée le 26 octobre 1998, approuvée lors de la 1029 ^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour

最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批	suprême le 21 octobre 1998, en vigueur le 5 Novembre 1998, Fashi 27(1998).
Avis sur certaines questions relatives à la détermination et l'exécution des litiges judiciaires civiles et commerciales avec l'étranger	Adopté par le comité judiciaire de la Cour suprême le 17 avril 2000.
最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知	
Réponses aux questions pratiques dans les litiges commerciaux et internationaux	Adopté par le comité judiciaire de la Cour suprême le 20 décembre 2002.
最高人民法院有关涉外商事实务问题的解答意见	
Dispositions sur l'interprétation judiciaire	Adoptées par le comité judiciaire de la Cour suprême le 23 mars 2007, en vigueur au 1 ^{er} avril 2007, Fa [2007] No. 12.
Dispositions sur certaines questions relatives à la loi applicable dans les litiges judiciaires des contrats civils ou commerciaux avec l'étranger	Adoptées lors de la 1429 ^{ème} réunion du comité judiciaire de la Cour suprême le 11 juin 2007, publiées le 23 juillet 2007, en vigueur le 8 août 2007, Interprétation No. 14 [2007].
最高人民法院关涉于审理涉外民或商事合同纠纷案件适用法律若干问题规定	
Dispositions sur les litiges relatifs aux investissements étrangers (Partie I)	Adoptées par le comité judiciaire de la Cour suprême le 17 mai 2010, en vigueur le 16 août 2010, Interprétation No. 9 [2010].
最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定 (一)	

6.4 Règlements d'arbitrage

Règlement d'arbitrage du CIETAC 1995, *Rev. arb.*, 1993, p. 147 et s. ; règlement d'arbitrage du CIETAC 2005, disponible sur <http://cn.cietac.org/rules/French.pdf> ; règlement d'arbitrage du CIETAC 2012, disponible sur <http://www.cietac.org/index.cms>.
Règlement d'arbitrage BAC 2005, disponible sur <http://www.bjac.org.cn/french/arbit.html>.
Règlement d'arbitrage ICC 2012, disponible sur <http://www.iccwbo.org>.

VII. Principaux sites internet consultés

Université de Pékin, Faculté de Droit : www.pkulaw.cn (anciennement dénommé LawInfo China).
Revue China Law & Practice : www.chinalawandpractice.com.

VIII. Principales décisions de justice nationales

8.1 France

1. Cass. Civ. 1^{ère} 7 mai 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 60.
2. Cass. Com., 13 mars 1978, *Rev. arb.*, 1979, p. 339, note Ph. FOUCHARD.
3. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 453.
4. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 108, note Ch. KESSEDJIAN.
5. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.

6. CA Paris, 7 décembre 1994, *Jaguar*, *Rev. arb.*, note Ch. JARROSSON.
7. Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. arb.*, 1998, p. 432 note E. GAILLARD.
- 8.
9. Cass. Com. 17 juin 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 569.
10. Cass. Civ. 2^{ème}, 21 janvier 1999, *Dr. et Patrimoine* 1999, Note J. Mestre, p. 119.
11. Cass. Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2004, *Rev. arb.*, 1979, p. 446.
12. Cass. Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS et AGF c/ Amcor Technologies et autres*, *RTDCom*, 2007, p. 677, obs. E. LOQUIN.
13. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Sté NBC c/ Bernardau*, *Bull. civ.* I, n°364 ; *JCP G.*, 2006 I, 187, p. 2100 obs. Seraglini, *JCP*, 2006 II 10128, note P. Callé.
14. Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, *Sté Levantina de Hydraulica y Motores c/ Scala et autres*, *Rev. arb.*, 2007, p. 297, obs. P. Pic ;
15. CA Paris, 31 janvier 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 487, note L.-M. PILIEBOUT.
16. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, *Somoclest*, *JurisData* n° 2010-018981 et
17. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-68.131, *Prodim*, *JurisData* n° 2010-018962 D., 2010. 2589, obs. X. DELPECH.
18. CA Paris, 10 mars 2011, n° 09/28537, *Tecso*, *Cah. arb.* 2011, p. 787, note M. HENRY, *Rev. Arb.*, 2011, p. 737 ; *D*, 2011, p. 3023, obs. Th. CLAY.
19. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2012, pourvoi 11-10.347, *Société de réalisations et d'études pour les industriels du bois (Séribio) c/ Hainan Yangpu Xindadao Industriel Co Ltd*, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025603566&fastReqId=1865477954&fastPos=1>
20. CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 19 février 2013, RG 12/09983, *Rev. arb.*, 2013, pp. 299-300, Sommaire de jurisprudence.

8.2 Chine

1. *Taiwan Fuyuan Enterprise Co. Ltd c/ Xiamen Weige Wood Products Co. Ltd.* (Tribunal intermédiaire de Xiamen, 2 juillet 1996), citée par CHI Chung, « *The Judicial determination of the validity of arbitration agreements in the People's Republic of China* », 3 *Contemp. Asia Arb.J.* 99 2010, page 105, note 26.
2. *M.V. Long Xu* (Cour suprême, 25 décembre 1997), citée dans la sentence arbitrale CMAC, *M.V. « Long Xu » Demurrage Dispute*, citée par PENG Xianwei, « *Validity of the Beijing Arbitration Clause* », 28 *Journal of International Arbitration*, n° 1, pp. 15-20.
3. *Beijing Mountain Resort*, (2^{ème} tribunal intermédiaire de Pékin, 13 septembre 2001 ; tribunal supérieur de Pékin ; 12 décembre 2001), traduction anglaise et commentaire de PING Liu, *International Arbitration Court Decisions* (S. JARVIN, A. MAGNUSSON, eds), LexisNexis, 2nd ed., 2008.
4. *Misuer Co., Ltd. c/ Shenzhen Guangxia Culture and Industry Corporation, Ningxia International Islamic trust and Investment Company, Shenzhen Xingqing Electronics Company* (Cour suprême, 20 avril 2002). Résumé in Von WUNSCHHEIM, *op. cit.* note 84 *supra*, App. D-15.
5. *Longqiao Village Committee c/ Gao Fuzhong* (Cour suprême, 8 mai 2003) au tribunal supérieur de Pékin relative à la sentence arbitrale CIETAC [2002] Mao Zhongcai Ci No. 0237
6. *Bao Yangbo c/ Chongqing Shangqiao Industries Co. et al.* (Cour suprême, 27 Mai 2003), [2002] Min Si Ta Zi No. 39 5, publié en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide and Study on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 5(2003), pp. 30-42.
7. *Züblin International GmbH c/ Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd* (Cour suprême 8 juillet 2004) [2003] Minsi Tazi No. 23, publié dans WANG Exiang (ed.),

- Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 9(2004), pp. 36-40.
8. *China Xiamen Xiangyu Co. Ltd c/ Swiss Mechel Trading AG* (tribunal intermédiaire de Xiamen, 14 décembre 2004), Xianmen Min Ren Zi 81 2004, disponible sur <http://www.hznet.gov.cn/hzac/alfx/al8.htm>, traduction de l'auteur.
 9. *Weimao International (Hong Kong) Co., Ltd c/ Shanxi Tianli Industrial Co.*, Mi Si Ta Zi [Civil Court Ruling] No. 6 (2004).
 10. *WP International c/ Jilin* (Tribunal supérieur du Jilin, 2005) Minsizhongzi No. 16, commenté par Xiao Yongping and Long Weidi, "Enforcement of International Agreements in Chinese Courts", *Arbitration International*, Vol 25 Issue 4, p 585.
 11. *US Minmetals, Inc. c/ Xiamen United Development (Group) Co.* (Cour suprême, 4 janvier 2005), Jugement No. 4 (2004) de la 4^{ème} chambre civile, traduction anglaise in *Chinese Journal of International Law* (2008), Vol, No. 1, pp. 257-266.
 12. *Yonghua Investment Co. c/ Underground Construction Inc.*, Min Si Zhong Zi No. 13 (Cour suprême, 25 avril 2005), réponse au tribunal supérieur du Heilongjiang, 2004.
 13. *Baishida c/He Zhengkui, Zhuang Fucheng, Anhui Hôtel JV et autres* (Cour suprême, 16 juin 2005), publié dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 11(2005), pp. 119-120.
 14. *Zhangjiagang Xin'gang Dianzi Co. Ltd. c/ Bose International GmbH*, (Cour suprême, 9 mars 2006), publié en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, Vol. 1(2006), p. 82.
 15. *Jiangmen Faren Glass Co. (Chine) c/ Shanghai Stein Heurtey Mecc (Chine)* (Cour suprême, 16 mai 2006), [2006] Min Si Ta Zi No. 9, , résumé de la décision *ITA Board of Reporters*, S. HARPOLE.
 16. *Chengdu Qicai Garment Co. Ltd. c/ Chuangshi Garment Co. Ltd*, (Cour suprême, 1^{er} juillet 2007), Min Si Ta Zi No. 16, 14(1) GFCMT, 80-84 (Gaz., de la Cour suprême, 18 septembre 2007).
 17. *Xianggang Ouya Technology Co., Ltd. c/ Xinjiang Pijuhua, Inc.* (Cour suprême, 28 novembre 2007), Mi Si Ta Zi [Civil Court Ruling] No. 48 (2006) publiée in Wan E'xiang (ed.), *Zhong Guo She Wai Shang Shi Hai Shi Shen Pan Zhi Dao Yu Yan Jiu [Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trial]*, Vol. 15(1) (Pékin, Ren Min Fa Yuan Chu Ban She [People's Court Press], 2007), 43-48.
 18. *Jinan Yongning Pharmaceutical Co. Ltd ; Suram Media Ltd. c/ Hemofarm DD ; MAG Interdrate Holding DD* (Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 27 juin 2008), traduction en anglais, van den Berg (ed) in *Yearbook Commercial Arbitration 2009*, Volume XXXIV (2009).
 19. *Hualian Group Investment Holding Company c/ Fuhui Network Technology (Shanghai) Ltd. Co. AS, (Hualian)* (Second tribunal intermédiaire de Pékin, 23 avril 2009), Er Zhongmin Chuzi No.04906 (2009), résumé de la décision par TAO Jingzhou, ITA Board of reporters, Kluwer Law International.
 20. *Concordia Trading B.V. c/ Nantong Gangde Oil C., Ltd*, (Cour suprême, 9 août 2009), [2009] Minsi Tazi No. 22, publié sur <http://www.cnarb.com>, résumé en anglais par TAO Jingzhou, ITA Arbitration report, Vol. No. XI, Issue No. 4, 19 avril 2013.
 21. *COSCO c/ CMEC International Commercial Transportation Agency Co.* (Cour suprême, 6 novembre 2009), citée par PENG Xianwei, « Validity of the Beijing Arbitration Clause », 28 *Journal of International Arbitration*, n° 1, pp. 15-20.
 22. *Hôpital Municipal de Zhuzhou c/ M. Ding* (tribunal intermédiaire de Zhuzhou, 2009) Zhu Zhing Fa Min Te Zi No. 5, résumé par Lin Yifei, « Judicial Review of Arbitration Agreements in China », *Arbitration International*, Volume 28 (2012), Issue 2, p. 251.
 23. *Entreprise de bourg de village Heluo de la ville de Gongyi (Henan) c/ Liu Baoshen et autres* (Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 2010), Zheng Min Si Zhong Zi No. 922, citée par HUI Huang, « Piercing the corporate veil in China : where is it now and where is it heading ? », 60 *American Journal of Comparative Law* 743 2012, p. 773.

24. *Cui Huishen (Singapour) c/ Huarong Plastic Cemend Company (RPC)* (Cour suprême, 18 mars 2010) [2010] Minsi Tazi No. 8, publiée en chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 1(2010), résumée en anglais par TAO Jingzhou, ITA Arbitration report, Vol. No. XI, Issue No. 4, 19 avril 2013.
25. *Andre Juice Inc. c/ Qing Yang Heng Shang Co.* (Cour suprême, 8 décembre 2010), [2010] Min Si Ta Zi No. 76, publié en Chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 22, pp. 129-133.
26. *Zhejiang Yishun import and Export co., Ltd c/ Mohamed Mohamoud Ould Mohamed* (Cour suprême, 7 avril 2011) publiée en chinois dans WANG Exiang (ed.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, Vol. 1(2011), résumée en anglais par TAO Jingzhou, ITA Arbitration report, Vol. No. XI, Issue No. 4, 19 avril 2013.

8.3 Autres juridictions

1. *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch c/ Gee Tai Holdings Co., Ltd.*, 15 June 1995 [1994] 3 HKC 375 (Hong Kong).
2. *China National Chemical Construction Qingdao c/ Color Chemical*, district court de Tokyo, 25 août 1999, *Hanrei Jiho* No. 1707 : 146, *Hanrei Taimuzu* No. 1053 : 266 (Japon).
3. *Shandong Textiles Import and Export Corp. c/ Da Hua Non-Ferrous Metals Co., Ltd.*, 2 HKLRD (2002), p. 851 (Hong Kong).
4. *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan, et al.*, 447 F.3d 411, 419-20 (5th Cir. 2006) (Etats-Unis).
5. *First Investment Corporation c/ Fujian Mawei Shipbuilding, Ltd, Fujian Shipbuilding Industry Group Corp., and the People's Republic of China* No. 12-30377 (5th Cir. 2006), *revised decision* du 17 février 2013 (Etats-Unis).
6. *Qingdao Free Trade Zone Genuis Int'l Trading Co., Ltd. c/ P&S International, Inc.*, 2009 WL 2997184 (D.Or.), disponible sur http://jenner.com/system/assets/assets/1964/original/9-16-09_order.pdf?1318519664. (Etats-Unis).
7. *William Co c/ Chu Kong Agency Co Ltd* [1995] 2 HKLR 139 (Hong Kong).
8. *Guangdong Agriculture Co Ltd c/ Conagra International (Far East) Ltd* [1993] 1 HKLR 113 (Hong Kong).

IX. Principales sentences arbitrales

9.1 Décisions et sentences arbitrales CIETAC

9.1.1 Décisions CIETAC publiées en langue chinoise et anglaise

1. Décisions CIETAC IV et V (1999), *XX City XX Industrial Company, Shandong XX (Mine) Group c/ Indonesia XX Co.*, *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui guan xiaquan jue ding xian pian* (中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编), CIETAC, *Sélection de décisions concernant la compétence*, China Commercial Publishing House, Pékin 2004, pp. 378-382.
2. Décisions CIETAC n°1 et 2 relatives aux joint ventures in CHEN Dejun, M. MOSER, WANG Shengchang, *International Arbitration in the People's Republic of China, commentary, Cases and Materials*, Butterworths Asia, Hong Kong, Singapore, Malaysia, 2^{ème} édition, 2000, pp. 196-197.

9.1.2 Sentences arbitrales CIETAC publiées en langue anglaise

1. Gourmet Center JV Case (1984), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*¹¹¹⁸, n°12, p. 36.
2. Roast Goose House JV Case (1986), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°21, p. 72.
3. Ningxia Leather JV Case (1987), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°24, p. 88.
4. Ronggang AA Design & Decoration JV Case (1987), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°30, p. 105.
5. Nanyang Hotel JV Case (1987), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°38, p. 140.
6. Nantong Equipment Import JV Case (1988), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°56, p. 223.
7. Harbin XX Park JV Case (1988), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°63, p. 254.
8. Shanghai Silk Road Hotel JV Case (1988), *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990*, n°66, 267.
9. Seafood restaurant Case (1989), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*¹¹¹⁹, n°1, p. 1.
10. Preserved Fruits Company JV Case (1989), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°14, p. 63.
11. Zipper production JV Case (1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°25, p. 128.
12. Solar Energy JV Case (1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°39, p. 220.
13. Haikou JV Case (1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°54, p. 293.
14. Shanxi Hotel JV Case (1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°59, p. 324.
15. Kaifeng Decoration JV Case (1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°63, p. 352.
16. Nanjing Auto Parts JV Case (1990), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°63A, p. 362.
17. United Industries JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°65, p. 373.
18. Hainan Construction Materials JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°66, p. 380.
19. Glazed Products JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°70, p. 400.
20. Chongqing Leather Products JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°71, p. 408.
21. Chemical JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°72, p. 414.
22. Communication Equipment JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°73, p. 419.
23. Baotou Sizing Materials Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°74, p. 427.
24. Latex Products JV Case (1991), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°76, p. 435.

¹¹¹⁸ LEUNG Mei-Fun P., WANG Shengchang (eds), *Selected Works of China International and Trade Arbitration Commission Awards*, Vol. I (1963-1988), (« *Sélection de sentences CIETAC 1963-1990* »).

¹¹¹⁹ LEUNG Mei-Fun Priscilla & WANG Shengchang (eds), *Selected Works of China International and Trade Arbitration Commission Awards*, Vol. II (1989-1995), updated to 1997 (« *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995* »).

25. Clothes Manufacturing JV Case (1993), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°84, p. 491.
26. Fog-proof Products JV Case (1993), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°85, p. 495.
27. Hainan Hotel Management JV Case (1994), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°90, p. 531.
28. Tianjin Wooden Furniture JV Case (1995), *Sélection de sentences CIETAC 1989-1995*, n°93, p. 550.
29. Joint Venture Dispute Award (28 juillet 2000)¹¹²⁰, *Recueil des sentences CIETAC*, Vol. 2001.1, p. 661.
30. Coating Equipment Case (15 juillet 2002), disponible en anglais sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020715c1.html>.

9.1.3 Sentences arbitrales CIETAC publiées en langue chinoise

1. Shanghai Food Factory JV Case 1995 (3 mai 1995), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*¹¹²¹, p. 1.
2. Nanjing Agriculture Product JV Case 1996 (18 juin 1996), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 4.
3. Food & Entertainment JV Case 1996 (2 août 1996), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 11.
4. Shanghai XX Club JV Case 1997 (28 février 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 23.
5. Energy-Saving JV Case 1997 (31 mars 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 29.
6. Biological Project JV Case 1997 (28 juillet 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 33.
7. Aquaculture JV Case 1997 (30 juillet 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 48.
8. Entertainment JV Case 1997 (20 mars 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 53.
9. Real Estate JV Case 1997 (3 décembre 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 56.
10. Wuxi Chemical JV case 1997 (15 décembre 1997), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 66.
11. Guangzhou Dyeing JV Case 1998 (6 janvier 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 73.
12. Storage and Carriage JV Case 1998, (13 janvier 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 89.
13. JV Share Transfer Case 1998 (22 janvier 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 98.
14. Fashion Retail JV Case 1998 (20 février 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 104.
15. Grand Hotel JV Case 1998 (26 mars 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 113.

¹¹²⁰ *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai weiyuanhui jueshu huibian*, 中国国际经济贸易仲裁委员会裁决书汇编 (« *Recueil de sentences CIETAC* »).

¹¹²¹ *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijueshu xianpian 1995-2002, touzi zhengyi juan* (中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 1995-2002, 投资争议卷), (*Sélection de sentences CIETAC 1995-2002, volume investissements*), Falü chubanshi, Pékin, 2002, (« *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002* »).

16. Construction of XX Commercial Building JV Case 1998 (31 mars 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 125.
17. Real Estate Construction and Management JV Case 1998 (2 avril 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 137.
18. Shanghai Garment JV Case 1998 (15 avril 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 150.
19. XX Costume JV Case 1998 (30 avril 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 155.
20. Resin Product JV Case 1998 (7 mai 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 168.
21. Delicious Catering JV Case 1998 (11 mai 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 181.
22. Zhenjiang Printing JV Case 1998 (5 mai 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 196.
23. Pressure Containers JV Case 1998 (29 mai 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 200.
24. Container Terminal JV Case 1998 (1 juin 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 211.
25. Golf Club JV Case 1988 (12 juin 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 223.
26. Colored Woven Mill JV Case 1998 (8 septembre 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 242.
27. Rubber Product JV Case 1998 (30 septembre 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 254.
28. Yan'an Rd Shanghai Garment JV Case 1998 (23 octobre 1998), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 263.
29. Chemical JV Share Transfer Case 1999 (6 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 269.
30. Industrial Building Development JV Case 1999 (20 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 280.
31. DY Entertainment House JV Entrusted Management Case 1999 (28 janvier 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 291.
32. Real Estate JV Case 1999 (10 février 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 353.
33. Trademarks A&B JV Case 1999 (13 février 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 369.
34. Guangzhou XX Building JV Case 1999 (1 avril 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 375.
35. XX Boutique JV Case 1999 (6 avril 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 388.
36. XX Entertainment JV Case 1999 (20 avril 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 394.
37. Shanghai Landmark JV Case 1999 (30 avril 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 408.
38. XX Paper Machinery JV Case 1999 (18 mai 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 413.
39. Melamine Products JV Case (31 mai 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 433.
40. XX Technology JV Case 1999 (14 juin 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 442.
41. Yixing Chemical Co. JV Case 1999 (22 juin 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 461.
42. Tripartite Chemical JV Case 1999 (22 juin 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 465.

43. XX Curtain JV Case 1999 (2 juillet 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 476.
44. Tripartite Real Estate JV Case 1999 (15 juillet 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 491.
45. Shanghai Decoration JV Case 1999 (19 août 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 509.
46. Sino-US Garment JV Case 1999 (3 septembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 518.
47. Commercial Real Estate Development JV Case 1999 (13 septembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 521.
48. Shanghai YY Club JV 1999 (21 septembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 531.
49. Beijing N Technology JV Case 1999 (24 septembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 537.
50. XX Food JV Case 1999 (9 octobre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 567.
51. Socks JV Case 1999 (18 octobre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 574.
52. Shoulder Pad JV Case 1999 (8 novembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 586.
53. Contribution Transfer JV Case 1999 (2 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 597.
54. XX Beer House JV Case 1999 (3 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 614.
55. Tripartite Share Transfer Chemical JV Case 1999 (3 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 622.
56. Precision Stationary JV Case 1999 (8 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 635.
57. XX Great Hotel JV Case 1999 (9 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 653.
58. Shenzhen Alloy Industrial JV Case 1999 (9 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 691.
59. Fabricated Metal JV Case 1999 (21 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 717.
60. Commercial Building JV Case 1999 (31 décembre 1999), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 735.
61. Tripartite JV Case 2000 (18 janvier 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 753.
62. Technology Development JV Case 2000 (16 février 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 764.
63. Property Management JV Case 2000 (29 février 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 774.
64. Artistic Crafts JV Case 2000 (14 avril 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 784.
65. ABC Real Estate JV Case 2000 (18 juillet 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 792.
66. Paper Mill JV Case 2000 (10 août 2000), *Recueil des sentences CIETAC*, Vol. 2000.2, p. 721.
67. Beijing XX Building JV Case 2000 (5 décembre 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 799.
68. Shanghai Property JV Case 2000 (6 décembre 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 807.
69. Washing Power JV Case 2000 (11 décembre 2000), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 852.

70. Port Project JV Case 2001 (17 janvier 2001), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 816.
71. Warehouse JV Case 2001 (26 avril 2001), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 821.
72. JV Share Transfer Case 2001 (28 août 2001), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 834.
73. International Hotel JV Share Transfer Case 2001 (29 octobre 2001), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 843.
74. Beijing Mountain Resort JV Case 2002 (30 avril 2002), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 856.
75. Beijing Fastfood JV Case 2002 (30 avril 2002), *Sélection de sentences CIETAC 1995-2002*, p. 870.
76. Guangzhou Seafood Restaurant JV Case 2003 (23 avril 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*¹¹²², p. 999.
77. Shenzhen Restaurant JV Case 2003 (30 mai 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1011.
78. Tianjin XX Seeds JV Case 2003 (16 juin 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1029.
79. XX Plastic Molds JV Case 2003 (8 août 2003), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1036.
80. XX Real Estate Development JV Case 2004 (7 janvier 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1047.
81. XX Real Estate JV Case 2004 (12 avril 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. p. 1073.
82. XX Land Development JV Case 2004 (29 avril 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1100.
83. XX Printing and Dyeing Mill JV Case 2004 (25 mai 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1109.
84. Guangzhou Motor Repair and Building Construction JV Case 2004 (1^{er} juin 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1117.
85. Shenzhen XX Biotechnology Co.Ltd. JV Case 2004 (1^{er} juillet 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1129.
86. Shanghai XX Co. Ltd. JV Case 2004 (20 août 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1117.
87. The XX Food Co. Ltd. JV Case 2004 (7 septembre 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1120.
88. XX Food Manufacturer JV Case 2004 (16 septembre 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1147.
89. XX Property Development JV Case 2004 (31 décembre 2004), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1155.
90. XX Railway Hotel JV Case 2005 (18 janvier 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1183.
91. XX Information Technology JV Case 2005 (18 janvier 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1189.
92. Shenzhen XX Data Network JV Case 2005 (29 mars 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1207.
93. XX Resort Hotel JV Case 2005 (12 avril 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1239.
94. XX Synthetic Fibres JV Case 2005 (1er juin 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1321.

¹¹²² *Zhongguo guoji jingji maoyi zhongcai jie jue caijueshu xianpian 2003-2006* (中国国际经济贸易仲裁裁决书选编 2003-2006), (*Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*), Falü chubanshi, Pékin, (« *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006* »).

95. XX Real Estate Development JV Case 2005 (25 juillet 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1339.
96. School-Sponsoring Agreement Dispute Case 2005 (21 octobre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1376.
97. Creditors' Dispute Case 2005 (25 octobre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1392.
98. Shenzhen XX Pharmaceutical Co. Ltd. JV Case 2005 (23 novembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1407.
99. Contracted Operation Dispute Case 2005 (8 décembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1407.
100. Hazardous Waste Disposal Site Case 2005 (29 décembre 2005), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1432.
101. Hainan XX Food Co. Ltd. JV Case 2006 (28 février 2006), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1444.
102. Guangzhou XX Real Estate Development JV Case 2006 (22 mars 2006), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1469.
103. Jiangsu XX Elevator Engineering JV Case 2006 (31 mars 2006), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1505.
104. HZ Computer Engineering JV Case 2006 (25 mai 2006), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1546.
105. Integrated Cargo Services JV Case 2006 (18 octobre 2006), *Sélection de sentences CIETAC 2003-2006*, p. 1571.

9.2 Sentences Beijing Arbitration Commission Beijing Arbitration Commission

1. Sentence BAC (16 mars 2009) rendue à Pékin, *inédite*.
2. Sentence BAC (22 mai 2009) rendue à Pékin, *inédite*.
3. Sentence BAC (26 décembre 2011) rendue à Pékin, *inédite*.

9.3 Sentences Stockholm Chamber of Commerce

1. SCC Case 117/1999, *Separate Arbitral Award* (2001), *Stockholm Arbitration Report* 2002:1 p. 59-65.
2. Sentence partielle, arbitrage SCC V (061/2007), *Danone c. Wahaha* (sentence de 294 pages, inédite), extraits publiés dans BU Qingxui, « Danone v. Wahaha: Who Laughs Last? », *European Journal of Law Reform*, 2011 (13) 3-4, p. 592.

9.4 Sentences Chambre de Commerce Internationale

1. Affaire CCI No. 9058, *Partial award* (25 juin 1999) rendue à Houston, *Bridas S.A.P.I.C. (Argentine), Bridas Energy International Ltd. (BVI), International Oil & Gas Ventures, Ltd (BVI) c/ Government of Turkmenistan, Concern Balkannebitgazsenatgat (Turkmenistan)*, disponible sur <http://italaw.com/documents/BridasICC9058FirstPartial.pdf>.
2. Affaire CCI No. 13464/MS/JB/JEM, sentence arbitrale (7 mars 2007) rendue à Paris, non publiée.

9.5 Sentences ad-hoc

1. *Radio Corporation of America c/ The National Government of the Republic of China*, Award of the tribunal (Van Hamel, Hubert, Furrer), (13 avril 1935) rendue à La Haye, 3 *Report of International Arbitral Awards*, p. 1623.

9.6 Sentences CIRDI

1. *Tza Yap Shum c. République du Pérou*, Affaire CIRDI No. ARB/07/6, *Decision on Jurisdiction and Competence* (12 février 2007).

Liste des Annexes

ANNEXE A : Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

ANNEXE B : Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 2003-2006

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

Tab	Affaire	Date Sentence	Référence	Parties	JV type	Contrat	Compétence	Validité	Apports	Bénéfice	Activités JV
1	Gourmet Center JV Case 1984	26-janv-84	Vol I No. 12.36-43	Partie A (PRC) c/ Partie B (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			✓		
2	Roast Goose House JV Case 1986	15-sept-86	Vol I No. 21.72-78	Partie B (HK) c/ CC (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同					
3	Ningxia Leather JV Case 1987	02-févr-87	Vol I No. 24.88-92	AA (USA) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同					
4	Ronggang AA Design & Decoration JV Case 1987	26-juil-87	Vol I No. 30.105	AA (HK) c/ BB (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同					
5	Nanyang Hotel JV Case 1987	10-déc-87	Vol I No. 38.140-144	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	CJV	Contrat de CJV et de construction 合作建筑经营合同		✓			
6	Nantong Equipment Import JV Case 1988	20-août-88	Vol I No. 56.223-228	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 contrat de vente 买卖合同 contrat d'import-export 设备进口合同					
7	Harbin XX Park JV Case 1988	25-nov-88	Vol I No. 63.254-	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同					
8	Shanghai Silk Road Hotel JV Case 1988	01-déc-88	Vol I No. 66.267-268	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	EJV	Contrat de CJV et de construction 合资建设经营酒店合同		✓			
9	Seafood restaurant Case 1989	05-janv-89	Vol II No. 1.1-6	Partie A (PRC) c/ Partie B (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同		✓			
10	Preserved Fruits Company JV Case 1989	30-oct-89	Vol II No. 14.63-67	AA (Foreign) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓			
11	Zipper production JV Case 1990	02-mars-90	Vol II No. 25.128-132	AA (USA) c/ 1. BB Zipper Fact (PRC) c/ 2. Trust advisory Co. (PRC) ; 2. DD trust and Investment Co. (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 合营公司章程 contrat d'achat avec TLL 购买合同		✓			
12	Solar Energy JV Case 1990	14-juin-90	Vol II No. 39.220-227	AA & BB c (PRC)/ DD (Foreign)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 contrat technologique 技术协议 Statuts 公司章程 Convention d'apports 出资协议 contrat supplémentaire 合资经营合同书补充修改条款、章程的补充修改条款 accord d'apport d'un nouvel associé 新的出资协议	✓	✓	✓		
13	Haikou JV Case 1990	20-oct-90	Vol II No. 54.293-298	AA (PRC) c/ BB (PRC), CC (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资合同					
14	Shanxi Hotel JV Case 1990	27-nov-90	Vol II No. 59.324-330	AA(HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV et de construction 合资兴建和经营合同		✓			
15	Kaifeng Decoration JV Case 1990	22-déc-90	Vol II No. 63.352-359	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓	✓	✓		
16	Nanjing Auto Parts JV Case 1990	30-déc-90	Vol II No. 63A.360-368	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓			
17	United Industries JV Case 1991	10-avr-91	Vol II No. 65. 373-378	AA (PRC) c/ CC (USA)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Convention d'indemnisation 关于违约的赔款协议	✓	✓			

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

18	Hainan Construction Materials JV Case 1991	12-avr-91	Vol II No. 66.379-386	Party A (PRC) c/ Party B (JAP)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Bail 承租合同 contrat de conseil de technologie 科技咨询服务合同 procès-verbal de CA 关于中外合资企业董事会成员名单协议	✓	✓	✓
19	Glazed Products JV Case 1991	02-sept-91	Vol II No. 70.400-407	Party A (PRC) c/ Party B (USA)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 企业章程		✓	
20	Chongqing Leather Products JV Case 1991	05-sept-91	Vol II No. 71.408-412	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	✓
21	Chemical JV Case 1991	15-sept-91	Vol II No. 72.414-418	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	
22	Communication Equipment JV Case 1991	16-sept-91	Vol II No. 73.412-426	AA(HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	✓
23	Baotou Sizing Materials Case 1991	18-sept-91	Vol II No. 74.427-434	AA(PRC) c/BB (Japan)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	
24	Latex Products JV Case 1991	31-oct-91	Vol II No. 76.435-441	AA(PRC) c/BB (PRC), XX (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	
25	Clothes Manufacturing JV Case 1993	10-avr-93	Vol II No. 84.491-494	Party A (PRC) c/ Party B (FR)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	✓
26	Fog-proof Products JV Case 1993	10-juin-93	Vol II No. 85.495-499	AA (CAN) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	
27	Hainan Hotel Management JV Case 1994	03-sept-94	Vol. II No. 90.531-535	Mr. AA (PRC) c/ BB (Foreign)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			
28	Shanghai Food Factory JV Case 1995	03-mai-95	[CIETAC 1995-2002] 1-4	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同		✓	
29	Tianjin Wooden Furniture JV Case 1995	26-sept-95	Vol II No. 93.550-	AA (TW), BB (PRC) c/ CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓		✓
30	Nanjing Agriculture Product JV Case 1996	18-juin-96	[CIETAC 1995-2002] 4-11	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓	✓	✓
31	Food & Entertainment JV Case 1997	02-août-96	[CIETAC 1995-2002] 11-23	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			✓
32	Shanghai XX Club JV Case 1997	28-févr-97	[CIETAC 1995-2002] 23-29	AA (TW) c/ BB (PRC), CC (UK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓	✓
33	Entertainment JV Case 1997	20-mars-97	[CIETAC 1995-2002] 53-56	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作合同 Cession de contrat 转让合同			✓
34	Energy-Saving JV Case 1997	31-mars-97	[CIETAC 1995-2002] 29-32	AA (SIN) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de contrat 合同转让协议			
35	Biological Project JV Case 1997	28-juil-97	[CIETAC 1995-2002] 33-47	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Accord de cession de technologie 专有技术协议			✓
36	Aquaculture JV Case 1997	30-juil-97	[CIETAC 1995-2002] 48-53	AA (Foreign) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓	✓	✓

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

37	Real Estate JV Case 1997	03-déc-97	[CIETAC 1995-2002], 56-66	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓		✓
38	Wuxi Chemical JV case 1997	15-déc-97	[CIETAC 1995-2002] 66-73	AA (HK) c/ BB (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓		✓
39	Guangzhou Dyeing JV Case 1998	06-janv-98	[CIETAC 1995-2002] 73-89	Party B (HK) c/ Party A (PRC, Guangdong)	CJV	Contrat de CJV 合作合同 Status 合作公司章程	✓	✓	✓
40	Storage and Carriage JV Case 1998	13-janv-98	[CIETAC 1995-2002] 89-98	Party B (Foreign) c/ Party A (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作合同 Status 合作公司章程 Bail immobilier 土地租用合同	✓	✓	✓
41	JV Share Transfer Case 1998	22-janv-98	[CIETAC 1995-2002] 98-104	AA (Foreign) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓		
42	Fashion Retail JV Case 1998	20-févr-98	[CIETAC 1995-2002] 104-113	Party B (HK) v. Party A (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Accord de dissolution 解散公司协议			
43	Grand Hotel JV Case 1998	26-mars-98	[CIETAC 1995-2002] 113-125	AA (PRC) c/ BB (SIN)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同		✓	✓
44	Construction of XX Commercial Building JV Case 1998	31-mars-98	[CIETAC 1995-2002] 125-137	XX company (PRC) c/ XX company (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同			
45	Real Estate Construction and Management JV Case 1998	02-avr-98	[CIETAC 1995-2002] 137-150	AA (PRC) c/ BB (Foreign), CC (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓		✓
46	Shanghai Garment JV Case 1998	15-avr-98	[CIETAC 1995-2002] 150-155	AA (PRC) c/ BB (HK), CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同			✓
47	XX Costume JV Case 1998	30-avr-98	[CIETAC 1995-2002] 155-168	AA (PRC) c/ BB (HK), CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同			✓
48	Resin Product JV Case 1998	07-mai-98	[CIETAC 1995-2002] 168-181	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同			✓
49	Delicious Catering JV Case 1998	11-mai-98	[CIETAC 1995-2002] 181-195	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓		✓
50	Zhenjiang Printing JV Case 1998	15-mai-98	[CIETAC 1995-2002] 196-200	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同			✓
51	Pressure Containers JV Case 1998	29-mai-98	[CIETAC 1995-2002] 200-210	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Accord supplémentaire 修改补充协议			✓
52	Container Terminal JV Case 1998	01-juin-98	[CIETAC 1995-2002] 211-222	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同 Status 合营公司章程			✓
53	Golf Club JV Case 1988	12-juin-98	[CIETAC 1995-2002] 223-242	AA (PRC) c/ BB (South Korea)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			
54	Colored Woven Mill JV Case 1998	08-sept-98	[CIETAC 1995-2002] 242-253	AA (HK) v. BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同			✓
55	Rubber Product JV Case 1998	30-sept-98	[CIETAC 1995-2002] 254-263	AA (Foreign) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Contrat d'exploitation de JV 承包协议 Status 合营公司章程			✓
56	Yan'an Rd Shanghai Garment JV Case 1998	23-oct-98	[CIETAC 1995-2002] 263-269	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			✓
57	Chemical JV Share Transfer Case 1999	06-janv-99	[CIETAC 1995-2002] 269-279	AA (HK), BB (HK) c/ CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de parts 股份转让合同			
58	Industrial Building Development JV Case 1999	20-janv-99	[CIETAC 1995-2002] 280-291	AA (HK) c/ BB (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			✓

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

59	DY Entertainment House JV Entrusted Management Case 1999	28-janv-99	[CIETAC 1995-2002] 291-352	AA (JA) c/ BB (PRC)	CJV	Mandat de gestion 委托经营合同 Contrat de CJV 合作经营合同				
60	Real Estate JV Case 1999	10-févr-99	[CIETAC 1995-2002] 353-369	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同 Contrat supplémentaire 补充合同			✓	
61	Trademarks A&B JV Case 1999	13-févr-99	[CIETAC 1995-2002] 369-374	AA (SIN) c/ BB (PRC), CC (MAC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 lettre d'intention pour mandat 代理意向书			✓	
62	Guangzhou XX Building JV Case 1999 IV-3/1	01-avr-99	[CIETAC 1995-2002] 375-387	AA (HK) c/ BB (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同 Contrat supplémentaire 补充合同	✓		✓	
63	XX Boutique JV Case 1999	06-avr-99	[CIETAC 1995-2002] 388-393	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓			✓
64	XX Entertainment JV Case 1999	20-avr-99	[CIETAC 1995-2002] 394-413	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			✓	
65	Shanghai Landmark JV Case 1999	30-avr-99	[CIETAC 1995-2002] 408-408	AA (HK), BB (PRC) c/ CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓		✓	✓
66	XX Paper Machinery JV Case 1999	18-mai-99	[CIETAC 1995-2002] 413-433	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Contrat d'achat 购买合同				✓
67	Melamine Products JV Case 1999	31-mai-99	[CIETAC 1995-2002] 433-442	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓		✓	✓
68	XX Technology JV Case 1999	14-juin-99	[CIETAC 1995-2002] 442-461	AA (PRC) c/ BB (HK), CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 公司章程				✓
69	Yixing Chemical Co. JV Case 1999	22-juin-99	[CIETAC 1995-2002] 461-465	AA (SIN) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓		✓	
70	Tripartite Chemical JV Case 1999	22-juin-99	[CIETAC 1995-2002] 465-476	AA (HK) c/ BB (PRC), CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de parts 股权转让协议	✓			✓
71	XX Curtain JV Case 1999	02-juil-99	[CIETAC 1995-2002] 476-490	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 contrat de CJV antérieur 合资合同 Statuts de CJV 合营公司章程 Contrat d'exploitation de JV 承包经营协议书	✓		✓	✓
72	Tripartite Real Estate JV Case 1999	15-juil-99	[CIETAC 1995-2002] 491-509	AA (AUS) c/ BB (PRC), CC (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同			✓	✓
73	Shanghai Decoration JV Case 1999	19-août-99	[CIETAC 1995-2002] 509-517	AA (PRC) c/ BB (SIN)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓			
74	Sino-US Garment JV Case 1999	03-sept-99	[CIETAC 1995-2002] 518-521	AA (US) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 avenant au contrat d'EJV 补充合同 Résiliation de contrat de JV 终止协议				
75	Commercial Real Estate Development JV Case 1999	13-sept-99	[CIETAC 1995-2002] 521-530	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de droit d'usage de terrain 国有土地使用权出让合同书	✓		✓	✓
76	Shanghai XX Restaurant JV Case 1999	21-sept-99	[CIETAC 1995-2002] 531-537	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同 Contrat supplémentaire 补充协议	✓		✓	✓
77	Beijing N Technology JV Case 1999	24-sept-99	[CIETAC 1995-2002] 537-567	AA (PRC) c/ BB (TW)	EJV	Contrat d'EJV 合资合同			✓	
78	XX Food JV Case 1999	09-oct-99	[CIETAC 1995-2002] 567-573	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同				

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

79	Socks JV Case 1999	18-oct-99	[CIETAC 1995-2002] 574-586	AA (PRC), BB (PRC) c/ CC (HK)	EJV	Contrat supplémentaire 补充修改合同 Contrat d'EJV entre AA et CC 合资经营合同			
80	Shoulder Pad JV Case 1999	08-nov-99	[CIETAC 1995-2002] 586-596	AA (Foreign) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓	✓	
81	Contribution Transfer JV Case 1999	02-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 597-614	AA (Foreign) c/ BB (PRC), CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de parts 股权转让协议 Garantie 担保合同	✓	✓	
82	Tripartite Share Transfer Chemical JV Case 1999	03-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 622-634	AA (Foreign), BB (Foreign) c/ CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de parts 股份转让协议	✓		
83	XX Beer House JV Case 1999	03-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 614-622	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓		✓
84	Precision Stationary JV Case 1999	08-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 635-653	AA (HK) c/ BB (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓	✓	✓
85	XX Great Hotel JV Case 1999	09-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 653-691	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同 Contrat d'exploitation de JV 承包经营协议书 Statuts 合营公司章程	✓	✓	
86	Shenzhen Alloy Industrial JV Case 1999	09-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 691-717	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资合同	✓	✓	
87	Fabricated Metal JV Case 1999	21-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 717-734	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资合同	✓	✓	✓
88	Commercial Building JV Case 1999	31-déc-99	[CIETAC 1995-2002] 735-753	AA (HK) c/ BB (PRC)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同 Contrat supplémentaire 修改合同	✓		
89	Tripartite JV Case 2000	18-janv-00	[CIETAC 1995-2002] 753-763	AA (PRC) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV entre AA, Bb et société de HK 三方合资合同 Contrat d'EJV entre AA et société de HK 两方合资合同 Contrat d'achat 购销合同	✓	✓	
90	Technology Development JV Case 2000	16-févr-00	[CIETAC 1995-2002] 764-774	AA (PRC) c/ BB (HK), CC (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资合同 Cession de technologie 技术转让合同			
91	Property Management JV Case 2000	29-févr-00	[CIETAC 1995-2002] 774-783	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓		
92	Artistic Crafts JV Case 2000	14-avr-00	[CIETAC 1995-2002] 784-791	AA (UK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 合营公司章程			
93	ABC Real Estate JV Case 2000	18-juil-00	[CIETAC 1995-2002] 792-798	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 合营公司章程 Avenant au contrat d'EJV et aux statuts 修改合资公司合同、章程 协议书	✓	✓	✓
94	Paper Mill JV Case 2000	10-août-00	[CIETAC 2000]	AA (PRC) c/ BB (CAN)	EJV	Contrat d'EJV / MOU 合资经营合同 / 备忘录 Statuts 合资公司章程	✓	✓	✓
95	Beijing XX Building JV Case 2000	05-déc-00	[CIETAC 1995-2002] 799-807	AA (PRC) c/ BB (HK)	CJV	Contrat de CJV 合作经营合同	✓		✓
96	Shanghai Property JV Case 2000	06-déc-00	[CIETAC 1995-2002] 807-815	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 合营公司章程		✓	✓

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 1984-2002

97	Washing Power JV Case 2000	11-déc-00	[CIETAC 1995-2002], 852-856	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Cession de parts 股权转让合同		
98	Port Project JV Case 2001	17-janv-01	[CIETAC 1995-2002] 816-821	AA (PRC) c/ BB (Foreign)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓	✓
99	Warehouse JV Case 2001	26-avr-01	[CIETAC 1995-2002] 821-833	Mr. L (CAN) c/ Trade Co (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 合资公司章程 Contrat d'exploitation de JV 承包经营协议书		✓ ✓
100	JV Share Transfer Case 2001	28-août-01	[CIETAC 1995-2002] 834-842	AA (HK) c/ BB (PRC)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同 Statuts 合资公司章程 Cession de parts 股权转让协议	✓	✓
101	International Hotel JV Share Transfer Case 2001	29-oct-01	[CIETAC 1995-2002] 843-852	AA (PRC) c/ BB (PRC)	EJV			✓
102	Beijing Mountain Resort JV Case 2002	30-avr-02	[CIETAC 1995-2002] 856-869	AA (PRC) c/ BB (HK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同	✓	
103	Beijing Fastfood JV Case 2002	30-avr-02	[CIETAC 1995-2002] 870-875	AA (PRC) c/ BB (UK)	EJV	Contrat d'EJV 合资经营合同		✓

Questions juridiques soulevées dans les sentences arbitrales CIETAC 2003-2006

104	中外合作合同争议仲裁案裁决书	The Guangzhou Seafood Restaurant JV Case 2003	(2003年4月23日)	承包合同	固定利润	合同无效	
105	中外合作经营酒店合同争议仲裁案裁决书	The Shenzhen XX Restaurant JV Case 2003	(2003年5月30日)	提供合作条件	租金的标准	继续履	管辖权
106	合营合同争议仲裁案裁决书	The Tianjin XX Seeds Production JV Case 2003	(2003年6月16日)	合资经营	违约责任		
107	塑料模具合资合同争议仲裁案裁决书	The XX Plastic Mold JV Case 2003	(2003年8月8日)	董事会决议	合资公司搬迁		
108	中外合作合同项下房屋租赁争议仲裁案裁决书	The XX Real Estate Development JV Case 2004	(2004年1月7日)	合同变更	合同效力	租赁关系的终止	
109	返还争议仲裁案裁决书	The XX Real Estate JV Case 2004	(2004年4月12日)	合同解释	履约义务	及时补救	
110	合作开发土地合同争议仲裁案裁决书	The Land Development JV Case 2004	(2004年4月29日)	合同无效的责任			
111	合作经营印染厂合同争议仲裁案裁决书	The XX Printing and Dyeing Mill JV Case 2004	(2004年5月25日)	公平原则	固定收益条款		
112	争议仲裁案裁决书	The Guangzhou Motor Repair and Building Construction JV Case 2004	(2004年6月1日)	合作条件	违章建筑	提前终止合同	投资损失
113	中外合资经营科技有限公司 合同争议仲裁案裁决书	The Shenzhen XX Biotechnology Co.Ltd. JV Case 2004	(2004年7月1日)	仲裁的范围	证据的证明力	法律关系	
114	厂房场地作为合作条件争议仲裁案裁决书	The Shanghai XX Co. Ltd. JV Case 2004	(2004年8月20日)	不动产作为合作条件的交付界定			
115	中外合资经营合同及其经营承包争议仲裁案裁决书	The XX Food Co. Ltd. JV Case 2004	(2004年9月7日)	承包利润			
116	中外合资经营合同厂房出资争议仲裁案裁决书	The XX Food Manufacturer JV Case 2004	(2004年9月16日)	实物出资	损失赔偿		
117	房产合资争议仲裁案裁决书	The XX Property Development JV Case 2004	(2004年12月31日)	竣工验收	合同解释		
118	合作经营酒店合同争议仲裁案裁决书	The XX Railway Hotel JV Case 2005	(2005年1月18日)	合同的善意解释	公平原则的适用	时效	
119	软件合营合同争议仲裁案裁决书	The XX Information Technology JV Case 2005	(2005年1月18日)	同业竞争	受益主体		
120	合资经营数据网络公司合同 争议仲裁案裁决书	The Shenzhen XX Data Network JV Case 2005	(2005年3月29日)	出资义务	竞业禁止	仲裁时效	
121	中外合资经营酒店合同争议仲裁案裁决书	The XX Resort Hotel JV Case 2005	(2005年4月12日)	合同的解除	违约金	迟延履行	
122	化纤合营争议仲裁案裁决书	The XX Synthetic Fibres JV Case 2005	(2005年6月1日)	原材料供应	合同变更	同业禁止	
123	中外合作合同房地产开发争议仲裁案裁决书	The XX Real Estate Development JV Case 2005	(2005年7月25日)	仲裁时效	权利义务的移转		
124	合作办学协议争议仲裁案裁决书	The School-Sponsoring Agreement Dispute Case 2005	(2005年10月21日)	合作办学	违约责任的判断	合同解释	损失的判断
125	合作争议代垫款纠纷案	The Creditors' Dispute Case 2005	(2005年10月25日)	共同债务	追偿权	诉讼时效	
126	中外合作合同出资争议仲裁案裁决书	The Shenzhen XX Pharmaceutical Co. Ltd. JV Case 2005	(2005年11月23日)	可撤销合同情形			
127	合资及承包合同争议仲裁案裁决书	The Contracted Operation Dispute Case 2005	(2005年12月8日)	保底条款	无效合同	可得利润	
128	废物处置合资合同争议仲裁案裁决书	The Hazardous Waste Disposal Site Case 2005	(2005年12月29日)	同时履行抗辩权	境外贷款		
129	中外合资经营食品公司合同争议仲裁案裁决书	The Hainan XX Food Co. Ltd. JV Case 2006	(2006年2月28日)	合同的解除	违约责任的认定		
130	合作开发房地产合同争议仲裁案裁决书	The Guangzhou XX Real Estate Development JV Case 2006	(2006年3月22日)	一事不再理	不可抗力	保底条款	后履约抗辩权 违约的认定 仲裁时效
131	争议仲裁案裁决书	The Jiangsu XX Elevator Engineering JV Case 2006	(2006年3月31日)	技术改造	中外合资	解除合同	违约责任
132	合资合同争议仲裁案裁决书	The HZ Computer Engineering JV Case 2006	(2006年5月25日)	终止合同	一事不再理	授权仲裁庭作管辖权决定	
133	日中合资集装箱公司合同争议仲裁案裁决书	The Integrated Cargo Services JV Case 2006	(2006年10月18日)	解散	注销		

Thèse de Doctorat

Jane WILLEMS

Les contrats de joint ventures sino-étrangères devant l'arbitre international

Sino-foreign joint ventures contracts disputes before an international arbitrator

Résumé

Cette thèse a pour objet de déterminer à quelles conditions l'arbitre international, saisi d'un litige relatif à un contrat de joint venture sino-étrangère, est susceptible d'apporter une solution aux cocontractants et une contribution à la construction du droit de l'arbitrage des investissements étrangers en Chine.

L'examen des conditions d'accès à l'arbitrage et de la détermination et de la mise en œuvre, par l'arbitre international, des règles de droit permettra de cerner les limites du caractère véritablement international de l'arbitrage auquel est soumis le contrat de joint venture sino-étrangère. La limitation de l'autonomie des parties en droit chinois de l'arbitrage et en droit international privé chinois impose des contraintes à l'arbitre international, siégeant en Chine ou à l'étranger tant pour apprécier la validité de la clause compromissoire et l'existence et l'étendue *ratione personae* et *ratione materiae* du consentement à l'arbitrage, que pour déterminer et appliquer les règles de droit auxquelles est soumis le litige.

L'examen des solutions apportées par l'arbitre international permettra d'apprécier son apport substantiel à la clarification des conditions de formation du contrat de joint venture sino-étrangère, qu'il s'agisse des conditions de fond, tirées de la qualification des parties et de l'existence et de la sincérité de leur consentement au contrat de joint venture, que des conditions de forme, tirées de l'approbation des contrats d'investissement. Cet apport est confirmé en matière d'obligations des parties, par la reconnaissance et la diversification des obligations pécuniaires, de participation et de coopération auxquelles sont tenus les associés de l'entreprise commune.

Mots clés

Joint venture sino-étrangère - investissement direct étranger - contrat de joint venture - arbitrage - clause compromissoire - compétence arbitrale - droit applicable - traité bilatéral d'investissement - apport - non concurrence - bénéfiques.

Abstract

The purpose of this thesis is to determine under which conditions an international arbitrator, asked to determine a dispute relating to a sino-foreign joint venture contract, is able to bring about a solution to the contracting parties and a contribution to the construction of arbitration law of foreign investment in China.

The examination of the conditions of access to arbitration and of the determination and application by the international arbitrator of the rules of law will enable scholars and counsel to frame the limits of the international nature of the arbitration to which the sino-foreign joint venture contract is submitted. The limited party autonomy in Chinese arbitration law and in Chinese conflict of law rules constrains the international arbitrator, sitting in China or abroad, when evaluating the validity of the arbitration agreement, as well as the existence and the personal and the subject-matter scope of the consent to arbitrate, and when determining and applying the rules of law to the dispute.

The analysis of the solutions given by the international arbitrator in this field will allow acknowledgment of his/her substantial contribution to the clarification of the requirements for the conclusion of sino-foreign joint venture contracts, either in terms of substantial requirements, such as qualification of the parties, mutual and genuine intent to contract, or in terms of procedural requirements, such as the approval of investment contracts. This contribution is confirmed as regards the duties of the parties by the recognition and the diversification of the financial terms, the duty to participate and cooperate to which the partners to the joint venture are bound.

Key Words

Sino-foreign joint venture - foreign direct investment - joint venture contract - arbitration - arbitration agreement - arbitral jurisdiction - applicable law - bilateral investment treaty - contribution - non competition - profits.