

Investissement en Chine : quel mode de règlement des litiges choisir ?

Par Olivia Luzi, Avocat au Barreau de Paris, Salans (Shanghai)

Quel mode de règlement des litiges choisir ? Négociation, tribunaux, arbitrage, ou d'autres modes alternatifs (conciliation, médiation etc.) ? Généralement, dans leur contrat, les parties opteront pour la voie judiciaire ou, plus fréquemment, pour l'arbitrage international afin de renforcer leur chance d'obtenir une décision exécutable en Chine.

La négociation constitue une étape quasi incontournable en cas de litige, mais celle-ci s'avère clairement inefficace à défaut de « levier » pour l'appuyer. Ainsi, dans certains cas, comme le recouvrement de créances détournées par des moyens frauduleux, l'on ne pourra compter que sur ses talents de négociateur et sur la pression que peuvent exercer les autorités de police et organes politiques locaux pour parvenir à une solution de compromis acceptable.

La médiation est un mode de résolution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher (à la différence de la **conciliation**), mais sans être investi du pouvoir de leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique. Dans cet esprit, Shanghai a vu naître en juillet 2005 un centre de médiation intitulé « **Centre de Médiation Shanghai/Rhône-Alpes** » qui a compétence pour intervenir dans tous litiges économiques franco/chinois et présente l'intérêt de disposer d'un panel de médiateurs français et chinois, multilingues et expérimentés (spécialistes du droit commercial international, responsables d'entreprises, avocats, consultants et conseils). Bien que certains litiges puissent effectivement se régler à l'amiable grâce – le plus souvent - aux talents d'un médiateur, il faut cependant bien garder à l'esprit que le médiateur aucun pouvoir d'imposer une décision aux parties. Si l'une des parties ne joue pas le jeu de la médiation (ou fait semblant de le jouer aux seules fins de gagner du temps), les semaines ou mois passés à négocier auront été perdus, et il faudra alors finalement recourir au contentieux judiciaire ou à l'arbitrage.

Le contentieux judiciaire. La Loi sur la Procédure Civile chinoise du 9 avril 1991 (LPC) fixe les règles de compétence et de procédure judiciaire, avec certains aménagements pour les litiges qui comportent des éléments d'extranéité. Les parties veilleront à choisir avec attention un avocat chinois local compétent, parfaitement au fait des us et coutumes des juridictions locales. L'on notera que la communication des pièces répond à un formalisme contraignant (seuls les originaux font foi, les pièces en langue étrangère doivent être systématiquement traduites et légalisées). Enfin, il faut parfois déplorer un

manque de compétence de certains juges, l'insuffisance de motivation des jugements, le non respect du principe du contradictoire et surtout l'absence de garantie d'impartialité des juges qui entretiennent parfois des relations privilégiées (Guanxi) avec les avocats et parties. Ces critiques ont cependant moins vocation à s'appliquer aux juridictions de grandes villes telles que Shanghai.

Concernant l'exécution des jugements rendus par les tribunaux chinois, l'on se heurtera souvent à des lenteurs et réticences pour mettre en œuvre les mesures d'exécution forcée prévues par la LPC, du fait d'un protectionnisme local. S'agissant de jugements rendus à l'étranger dans un pays signataire de la Convention de la Haye du 1er juillet 1971 ou avec lequel la Chine a conclu un accord bilatéral (la France, dans les deux cas), la reconnaissance ou l'exécution d'une décision peut être refusée en Chine en cas d'incompatibilité avec la souveraineté ou l'ordre public chinois, ce qui relève bien entendu de la « libre » appréciation des tribunaux.

Le recours à l'arbitrage international est donc le mode de règlement des litiges privilégié en raison de sa flexibilité (choix du lieu de l'arbitrage pour échapper au protectionnisme local, de la langue, de la nationalité des arbitres, souplesse dans l'administration de la preuve), de la compétence et neutralité des arbitres, de la confidentialité des débats et de la sentence, du coût et de la rapidité dans l'obtention d'une sentence arbitrale définitive qui pourra être exécutée en Chine. Pour qu'un litige soit réglé par voie d'arbitrage, encore faut-il que les parties soient d'accord sur ce mode de règlement des conflits, et c'est généralement au stade de la rédaction des accords contractuels qu'il convient d'aborder le sujet. Il est également important de noter que la rédaction d'une clause compromissoire (clause d'arbitrage) ne s'improvise pas et qu'il est recommandé de faire appel à un avocat pour que cette clause soit correctement rédigée.

Les parties recourant à l'arbitrage institutionnel soumettront leur litige à la procédure prévue par le règlement de l'institution arbitrale choisie, par exemple la ICC1 ou la CIETAC2. Bien que très populaire en Chine, la CIETAC n'est cependant pas exempte de toute critique3, notamment sur l'indépendance de ses arbitres. Son nouveau règlement du 1er mai 2005 prévoit désormais que les parties peuvent choisir un arbitre en dehors du panel d'arbitres CIETAC, ce qui est plutôt une bonne nouvelle.

Quand les enjeux le justifient et en vue d'une meilleure garantie d'indépendance, il peut être préférable de tenir l'arbitrage hors de Chine, dans l'un des pays ayant, comme la Chine, adhéré à la Convention de New York de 19584 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (par ex., Singapour).

Conformément à la Convention de New York précitée, il est possible de faire exécuter en Chine les sentences arbitrales rendues à l'étranger, sous réserve que la sentence ait été rendue dans l'un des pays signataires de la convention et qu'une demande d'exequatur soit présentée devant les tribunaux chinois. Ils ne pourront refuser de donner sa force exécutoire à la sentence que pour les motifs limitativement prévus par la

¹ Chambre de Commerce Internationale, <http://www.iccwbo.org>.

² China International Economic Trade Arbitration Commission, <http://www.cietac.org.cn>.

³ *Time to Fix China's Arbitration*, Jerome A. Cohen, Far eastern Economic Review, Jan/Feb 2005, (<http://feer.com/articles1/2005/0501/free/p031.html>).

⁴ Convention et liste des pays signataires accessible sur le site <http://www.uncitral.org>.

convention (ex. incapacité, nullité de fond) ainsi qu'avec l'accord de la Cour Suprême Populaire, ce qui constitue indéniablement une garantie.

Une autre voie de recours à l'arbitrage mérite d'être relevée, celle des **arbitrages fondés sur un traité bilatéral d'investissement**. La République Populaire de Chine a conclu un certain nombre de Traités Bilatéraux d'Investissement (BIT) avec d'autres Etats, dont la France depuis 1985. Ces traités ont pour objet de favoriser la coopération économique entre deux Etats et, à cette fin, de créer des conditions favorables pour les investissements des investisseurs chinois en France, et français en Chine par exemple. Dans cet esprit, les BIT comportent en général un certain nombre de dispositions prévoyant qu'un investisseur ne doit pas faire l'objet de discrimination (sous certaines réserves, bien évidemment), qu'il ne sera pas exproprié sans motif et sans indemnité ou encore que si des conditions plus favorables venaient à être accordées par la Chine à un Etat tiers à l'avenir, celle-ci pourraient (le cas échéant) s'appliquer à l'Etat contractant (clause dite de la Nation la plus favorisée). Jusqu'à récemment, les BIT conclus avec la Chine prévoient certes de telles garanties, mais ces dernières s'avéraient néanmoins peu efficaces puisqu'en cas de litige entre un investisseur étranger et la Chine, il revenait d'abord aux tribunaux chinois de décider si l'Etat avait commis ou non une faute, et ce n'est qu'ensuite que le montant de l'indemnité pouvait être tranché par voie d'arbitrage (tel est le système prévu dans le BIT France-Chine). L'hypothèse selon laquelle un tribunal chinois retiendrait la responsabilité de l'Etat étant peu réaliste, peu d'investisseurs étrangers en Chine songeaient à cette voie de recours... La situation a néanmoins évolué au cours des dernières années. En effet, les derniers traités conclus entre la Chine et les Pays-Bas (2004) ou encore l'Allemagne (novembre 2005), prévoient désormais qu'un litige portant sur un investissement (tel que défini dans le BIT) peut être réglé dans son ensemble par voie d'arbitrage. Ainsi, les arbitres sont censés statuer non seulement sur la responsabilité ou non d'une partie mais également sur le montant de l'indemnité éventuellement due. Cette nouveauté laisse entrevoir de nouvelles perspectives pour les investisseurs d'un Etat ayant conclu un traité bilatéral d'investissement avec la Chine. Mais alors...Un investisseur français ne pourrait-il pas invoquer ces nouvelles dispositions plus favorables concernant le mode de règlement des litiges sur le fondement de la clause de la Nation la plus favorisée ? La question reste ouverte et il est probable que cette voie de recours soit envisagée plus sérieusement dans les prochaines années.

En conclusion, la définition d'une stratégie de règlement des litiges ne s'improvise pas et devra être mûrement réfléchi dès le stade des négociations contractuelles avec un partenaire local. Le recours à l'arbitrage international reste la voie la plus recommandée en vue d'une meilleure garantie d'indépendance et d'exécution en Chine des décisions rendues.