



Université Panthéon-Assas (Paris2)
Institut de Droit Comparé

Master 2 Droits français et européen
dirigé par Madame Sophie Gjidara-Decaix

Promotion 2022-2023

**Les limites à la liberté des parties en matière d'arbitrage :
approche comparée franco-chinoise**

Chengxing YANG

Mémoire rédigé sous la direction de Madame Charlotte GUILLARD

Avertissement

L'Université Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciement

Je remercie Madame GJIDARA-DECAIX de m'avoir permis d'intégrer ce master très intéressant et enrichi.

Mes remerciements vont également à Madame Charlotte GUILLARD pour m'avoir laissé le choix de ce sujet et pour le temps qu'elle a consacré à m'apporter les outils méthodologiques indispensables à la conduite de cette recherche.

Abréviation

Al.	Alinéa
Art.	Article
CA	La cour d'appel
C. cass. / Cass.	La Cour de cassation
CCI	Chambre de commerce et d'industrie
civ.	Civil(e)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPC	Code de procédure civile
com.	Commercial(e)
D.	décret
RPC	La République populaire de Chine
CSC	La Cour Suprême de RPC

Sommaire

Avertissement.....	i
Remerciement.....	ii
Abréviation.....	iii
Sommaire	iv
Introduction.....	1
Chapitre 1 – Le principe commun et fondateur de l’arbitrage : la liberté des parties.....	4
I. Au stade de l’accès à l’arbitrage	4
II. Au stade du déroulé de l’arbitrage	12
Chapitre 2 – Les limites à la liberté des parties : disparité et homogénéité.....	20
I. Les limites justifiées par la garantie des droits fondamentaux : lacune en Chine ?...	20
II. Les limites justifiées par l’ordre public.....	26
Conclusion.....	36
Bibliographie.....	38
Table des matières.....	41

Introduction

« L'arbitrage a été inventé pour que l'équité soit applicable »¹. Différente de la justice étatique, cette justice privée est marquée par son origine ancienne et la grande autonomie donnée aux parties. Le mot « arbitrage » désigne plusieurs notions distinctes² :

- Arbitrage non juridique. Comme l'arbitrage politique et sportif, ce genre d'arbitrage ne possède pas le caractère juridique.
- Arbitrage juridique. Dans cette catégorie, nous comptons l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel etc.

Le présent mémoire porte sur l'arbitrage juridique mais limité à l'arbitrage interne, par l'approche comparée du droit français et chinois.

L'arbitrage interne est régi en France par les articles 1442 à 1527 du Code de la procédure civile et les articles 2059 à 2061 du Code civil. Du côté chinois, il existe une loi spécifique pour l'arbitrage qu'est la Loi de l'Arbitrage (entrée en vigueur en 1994). Quelques dispositions procédurales sont dispersées dans la Loi de la procédure civile (promulguée en 1991) avec un chapitre pour l'arbitrage international. La Chine prépare actuellement une réforme profonde de la loi de l'arbitrage. Le projet de loi est publié pour les commentaires publics en 2021 mais n'est pas encore adoptée. L'Interprétation de la Cour Suprême chinoise de ces deux lois est aussi une source importante. A part les textes législatifs, la jurisprudence judiciaire et arbitrale enrichit aussi le droit de l'arbitrage dans les deux pays.

Les deux pays distinguent tous les deux l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Ce dualisme du régime de l'arbitrage est le premier point commun et l'intérêt de comparer les deux systèmes arbitraux. Cette dualité de régimes « implique en réalité un plus grand libéralisme en matière internationale » et l'arbitrage interne « est soumis à des règles plus strictes »³ – selon l'affirmation d'un professeur français qui vaut également pour la Chine.

En comparaison de la longue histoire de l'arbitrage en France depuis des siècles, l'arbitrage est assez récent en Chine. Le terme « arbitrage » existe depuis l'établissement de la République

¹ Aristote, *Rhétorique I*, 1374 b., éd. Les Belles Lettres, 1932.

² Bertrand Moreau et al., *Arbitrage en droit interne – Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2022, 1-10

³ Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Paris, 2016, n° 40.

populaire de la Chine en 1949. Née sous le régime de l'économie planifiée, où la conclusion des contrats dit « économiques » était conditionnée au respect d'instructions administratives, l'arbitrage en Chine comme une résolution des différends était aussi dirigé par l'organe administratif : « L'organe au niveau des arrondissements, dans chaque ville, demeurait au premier degré. En cas de désaccord d'une partie avec la décision, l'affaire pouvait être transférée à un organe de niveau municipal. Dans le cas où l'objet du contrat concernait un projet important, la partie pouvait finalement recourir à la Commission économique nationale »⁴. A cette époque, la cour judiciaire était tout à fait incompétente en cette matière et cette procédure a été appelée « arbitrage forcé ». En 1979, la *Notification relative à la gestion du contrat économique* permet aux parties de contester une « sentence » rendue par l'organe administratif et saisir la cour. L'arbitrage était toutefois considéré comme un acte administratif, car l'organe administratif était à la fois « athlète et son arbitre », ce qui est contraire à l'adage *Nemo iudex in causa sua*. Le caractère administratif s'atténue lors de la réforme économique dirigée par Deng Xiaoping qui demande une ouverture extérieure au monde international et d'adapter les règles de l'arbitrage des pays occidentaux afin de régler les différends dans l'échange avec les autres pays. Même après la promulgation de la loi de l'arbitrage en 1994, ce caractère administratif n'a pas totalement disparu, mais est remplacé par une méfiance contre la justice privée. Il faut attendre la réforme de 2021 de la loi de l'arbitrage pour ouvrir la porte à la véritable évolution de l'indépendance de l'arbitrage moderne, qui est pour but d'élargir la liberté des parties.

Voilà un autre point commun entre les deux pays. Il n'est pas facile pour la France d'abandonner cette méfiance traditionnelle et de donner plus de confiance en arbitrage. Les deux pays acceptent tous les deux la théorie selon laquelle, le choix de l'arbitrage des parties est un synonyme de la renonciation d'une protection étatique. Serait-ce une raison pour imposer des limites aux parties, à une époque où l'on encourage l'arbitrage et où l'on étend la liberté des parties ?

Force est de constater, le principe de la liberté des parties comme un principe cardinal de l'arbitrage qui se manifeste tout au long de l'arbitrage, avant l'ouverture de l'instance arbitrale ainsi que la procédure, bien que les degrés et l'application de cette liberté dans les deux pays ne soient pas si identiques (Chapitre 1). Tout en gardant ce principe fondateur de l'arbitrage,

⁴ Xin Jin, « Les réformes récentes du contrôle judiciaire des sentences arbitrales en Chine », *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional* 33, no 1 (2020) : 127–145 ; Yuquan Li, « Le développement de l'arbitrage en Chine », *Journal de l'Université de Wuhan*, 1993 (27), p. 60.

les deux pays fixent des frontières pour bien encadrer cette liberté par des garanties fondamentales des droits et par le contrôle exercé par le juge étatique (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le principe commun et fondateur de l'arbitrage : la liberté des parties

L'arbitrage est le produit de la volonté des parties et se déroule en dehors des tribunaux de droit commun. Force est de constater que le caractère privé de cette justice détermine le principe fondateur de l'arbitrage qu'est la liberté des parties : en fin de compte, l'arbitrage est une « créature du contrat »⁵.

Si l'arbitrage est avantageux et bien vu des acteurs par le privilège de la liberté des parties, l'arbitrage n'est pas toujours bien reconnu par le droit commun tant en France qu'en Chine. Du principe de prohibition de la clause compromissoire dans l'arbitrage interne dans l'article 2061 de l'ancien Code civil français à la série des réformes de l'arbitrage depuis les années 1980, du caractère fort administratif de l'arbitrage en droit chinois à la grande réforme en préparation de la loi de l'arbitrage chinois en 2021, l'arbitrage a parcouru un long chemin pour acquérir sa place dans le système des modes de règlement des différends.

Cette promotion de l'arbitrage se traduit manifestement par la promotion de la liberté des parties, tant au stade de l'accès à l'arbitrage (I) qu'au stade du déroulé de l'arbitrage (II).

I. Au stade de l'accès à l'arbitrage

L'arbitrage respecte tellement la liberté des parties, que l'ouverture de la procédure d'arbitrage trouve sa légalité dans l'affirmation de cette volonté expresse des parties qu'est la convention d'arbitrage. La validité de la convention d'arbitrage devient ainsi un facteur décisif pour l'accès à l'arbitrage. En outre, le domaine d'application, autrement dit l'arbitrabilité tombe aussi dans l'analyse pour l'accès à l'arbitrage. La promotion de la liberté des parties se manifeste dans l'élargissement du domaine d'application de l'arbitrage (A) et le principe de faveur pour la validité de la convention d'arbitrage (B).

⁵ L'expression consacrée par la Cour suprême américaine : *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960) etc., cité dans Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *Droit de l'arbitrage : théorie et pratique*, LexisNexis, Paris, 2021, n° 10.

A. L'élargissement du domaine d'application

Traditionnellement, l'arbitrage ne touche ni le droit de la personnalité ni le droit personnel : le divorce, les questions d'état des personnes, en sont exclu. Depuis longtemps l'arbitrabilité en droit français se limite à la commercialité. Les anciens articles 1003 et 1004 du Code de procédure civile de 1806, qui ne sont pas entrés dans l'actuel Code de procédure civile (depuis 1971) mais sont intégrés dans le Code civil en tant qu'article 2059 à 2061, interdisent l'arbitrage dans certains domaines, « tous ceux dans lesquels les personnes n'avaient pas la libre disponibilité de leurs droits »⁶ et énumèrent les matières qui ne sont pas ouvertes à l'arbitrage. Alors qu'en Chine, sous le système économique planifié, l'arbitrage était une matière strictement liée à l'administration. A cette époque-là, l'administration chinoise s'occupe d'une double mission : elle est à la fois l'agent public fournissant des services publics et l'arbitre en matière du contrat économique ⁷ (produit de l'économie planifiée). Cette méthode administrative réglant les conflits économiques serait écartée par la nouvelle, et la première loi depuis 1949, de la loi de l'arbitrage en 1994. En revanche, le mouvement de faveur pour l'arbitrage vient à peine de démarrer, et concerne à la fois l'arbitrabilité (1) et le rayonnement de la convention de l'arbitrage (2).

1. L'élargissement de l'arbitrabilité

La France reconnaît toujours l'accessibilité de « toutes les personnes »⁸ à l'arbitrage, ce qui semble d'avoir ouvert la possibilité d'une interprétation assez large pour l'arbitrabilité du sujet, alors que la Chine insiste sur « les sujets égaux » depuis la première version de la loi de l'arbitrage en 1994, même après deux révisions :

« L'arbitrage est possible pour les litiges contractuels et les autres litiges relatifs aux droits de propriété et aux intérêts entre les citoyens, les personnes morales et les autres organisations qui sont les sujets égaux » (Article 2 de la loi de l'arbitrage).

De plus, la loi chinoise utilise l'expression « citoyens », ce qui limite fortement l'arbitrabilité du sujet et exclut l'application aux étrangers. La suppression de cette réserve devrait attendre la réforme en 2021 dont le projet pour avis public prévoit d'enlever l'adjectif « égaux » et de

⁶ Ibid., n° 26.

⁷ En vertu de l'article 2 du Droit du Contrat économique (1981, déjà abrogé), le contrat économique est une convention comprenant l'attribution des droits et obligations des parties, signée entre les personnes morales pour but économique.

⁸ Article 2059 du Code civil français : Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

remplacer « citoyens » par « personnes physiques », afin de faire de la place pour les arbitrages autres que l'arbitrage traditionnel du commerce, tels que celui d'investissement ou du sport. En effet, au fur et à mesure de l'initiative de la Nouvelle route de la soie⁹, le besoin de l'arbitrage devient de plus en plus important suite aux échanges internationaux de plus en plus fréquents et considérables grâce à la Nouvelle route de la soie. Cette adaptation vise à mieux répondre à ce besoin.

Quant à l'arbitrabilité de la matière, nous pouvons observer une ouverture du champ de l'arbitrage qui ne se limite plus à la commercialité en France et une admission progressive de l'arbitrabilité des matières d'ordre public en Chine. Dès l'arrêt *Hecht* qui avait écarté l'ancien article 2061 (« La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi. ») en matière internationale, le droit français insiste encore sur une conception tout de même étroite : dans le décret de 1981, il décrit une « opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international »¹⁰. Cependant, cette ouverture reste dans l'arbitrage international. La France refuse de reconnaître l'arbitrabilité des « matières qui intéressent l'ordre public »¹¹ depuis toujours, la propriété intellectuelle demeure un monopole de l'Etat ainsi que le droit de la concurrence. Mais cette interdiction a été relativisée de plus en plus par la jurisprudence : l'arrêt *Tissot* a affirmé que le seul fait qu'une règle d'ordre public s'applique à un litige n'entraîne pas forcément la nullité d'un compromis arbitral¹² ; par rapport au droit de la concurrence, la Cour de cassation a reconnu l'arbitrabilité d'un litige relevant d'un objectif de *private enforcement* – c'est-à-dire l'indemnisation civile résultant de l'application du droit de la concurrence¹³ ; la Cour de cassation a même reconnu partiellement l'arbitrabilité sur la découverte de la validité du brevet par le tribunal arbitral dans l'arrêt *Victocor Technologies* en 2013¹⁴.

En revanche, la Chine semble plus flexible sur ce point en droit positif. La réserve publique n'est pas plus sévère en comparaison de la France. Dans le domaine d'anti-monopole, l'arbitrabilité est assez délicate : comme le droit de la concurrence est assez récent en Chine, il

⁹ Un projet économique dévoilé en 2013 par le président chinois XI Jinping pour promouvoir le commerce international, qui souhaite lier les pays au long de cette route historique de la soie. La Nouvelle route de la soie lie la Chine, l'Europe et l'Afrique par des routes maritimes et ferroviaires, et puis englobe aussi l'Amérique du Sud.

¹⁰ D. n° 81-500, 12 mai 1981.

¹¹ Article 2060 du Code civil français, al. 1 : 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 ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

¹² Cass. com., 29 nov. 1950, *Tissot*.

¹³ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 355.

¹⁴ V. Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-16.864.

n’y pas de précision sur cette question en droit ou en pratique ; il n’existe pas des dispositions claires sur son arbitrabilité de la sorte que les juridictions ne sont pas unanimes. Ni le Droit de l’arbitrage ni la loi d’anti-monopole n’a exclu expressément la possibilité de l’arbitrage. La Cour suprême de la République chinoise montre une attitude similaire envers le conflit de l’accord de monopole et l’abus de position dominante : pour l’accord de monopole, la Cour juge que les conflits déduit de cet accord ne font pas partie des conflits civils ordinaires, il s’agit de l’ordre juste de la concurrence et de l’intérêt public, le différend excède le champ de la convention de l’arbitrage, l’affaire est donc non arbitrale¹⁵, ou pour raison de la violation d’égalité, car les sujets ne sont pas égaux à cause de la position dominante d’une partie (V. *infra*, Chapitre 2, I., B.) ; mais pour l’abus de position dominante, même si, dans la plupart des cas, la matière est jugée non arbitrale, la Cour a reconnu l’arbitrabilité en raison de l’intime lien entre le contrat en question¹⁶. Il faut signaler que dans le dernier cas, l’analyse de la Cour ne se concentre pas sur l’affirmation du caractère « public » du droit de la concurrence. La Cour juge que le litige reste essentiellement dans l’exécution du contrat de distribution, ce qui montre que la Cour s’incline à examiner si l’arbitrage excède l’effet relatif du contrat. Alors que pour le droit des propriétés intellectuelles, le Droit de l’arbitrage n’exclut pas non plus la possibilité d’être arbitrale. L’article 2 inclut tous les litiges concernant le droit patrimonial et l’article 3 n’exclut pas la propriété intellectuelle¹⁷.

2. L’extension de la convention de l’arbitrage

Normalement la convention de l’arbitrage respecte l’effet relatif et contractuel entre les signataires, mais il est très habituel que plusieurs personnes interviennent avec plusieurs contrats autres que celui comportant une clause compromissoire. L’extension de la clause compromissoire pourrait être fondée en principe par une présomption du consentement des « non-signataires ».

La France distingue deux types d’extension dans le cas où existe un groupe de contrats : extension *ratione materiae* et *ratione personae*.¹⁸ Celle-ci implique le rayonnement de la clause compromissoire aux contrats tiers et des personnes tierces au contrat, et celle-là repose sur d’autres contrats signés par les mêmes parties au contrat contenant la clause compromissoire.

¹⁵ La Cour Suprême de la République populaire de Chine, le tribunal de la propriété intellectuelle du deuxième ressort sur le conflit de la compétence, n° 218 (2021), n° 356 (2019), n° 46 (2019) et n° 47 (2019). ((2021)最高法知民辖终 218 号, (2019)最高法知民辖终 356 号, (2019)最高法知民辖终 46 号, (2019)最高法知民辖终 47 号.).

¹⁶ CSC, le tribunal civil de la cassation, n° 6242 (2019). ((2019)最高法民申 6242 号.).

¹⁷ Article 3 énumère les matières inarbitrables : le mariage, l’adoption, la tutelle et les mesures protectives des majeurs, la succession et les litiges administratifs relevant de la compétence administrative.

¹⁸ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 604.

La méthode objective est d'apprécier le degré de l'indivisibilité des contrats, qui démontre une intention commune des parties et permet d'étendre l'effet réel de la convention d'arbitrage. La distinction est plutôt d'une question du « degré d'intensité du contrôle pour déduire la volonté des parties ». ¹⁹ Cependant, la France refuse fermement d'étendre la clause compromissoire au garant et à la caution. La cour d'appel de Paris a même refusé d'étendre la clause compromissoire à une société garante d'une société qui appartient au même groupe ²⁰. Le caractère indivisible et accessoire du cautionnement et des garanties aurait pu justifier l'extension. Le refus de la Cour de cassation montre une certaine disharmonie de sa jurisprudence.

La Chine est moins réticente pour l'extension de la clause compromissoire du contrat principal au contrat accessoire. Initialement, la Cour Suprême de Chine (CSC) refusait cette extension. Dans un arrêt de 2013, la Cour jugeait que la clause compromissoire du contrat de vente ne s'applique qu'aux parties du contrat, non aux parties au contrat de garantie ²¹. L'interprétation juridique refusait d'admettre l'extension d'une clause compromissoire dans un contrat aux autres contrats du même groupe, en insistant sur l'indépendance des contrats du groupe ²². Mais la réforme de 2021 est revenue sur cette solution : l'article 24 énonce de manière générale l'extension de la clause compromissoire du contrat principal au contrat accessoire qui ne la contient pas. Le contrat accessoire est compris comme celui permettant d'assurer l'exercice du contrat principal. Aussi, il ne paraît pas excessif de déduire que les parties au contrat accessoire ont connaissance de la clause compromissoire insérée dans le contrat principal. De même, cette tendance pourrait se traduire par la volonté de régler le litige « en une seule fois » en Chine – en France, on appelle cela « l'unité du litige ». Est-ce que ce revirement déroge à la volonté des parties ? La question se pose légitimement car la relation des contrats principal et accessoire n'est pas la même et leurs buts peuvent varier. La prudence de la jurisprudence française en cette matière pourrait se justifier, au moins, parce que l'on prive la liberté contractuelle pour choisir le mode de régler le litige du garant quand on lui pèse déjà une responsabilité rigide ? Si les deux pays démontrent une attitude différente face à l'extension aux contrats de garantie, ils constituent un front uni pour l'extension dans les relations sociétaires. Du côté français, à part le critère de l'indivisibilité du contrat comprenant la clause compromissoire, la

¹⁹ Ibid., n° 606.

²⁰ CA Paris, 7 juillet 1994, cité dans Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 631.

²¹ CSC, le tribunal civil du deuxième ressort, n° 69 (2013). ((2013) 民二终字第 69 号).

²² Bureau des affaires législatives du Conseil des Affaires d'Etat de RPC, *Notes de la loi de l'arbitrage de RPC*, Maison d'édition juridique de Chine, Beijing, 2014, n° 12. (《中华人民共和国仲裁法注解与配套》, 国务院法制办公室编, 中国法制出版社, 2014 年版, 第 12).

jurisprudence y ajoute la présomption de la connaissance de la clause compromissoire de l'associé (dans les statuts de la société) et du dirigeant (dans le règlement intérieur de la société). Le projet de loi chinois est plus audacieux sur ce point que la France en insérant un nouvel article 25 pour l'extension aux action dérivées (d'actionnaire) non seulement pour le fait de l'existence d'une clause compromissoire dans les statuts ou le règlement intérieur, mais de tous les contrats signés entre la société et l'autre partie. Les articles 24 et 25 sont tous sur l'extension et visent deux hypothèses très concrètes. Il ne faut pas nier l'effet positif en pratique car ces deux cas sont tous très fréquents. En revanche, pourquoi le projet ne comprend pas la jurisprudence – l'interprétation de la CSC qui peut être invoquée devant le tribunal – qui précise l'extension au cas de la transmission du contrat et de la séparation ou fusion de la société ? Si la loi de l'arbitrage souhaite prévoir l'extension de la convention d'arbitrage, un article général ne serait-il pas plus efficace ?

En fin de compte, la tendance commune des deux pays est l'élargissement du domaine d'application de l'arbitrage et le rayonnement de la convention d'arbitrage, non seulement en raison d'une présomption de consentement des parties tout en respectant leurs volontés, mais également afin d'assurer la promotion de ce mode du règlement des litiges qui pourrait économiser les ressources de justice.

B. La validité de la convention d'arbitrage : souplesse du droit chinois et réserve du droit français

La validité de la convention d'arbitrage constitue naturellement une problématique cruciale pour l'accès à l'arbitrage. Les exigences posées en droit français quant à la forme de la convention d'arbitrage sont plus sévères que la Chine. D'abord, on constate qu'en France, la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire a pris du temps (1) ; ensuite, le droit français connaît des conditions de validité de la convention d'arbitrage plus sévères (2).

1. Le long chemin de la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire en France

En effet, la France a mis longtemps à accepter la clause compromissoire. Elle n'admettait pas la validité de la clause compromissoire depuis l'arrêt *Prunier* (1843), sauf en matière d'assurances maritimes²³. L'article 2061 de l'ancien Code civil français prévoyait purement et

²³ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 27.

simplement que : « La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi. » Le refus de reconnaissance de la validité des clauses compromissoires a duré jusqu'au décret du 14 mai 1980, qui a affirmé la validité de la clause compromissoire dans l'article 1442 du Code de procédure civile : « La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat » tout en gardant les limites de l'article 2061. La modification de ce dernier a été opérée par la loi NRE du 15 mai 2001. Le nouvel article 2061 du Code civil a reconnu la validité de la clause compromissoire dans les contrats conclus « à raison d'une activité professionnelle », ce qui était plus large que la notion d'activité commerciale dégagée dans l'arrêt *Hecht*. La réforme de l'article 2061 est devenue « radicale »²⁴ par la loi du 18 novembre 2016 : « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée » (al. 1). De 1843 à 2016, il a fallu à peu près deux cents ans pour que la France reconnaisse la validité de la clause compromissoire de manière générale, mais encore, sous réserve de l'inopposabilité de cette clause aux non-professionnels dans l'alinéa 2.

Il serait difficile pour les juristes chinois de comprendre cette méfiance de la France vis-à-vis de la clause compromissoire, étant donné que la Chine a reconnu la validité de la clause compromissoire depuis 1993 par la loi du contrat économique (déjà abrogée, article 42 : « (...) pourrait demander l'arbitrage sous le fondement de la clause compromissoire dans le contrat en question ou du compromis après la conclusion du contrat. »). Nous pouvons trouver la source de cette méfiance dans les « dangers qu'elle [la clause compromissoire] présente pour les signataires »²⁵ : il serait trop tôt pour les parties de décider de s'engager dans l'arbitrage quand elles ne connaissent pas encore l'objet du litige ainsi que le risque suivi.

Ce long chemin indique une sorte de « paternalisme » de la France, ce qui explique sa méthode semblant paradoxale : elle souhaite protéger la liberté des parties, tout en limitant leur liberté. Néanmoins, les législateurs d'aujourd'hui montrent une tendance à « soulager » les acteurs et leur proposent plus d'espace de liberté.

2. La souplesse du droit chinois, proposée dans le projet de loi 2021

Au cours des deux révisions de la loi de l'arbitrage chinois (2009 et 2017), seule une condition relative à la qualité d'arbitre a changé. Pour être valable, la convention d'arbitrage doit toujours être conclue à l'écrit et contenir les éléments suivants :

- La volonté des parties de recourir à l'arbitrage ;

²⁴ Ibid., n° 38.

²⁵ Blaise J.-B., Desgorges R., *Droit des affaires*, Lextenso, Paris, 2021, n° 309.

- L'objet du litige ; et
- La désignation d'une commission d'arbitrage (institution).

L'exigence de « l'écrit » est la même qu'en France. Elle peut aussi « résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »²⁶. La grande distinction entre la France et la Chine demeure dans les deux derniers éléments. Pour l'objet du litige, la France n'exige pas un objet très précis dans une clause compromissoire car elle est écrite à l'avance sans litige. Dans un compromis, il faut être plus précis. Le compromis qui se contente de demander aux arbitres de trancher « tous les problèmes en suspens » a été jugé nul pour raison d'imprécision de la détermination du litige²⁷. La Chine quant à elle ne distingue pas les deux situations. Le tribunal arbitral et la cour en Chine ont une conception large de l'objet du litige ; la seule exigence est qu'il y ait un objet. Le caractère protectionniste du droit de l'arbitrage français explique cette distinction assez méticuleuse.

En fait, le problème le plus fréquent qui affecte la validité de convention d'arbitrage en Chine, se concentre sur la désignation de la commission d'arbitrage. Il n'existe que l'arbitrage institutionnel en Chine (des pilotes pour l'arbitrage *ad hoc* existent mais très peu), ce qui pourrait expliquer l'exigence sévère sur la désignation de la commission d'arbitrage. Si la France partageait cet avis et exigeait la désignation des arbitres, il ne l'aurait plus depuis 2011. Le décret de 2011 a « libéralisé »²⁸ les règles concernant les clauses « blanches » qui ne prévoyaient pas la désignation des arbitres, elles sont désormais valables. La désignation de la commission d'arbitrage d'après le droit chinois est assez complexe : il faut désigner l'institution correctement en son nom et les règles applicables. Les conséquences du manquement de cette désignation claire varient selon les différentes situations. L'interprétation de la CSC a consacré 4 articles pour les préciser : sans désignation de l'institution, la cour ne reconnaît pas en principe la convention d'arbitrage ; la nomination de l'institution incorrecte n'entraîne pas forcément l'invalidité de convention d'arbitrage. Cela dépend si la volonté de recourir à l'arbitrage est assez claire ; sans désignation de l'institution mais avec la désignation des règles applicables, il faut que les parties puissent conclure un compromis ou un accord complémentaire précis.²⁹ Cependant, cette exigence est supprimée dans le projet de loi 2021 : tout l'ancien article 16 a été supprimé et remplacé par le nouvel article 21 qui préserve seulement la condition de « l'écrit » et la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. La condition de validité serait

²⁶ CPC, art. 1443, al. 1 : « À 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 »

²⁷ Cass. 2^e civ., 2 juillet 1970, n^o 69-10.609.

²⁸ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n^o 473.

²⁹ Bureau des affaires législatives du Conseil des Affaires d'Etat de RPC, *op.cit.*, n^o 11.

largement assouplie si le projet était approuvé. L'esprit est de favoriser la validité de la convention d'arbitrage. Le projet insère ainsi un nouvel article 35 pour régler le problème de l'absence d'une désignation claire de l'institution arbitrale (le projet utilise le mot « institution » au lieu de « commission » pour s'aligner sur la terminologie internationale) en s'appropriant l'interprétation de la CSC : sans désignation d'une institution arbitrale et si les parties n'arrivent pas à conclure un accord complémentaire, ils peuvent demander à l'institution arbitrale du lieu commun de résidence des parties. S'il n'y a pas de lieu commun, c'est la première institution arbitrale qui reçoit la demande qui est compétente. Attention que le lieu de cette institution soit différent à ceux des parties. Cette souplesse protège bien sûr la volonté des parties de s'engager dans l'arbitrage mais provoque aussi le problème du conflit de la compétence du tribunal arbitral. Il est vrai que ces nouveautés poussent la promotion de l'arbitrage, est-ce que cette validité extrêmement souple va trop loin ?

Au stade de l'accès à l'arbitrage, l'élargissement du domaine d'application et la validité de plus en plus souple de la convention d'arbitrage sont les deux grandes manifestations de la promotion du principe de liberté des parties. Le projet de loi chinois 2021 prend cet avancement à grand pas et voudrait changer profondément la loi de l'arbitrage de 1994 pour s'aligner sur les normes internationales. Qu'en est-il au stade du déroulé de l'arbitrage ? Alors que la France respectait déjà ce principe au stade de la procédure de l'arbitrage, ce grand revirement chinois se révèle aussi.

II. Au stade du déroulé de l'arbitrage

Suite à la confirmation de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage, la question suivante est la procédure de l'arbitrage pendant laquelle l'enjeu est la répartition du pouvoir donné aux arbitres, par rapport aux juges étatiques. Afin de protéger l'autonomie de l'arbitrage, il faut bien protéger la « sécurité arbitrale » de l'intervention judiciaire, ce qui constitue aussi une manifestation du respect de la liberté des parties. En observant le principe fondateur de l'arbitrage – la liberté des parties, la France adopte traditionnellement le principe dit de « compétence-compétence » et respecte les limites imposées aux arbitres par la convention d'arbitrage. La réforme de 2021 en Chine s'intéresse aussi au principe compétence-compétence (A) et le respect du pouvoir investi par les parties (B).

A. L'appropriation du principe compétence-compétence en Chine

Le terme « compétence-compétence » trouve son origine en droit allemand et a été importé en France en 1886³⁰. Ce principe se présente plutôt comme un ensemble de règles juridiques en matière de la répartition du pouvoir des arbitres et des juges étatiques. Selon la Cour de cassation, le principe de compétence-compétence est le principe « selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage »³¹. Cette priorité permet à la clause d'arbitrage de primer sur une clause attributive de juridiction dans un même contrat (Cass. 2^e civ., 18 décembre 2003, n° 02-13.410). Le principe compétence-compétence possède deux faces : l'effet positif (1) et l'effet négatif (2).

1. L'effet positif du principe compétence-compétence

L'admission de l'effet positif du principe compétence-compétence s'est faite très tôt en France. Dès 1818 la jurisprudence a admis le principe, avant même que le terme d'origine allemande ait été importé en France³². Et puis le Code de procédure civile a expressément consacré cette règle dans l'article 1465 : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel » Cette compétence clairement exclusive du tribunal arbitral est une technique assez puissante pour protéger l'indépendance de l'arbitrage face aux juges étatiques et la volonté des parties sur le fondement d'une convention d'arbitrage valable. Différente de la France, la Chine privilégie la juridiction judiciaire lors de la première version de la loi de l'arbitrage depuis 1994. Il n'existe pas un article équivalent à l'article 1465 du CPC français dans la loi de l'arbitrage chinois. En effet, on peut déduire un principe de « soit arbitrage soit justice étatique »³³ de l'article 5 : « Si les parties parviennent à une convention d'arbitrage et que l'une d'entre elles intente un procès au tribunal populaire³⁴, ce dernier ne l'accepte pas, sauf si la convention d'arbitrage n'est pas valable. » D'abord, il ne faut pas nier que cet article exclue la juridiction du tribunal populaire des litiges relevant d'une convention d'arbitrage. Le tribunal populaire doit respecter la volonté des parties qui sont déjà parvenues à choisir l'arbitrage pour régler leur conflit. Cependant, l'exclusion se base sur la validité de la convention d'arbitrage dont le pouvoir d'appréciation n'est pas exclusif pour les arbitres et même plutôt dans les mains des juges étatiques (article 20, détails dans la partie suivante). Cette

³⁰ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 531.

³¹ Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-12.101.

³² Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 536.

³³ Terme utilisé à lettre dans la loi de l'arbitrage de 1994, article 5.

³⁴ Nous ne distinguons pas le tribunal judiciaire et administratif en Chine, il existe seulement un type de tribunal qu'est le « tribunal populaire »

réserve est assez floue et large, et donne une grande possibilité aux juges étatiques de déroger aux effets de la convention d'arbitrage. Ensuite, l'article 5 n'admet pas directement ce pouvoir exclusif aux tribunaux arbitraux. En ce sens-là, il n'y a pas de véritable effet positif du principe compétence-compétence reconnu par le législateur en Chine, en l'absence d'une affirmation aussi définitive que celle de la France dans l'article 1465. Le système chinois reconnaît plutôt l'effet négatif du principe compétence-compétence, mais plus légèrement qu'en France, à cause de la priorité donnée au tribunal populaire. La réforme de 2021 n'introduirait pas non plus l'effet positif, mais consacrerait un changement important par rapport à l'effet négatif.

Il semble que la Chine est mal à l'aise de reconnaître des pouvoirs juridictionnels aux juges autres que les juges étatiques, à point qu'elle reste toujours réticente à accréditer positivement les tribunaux arbitraux. Plutôt que d'affirmer la juridiction exclusive des arbitres, la législation chinoise préfère aller dans le sens contraire et exclure la compétence des juges étatiques dans certaines situations, leur conférant ainsi une plus grande sphère du pouvoir. La protection de la justice étatique n'en est pas moins nuisible à la liberté des parties selon laquelle l'arbitrage a été prévu. Néanmoins, la réforme de 2021 changerait cette atmosphère.

2. L'effet négatif du principe compétence-compétence

L'effet positif n'est pas suffisant pour l'arbitre qui dispose « de la plénitude de sa compétence »³⁵ lorsque la convention d'arbitrage est valable. Comme écrit dans l'ouvrage de Jalal El-Ahdab et Daniel Mainguy :

*« Il ne servirait à rien, en effet, d'affirmer que le tribunal arbitral est compétent en vertu d'une convention d'arbitrage et qu'il est compétent pour apprécier sa propre compétence, si, en même temps, le juge étatique pouvait apprécier cette compétence ou, pire, se considérer comme valablement saisi par une partie, celle qui ne souhaite pas se soumettre à la clause compromissoire ».*³⁶

Par conséquent, le juge n'aurait compétence qu'en l'absence d'une convention d'arbitrage, ou pour cause de sa nullité. Deux situations sont donc envisageables pour éclairer quel tribunal est compétent : quand le tribunal arbitral a déjà été saisi – le juge doit se déclarer incompétent en France comme en Chine. Quand le tribunal arbitral n'est pas encore saisi – les deux systèmes retiennent des solutions différentes.

Se pose ainsi la question du pouvoir d'apprécier la validité de convention d'arbitrage avant de constituer un tribunal arbitral. Autrement dit, à quel point le juge étatique peut intervenir et contrôler la convention d'arbitrage et de quelle manière, par quel critère ?

³⁵ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 539.

³⁶ *Ibid.*, n° 544.

Pour la France, la réponse est claire. L'article 1448 de CPC alinéa 1 prévoit : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». L'alinéa 2 de l'article 1448, prévoyant que « La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence » est fait pour éviter que le juge étatique impose l'exécution forcée de la convention d'arbitrage au contraire de la volonté des parties, si une partie le saisit et l'autre partie ne soulève pas l'incompétence du juge – ce qui signifie qu'elles ont renoncé à l'arbitrage. Il en est de même en Chine, selon l'article 26 de manière plus détaillée : si « (...) ; l'autre partie n'oppose pas la compétence du tribunal populaire avant la première session de la cour, la convention d'arbitrage est réputée avoir fait l'objet d'une renonciation et le tribunal populaire procède au procès. » La compétence résiduelle du juge étatique se limite alors au contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de convention d'arbitrage. La Cour de cassation exige un contrôle *prima facie* en soulignant le caractère « manifeste »³⁷. C'est un contrôle assez limité et superficiel qui se concentre sur l'examen de l'existence d'une convention d'arbitrage, par exemple, dans un contrat lié au contrat comprenant une clause compromissoire. La Cour de cassation a jugé en 2019 que le juge étatique devait procéder à un « examen sommaire » de la validité de la clause d'arbitrage, au cours duquel « tout contrôle substantiel et approfondi » est exclu³⁸.

Cette priorité n'est pas donnée aux arbitres en Chine. En réalité, l'article 20 de la loi de l'arbitrage, alinéa 1 a expressément consacré la priorité au tribunal populaire : « Si les parties contestent la validité de la convention d'arbitrage, elles peuvent demander à la commission d'arbitrage ou au tribunal populaire de prendre une décision. Si une partie demande à la commission d'arbitrage et que l'autre partie demande au tribunal populaire de prendre une décision, le tribunal populaire prend une décision ». L'esprit du législateur est le même pour les articles 20 et 5 qui traduisent une méfiance vis-à-vis des arbitres ou une confiance seulement pour les juges étatiques. Si la France démontre un paternalisme envers les parties, peut-être que la Chine consacre une omnipotence des juges étatiques. Le refus de reconnaître la compétence exclusive des tribunaux arbitraux non seulement méprise la volonté de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage prévue par les parties, mais également fait naître des litiges superflus et encombre les juridictions étatiques qui sont déjà inondés par les actions. En revanche, cette habitude pourrait être renversée par la réforme de 2021, qui reconnaît cette priorité et

³⁷ Ibid., n° 525.

³⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2019, n° 18-18.292.

exclusivité des tribunaux arbitraux en créant un nouvel article 28 : « Si les parties contestent l'existence, la validité de convention d'arbitrage ou la compétence du litige, il faut l'énoncer dans le délai prévu par le règlement arbitral, et le tribunal arbitral prendra la décision (al. 1). (...) La contestation faite par une partie directement devant le tribunal populaire sans passer par la procédure de l'alinéa 1 du présent article serait réputée irrecevable (al. 3). » Si la réforme de 2021 était adoptée, les parties n'auraient plus la possibilité de bloquer la procédure arbitrale par la contestation de la validité de la convention d'arbitrage à la cour judiciaire. Il y a là un revirement important pour l'appropriation du principe compétence-compétence en Chine, ainsi que pour le respect du principe de la liberté des parties.

B. Le pouvoir des arbitres investis par les parties

Très différent d'un procès devant un tribunal étatique, les parties possèdent un grand pouvoir pour choisir leurs juges dans une procédure d'arbitrage. C'est aussi la raison pour laquelle les juges arbitraux doivent respecter les limites établies par les parties : ils sont nommés par les parties, et ils acceptent les missions qui leur sont confiées selon les règles aussi choisies par les parties. La liberté des parties est ainsi incarnée dans la désignation des arbitres (1) et le choix du droit applicable à l'arbitrage (2).

1. La désignation des arbitres

Force est de constater que c'est la volonté des parties qui fonde la constitution du tribunal arbitral, c'est aussi un avantage considérable par rapport à la justice étatique, qui rend l'arbitrage plus séduisant et plus fiable. Pour la France, les règles sont les articles 1451 à 1460 du CPC. La désignation n'est effective que si elle est née de l'accord des deux parties. Les parties ont d'abord la liberté de déterminer le nombre d'arbitres. En vertu de l'article 1451 du CPC, « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ». Le choix est généralement entre un ou trois arbitres pour des raisons économiques³⁹. Deux procédés sont susceptibles d'être utilisés pour la désignation : nomination directe dans la convention d'arbitrage ou prévoir la modalité de la désignation (CPC, art. 1444)⁴⁰. Il peut aussi se faire par une sélection d'arbitres dans une liste convenue par les parties dans la convention d'arbitrage⁴¹. Le format est assez flexible et donne aux parties une grande liberté d'agir. Le système est différent en Chine. Les parties n'ont que le choix entre un ou trois arbitres. Selon

³⁹ Jean-Baptiste Racine, *op.cit.*, n° 415.

⁴⁰ *Ibid.*, n° 416.

⁴¹ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 810.

l'article 30 de la loi de l'arbitrage : « Le tribunal serait composé d'un ou trois arbitres, dans un tribunal de trois arbitres, il faut désigner un président du tribunal »

Quant à la modalité de la désignation, la question épineuse se trouve dans la désignation du troisième arbitre. Normalement il y a deux modalités populaires pour cette désignation : l'une comme dans le règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (Chambre de commerce et d'industrie), le troisième arbitre est désigné directement par l'institution ; l'autre comme le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), le troisième arbitre est désigné par les deux arbitres choisis par les parties, sinon par l'institution.

Du côté français, c'est plus proche de la modalité exercée par CNUDCI, sauf l'intervention du juge d'appui, qui peut intervenir en cas de difficulté de la désignation des arbitres (souvent c'est le Président du tribunal judiciaire et le cas échéant, le Président du tribunal commercial), dans l'arbitrage interne. Selon l'article 1452 du CPC, dans le cas des 3 arbitres, chaque partie peut choisir « son » arbitre et les deux arbitres désignent ensemble le troisième, qui serait aussi le président du tribunal. Si les deux arbitres rencontrent des difficultés pour désigner « leurs » arbitres ou le troisième dans un délai d'un mois, « la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation »⁴². En revanche, comme il n'existe que l'arbitrage institutionnel en Chine, il n'est pas possible pour les parties de prévoir la modalité de désignation dans la convention d'arbitrage. Même si la réforme de 2021 prévoit l'arbitrage *ad hoc* dans un chapitre 7, c'est uniquement pour l'arbitrage international et les simples 3 articles concernés ne suffisent évidemment pas pour la réalisation de ce régime. L'article 31 de la loi de l'arbitrage chinoise qui consacre la désignation du troisième arbitre est un peu flou : « (...), le troisième arbitre serait désigné par les parties ensemble ou par le président de l'institution sur la base de la commission commune des parties ». Il est complété par l'article 32 précisant que « si les parties n'arrivent pas à déterminer la constitution du tribunal ou la désignation des arbitres dans le délai fixé par le règlement d'arbitrage, il sera à la charge du président de l'institution ». La réforme de 2021 change un petit peu cette règle en détaillant l'ordre du choix dans le nouvel article 51 : « le troisième arbitre serait désigné par l'accord des parties, sinon par les deux arbitres désignés ; si les deux arbitres n'y arrivent pas, par l'institution ». C'est un mélange des deux modalités populaires tout en réservant la priorité du choix convenu par les parties. Le seul problème est que, même si le système mis en place semble respecter la liberté des parties, les parties sont très souvent en état de confrontation et

⁴² CPC, article 1452, 2°.

ne sont pas capables de désigner ensemble un troisième arbitre. La règle s’inscrit donc plutôt comme un objectif idéaliste qui est difficile à réaliser en pratique.

En fin de compte, ce caractère « libre » est dans l’ensemble partagé dans les deux pays en matière du choix des arbitres.

2. Le choix du droit et des règles applicables à l’arbitrage

L’arbitrage est marqué par ce « véritable principe de liberté dans la détermination des règles applicables à la procédure », qui est « relativement inédit » en comparaison des tribunaux étatiques devant lesquels la procédure est classiquement dotée d’une « forte impérativité »⁴³ Ce principe est énoncé dans l’article 1464, al. 1 du CPC français : « A moins que les parties n’en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». Clairement, les arbitres sont dispensés de suivre les règles de procédure prévues pour la justice étatique tout en respectant la volonté des parties, sauf exception : « les principes directeurs du procès énoncés » (al. 2 du même article) dans les trois premiers livres du CPC. En ce sens, l’arbitre est certainement un juge, mais « au service des parties »⁴⁴. Au cas contraire, l’arbitre s’exposerait à une censure au motif qu’il n’aurait pas respecté la mission à lui confiée par les parties. Il serait que l’on considère que l’application du droit interne pour l’arbitrage d’un contrat de droit interne est d’ordre public. On pourrait considérer que, pour l’arbitrage d’un contrat de droit interne, l’application du droit interne est si naturelle et logique qu’elle est d’ordre public. En fait, « rien n’interdit de soumettre un contrat interne à une loi étrangère, à supposer que cette détermination n’affecte pas les règles de l’ordre public interne »⁴⁵. Notamment dans le cas des conditions générales de vente ou d’utilisation des sites marchands sur l’Internet, ce qui correspond bien l’article 3 § 3 du Règlement (CE) n° 593/2008⁴⁶.

Si la France ouvre le choix des parties en faisant entrer la loi étrangère, il n’en est pas de même en Chine. Pour le choix du règlement de procédure, les parties ne peuvent que choisir celui d’une institution d’arbitrage – car il n’existe que l’arbitrage institutionnel en Chine. Cependant, la réforme de 2021 envisage de modifier cette règle rigide et soulage cette limite. Le nouvel article 30 al. 1 et al. 2 prévoit clairement la liberté du choix convenu par les parties :

« Les parties peuvent convenir de la procédure d’arbitrage ou des règles d’arbitrage applicables, sous la réserve des dispositions impératives de la présente loi.

⁴³ Jean-Baptiste Racine, *op.cit.*, n° 567.

⁴⁴ *Ibid.*, n° 571.

⁴⁵ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 883.

⁴⁶ *Ibidem.*

Si les parties ne se sont pas mises d'accord ou si leur volonté n'est pas claire, le tribunal arbitral peut conduire l'arbitrage de la manière qu'il juge appropriée, sous le réserve des dispositions impératives de la présente loi. »

Quant au droit applicable, la loi n'est pas si claire : « L'arbitrage doit permettre de résoudre les litiges de manière équitable et raisonnable, sur la base des faits et conformément au droit » (article 7 de la loi de l'arbitrage). L'article ne précise pas « lequel droit » doit être conforme. Mais la jurisprudence donne sa réponse : « Il faut appliquer le droit chinois au contrat et à la clause d'arbitrage qu'il contient, que les parties en aient ou non expressément convenu »⁴⁷. L'arbitrage interne n'est toujours pas plus libre que l'arbitrage international.

Il est vrai que la Chine est plus réservée que la France, notamment sur le pouvoir du tribunal arbitral, tant par les parties que par l'Etat. Si la France a finalement réussi à surmonter la méfiance qu'elle avait contre l'arbitrage, la Chine vient d'entamer ce processus.

Bien que l'arbitrage soit caractérisé par le principe de la liberté des parties, il n'est pas entièrement gouverné par cette volonté contractuelle. Il faut toujours trouver un équilibre entre le pôle contractuel et le pôle juridictionnel, le droit impose ainsi des limites à cette liberté.

⁴⁷ La deuxième Cour intermédiaire de Beijing, tribunal civil, n° 10670, 2013 ((2013)二中民特字第 10670 号). L'ordre de la justice étatique chinoise : la cour populaire – la cour intermédiaire – la cour supérieure – la Cour Suprême.

Chapitre 2 – Les limites à la liberté des parties : disparité et homogénéité

« Si l'arbitre est au service des parties, il n'en devient pas le serviteur »⁴⁸. L'arbitrage n'est pas un jouet Play-Doh pour les parties, les arbitres ne sont non plus des marionnettes agissant sous la commande des parties. En revanche, il ne faut pas ignorer le double statut de l'arbitre : il est aussi un juge, un arbitre juge. En tant que juge, l'arbitre doit respecter deux autres caractéristiques essentielles de l'arbitrage : l'efficacité et le plus important, l'égalité. Pour trouver cet équilibre, sont imposées des limites à cette liberté inédite par rapport à la justice étatique, et elles sont justifiées par les garanties des droits fondamentaux (I) et l'ordre public (II). Il faut signaler que la Chine comme la France, les deux pays veulent protéger les intérêts et les droits légitimes des parties tout en imposant des limites à leur liberté, mais parmi toutes les valeurs en conflit dans l'arbitrage, la priorité n'est pas la même dans les deux pays ainsi que le dispositif pour la réaliser.

I. Les limites justifiées par la garantie des droits fondamentaux : lacune en Chine ?

Comme dit dans l'article 7 de la loi de l'arbitrage chinoise, le but de l'arbitrage est de régler des différends, naturellement, mais il ne faut pas oublier, de manière équitable et raisonnable. Malheureusement la loi chinoise ne se développe pas beaucoup en ce sens. Il semble, sur ce point, lacunaire. La France quant à elle, pays natal des droits de l'homme, a beaucoup évolué en cette matière. Après la présentation de ces garanties fondamentales (A), on va voir leur application possible en Chine (B).

⁴⁸ Jean-Baptiste Racine, *op.cit.*, n° 571.

A. Les garanties fondamentales du droit de l'arbitrage français

La liberté ne saurait être absolue. Tout en accordant cette aisance aux parties, le droit de l'arbitrage français arme aussi l'arbitre des garanties fondamentales afin d'assurer l'efficacité ainsi que de protéger la partie plus faible. Il existe non seulement les principes directeurs du procès civil classique (1), mais également les principes fondamentaux tels que le principe de la contradiction et le principe d'égalité des parties (2).

1. Les principes directeurs du procès civil

En vertu de l'article 1464 alinéa 2, « les principes directeurs du procès civil » sont articulés dans l'article 4 à 10, premier alinéa de l'article 11, deuxième et troisième alinéa de l'article 12 et les articles 13 à 21, 23 et 23-1. Parmi lesquels, le principe de la contradiction et le principe d'égalité seront traités dans la partie suivante.

Même si la convention d'arbitrage prévoit que les arbitres « déterminent la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques », les principes directeurs sont toujours applicables. L'arbitre est tenu d'abord du principe dispositif selon lequel ce sont les parties qui déterminent l'objet du litige (CPC, art. 4) et l'arbitre doit donc statuer sur ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé (CPC, art. 5). Au titre du contrôle du respect de sa mission, la sentence *ultra petita* risque d'être annulée (CPC, art. 1492, 3°). Ensuite les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions (CPC, art. 6), et l'arbitre ne saurait fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat (CPC, art. 7). Enfin l'arbitre a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (CPC, art. 10), par exemple, de décider d'office d'une expertise⁴⁹.

Tous ces principes sont également applicables lorsque l'arbitre dispose des pouvoirs d'amiable compositeur (à ce statut, l'arbitre peut écarter les règles de droit et juger en fonction de l'équité). Il est clair que l'arbitre n'est point un serviteur des parties mais un vrai juge disposant des pouvoirs de « contrôler » la progression du tribunal arbitral. Ces limites à la sentence sont en réalité imposées à l'activité des parties plutôt que des arbitres, car ce sont toujours les parties qui doivent respecter d'abord les principes à défaut subir eux-mêmes les conséquences.

Ces principes directeurs ne sont pas nouveaux en Chine. On trouve des articles équivalents ou similaires dans la loi de l'arbitrage : l'annulation de la sentence *ultra petita* dans l'article 17 alinéa 1 ; la charge de fonder les prétentions des parties et le pouvoir de « recueillir » d'office les preuves proactivement du tribunal arbitral dans l'article 43 – la réforme de 2021 y ajoute

⁴⁹ Ibid., n° 582.

que le tribunal arbitral pourrait demander de l'aide au tribunal civil s'il en avait besoin. Si la Chine est déjà armée par ces principes directeurs, il est moins le cas pour les droits fondamentaux.

2. Les principes fondamentaux

Il faut d'abord déterminer si l'article 6 §1 de la Convention EDH énonçant le procès équitable est applicable dans l'arbitrage. La réponse est plutôt non. Le procès équitable s'applique à un tribunal « établi par la loi »⁵⁰ alors que le tribunal arbitral est établi par la volonté privée. La Cour de cassation a aussi refusé d'appliquer l'article 6 §1, en jugeant qu'il « ne concerne que les Etats et les juridictions étatiques »⁵¹ dans l'arrêt *Cubic*. Même si la jurisprudence a pris un revirement par lequel la Cour de cassation considère que les juges étatiques ont pu rejeter le recours au motif qu'aucune méconnaissance de l'article 6 de la CEDH n'était caractérisé⁵², l'application formelle de cette disposition a peu d'intérêt en raison de l'existence des principes fondamentaux dans le droit de l'arbitrage – le principe de la contradiction et le principe d'égalité, qui est déjà suffisant pour garantir les exigences du procès équitable. « Nul besoin du relais de la Convention européenne des droits de l'homme »⁵³, d'autant plus que l'exigence de la publicité de l'article 6 §1 de la CEDH n'est pas compatible avec l'arbitrage.

Au titre des principes directeurs, le principe de la contradiction s'applique (CPC art. 14-17). La violation du principe constitue même un motif d'annulation de la sentence, visé à l'article 1492 4° du CPC. Ce principe a deux composantes pour les parties : le droit d'être appelé ou entendu (CPC, art. 14) et le devoir de communiquer et de soumettre à la contradiction (CPC, art. 15)⁵⁴. Si les parties sont tenues par ce principe qui pour elles est à la fois un droit et un devoir, l'arbitre est aussi lié à ce principe en tant que juge. Il faut que l'arbitre respecte lui-même le principe de la contradiction (CPC, art. 16 al. 1) de sorte qu'il ne peut se fonder sur une pièce non débattue contradictoirement (CPC, art. 16 al. 2). Il ne saurait non plus fonder sa décision par un moyen qui n'aura pas été présenté et discuté contradictoirement (CPC, art. 16 al. 3).

Quant au principe d'égalité, l'article 1510 du CPC stipule que l'égalité des parties que le tribunal doit garantir « quelle que soit la procédure choisie » pour l'arbitrage international. Ce principe d'égalité, aussi appelé le principe de l'égalité des armes, est « inhérent à tout procès arbitral » comme le contradictoire⁵⁵. Même s'il n'est pas expressément posé par les règles

⁵⁰ Ibid., n° 613.

⁵¹ Cass., 1^{re} civ., 20 février 2001, n° 99-12.574.

⁵² Jean-Baptiste Racine, *op.cit.*, n° 613.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, Paris, 2014, p. 551 et s.

⁵⁵ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 988.

françaises de l'arbitrage interne, ce principe, se présentant à côté du principe de la contradiction, est d'ordre public et a été « généralisé à l'arbitrage interne » à travers l'arrêt *Dutco*⁵⁶ « qui le posait à propos de la constitution d'un tribunal arbitral dans des arbitrages multipartites »⁵⁷. Cependant, « il ne semble exister aucune décision à ce jour sanctionnant exclusivement une violation du seul principe d'égalité »⁵⁸.

Il se pose d'ailleurs la question de l'impécuniosité d'une partie dans l'arbitrage. « La jurisprudence française tente de préserver l'égalité entre les parties en permettant à une partie en situation d'impécuniosité d'avoir accès au tribunal arbitral »⁵⁹ et la cour française refuse de se substituer aux arbitres élus par les parties – l'impécuniosité avérée d'une partie ne rendra pas manifestement inapplicable la clause d'arbitrage. La Cour de cassation a jugé que le défendeur impécunieux doit néanmoins pouvoir former des demandes reconventionnelles dans l'arrêt *Pirelli*⁶⁰, si ces demandes sont indissociables des demandes principales dont l'examen est fait par le tribunal arbitral sous le contrôle *a posteriori* du juge étatique. Dans ce cas-là, il est possible que la partie adverse puisse faire l'avance de la totalité de la provision.

B. L'application possible de ces garanties en Chine

Comme évoqué ci-dessus, la loi de l'arbitrage chinoise possède déjà des garanties du principe dispositif et la sanction de la sentence rendue *ultra petita*. Qu'en est-il des principes du contradictoire (1) et d'égalité (2) ?

1. Le principe de la contradiction

La justice arbitrale est principalement basée sur le respect du principe de la contradiction, qui est un principe universel. La garantie de la contradiction est aussi la garantie du sérieux et du fondement de l'arbitrage. En fait, il n'existe pas un article qui consacre expressément ce principe comme dans la loi française. Différent de l'appellation française « principe de la contradiction », le droit chinois de la procédure civile utilise plutôt le terme « principe de débat »⁶¹ qui impliquerait partiellement le contenu du principe français. Il pourrait construire ce principe par certains articles concernant les règles de preuves. L'article 45 prévoit l'examen des preuves par les parties de manière contradictoire et le droit au débat devant les arbitres dans

⁵⁶ Cass., 1^{re} civ., 7 janvier 1992, *Dutco*.

⁵⁷ Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 807.

⁵⁸ E. Loquin, *Arbitrage, instance arbitrale, procédure devant les arbitres : JCI. Procédure civile*, Fasc. 1036, § 97, cité *Ibid.*, n° 989.

⁵⁹ *Ibid.*, n° 992.

⁶⁰ Cass., 1^{re} civ., 28 mars 2013, *Pirelli*.

⁶¹ L'article 12 de la loi de procédure civile chinoise : « Les parties ont le droit de débattre devant le tribunal »

l'article 47. La sanction de la violation est assez ambiguë. L'article 58⁶² donne la possibilité de l'annulation de sentence demandée par les parties en raison de l'inconformité de la constitution et de la procédure à la procédure légale (3° du même article) dont la notion est imprécise. L'article 20 de l'*Interprétation de la loi de l'arbitrage de CSC* dispose qu'il s'agit de la violation affectant la justice de la procédure arbitrale consacrée dans la loi de l'arbitrage et des règles procédurales choisies par les parties. A part la section spécialisée sur la récusation de l'arbitre et certains articles consacrant les règles de preuves et du principe de l'égalité et de l'efficacité, selon la jurisprudence, la légalité de la procédure pourrait être atteinte par d'autres règles en dehors des deux sources dessus : par exemple, en vertu de l'article 8 de l'*Interprétation n° 3 de la loi de liquidation de CSC*, à l'existence d'une convention d'arbitrage, il faut l'évoquer avant la fin de la procédure de liquidation⁶³. Force est de constater que la sanction est principalement basée sur les règlements d'arbitrage institutionnel, non seulement du fait qu'il n'existe que l'arbitrage institutionnel en Chine, mais également du fait qu'il n'y a pas beaucoup de fondement dans la loi de l'arbitrage. Le même article 58 sanctionne notamment la falsification des preuves (4°) et la dissimulation des preuves affectant la justice (5°) sous le fondement de la violation du devoir de communiquer et de soumettre à la contradiction (article équivalent français est l'article 15 du CPC).

La réforme de 2021 envisagerait réarticuler l'article 58 qui deviendrait l'article 77. Ce nouvel article 77 du projet de loi insère un nouveau motif de la nullité de la sentence, disant « le défendeur n'a pas pu désigner son arbitre ou n'a pas reçu la notice de la procédure arbitrale, ou n'a pas pu déposer au tribunal pour raison non attribuable au défendeur » (nouveau 3°). C'est la première fois que la loi consacre plus explicitement le principe de la contradiction et déclare la sanction de la nullité de sentence à cause de la violation. Cette franche reconnaissance renforcerait le principe de la contradiction sans aucun doute. Mais considérant l'introduction

⁶² L'article 58 : Si l'une des parties présente des preuves que la sentence présente l'une des circonstances suivantes, elle peut demander à la cour intermédiaire du siège de la commission d'arbitrage d'annuler la sentence :

1° faute de convention d'arbitrage ou la convention d'arbitrage est nulle ;

2° l'objet de l'arbitrage dépasse la convention d'arbitrage ou dépasse le domaine d'application consacré dans la présente loi ;

3° l'inconformité de la constitution ou de la procédure à la procédure légale ;

4° la sentence est basée sur des preuves falsifiées ;

5° l'autre partie a dissimulé des preuves importantes qui affectent la justice ;

6° l'arbitre, au cours de l'arbitrage, a sollicité ou accepté un pot-de-vin, a commis un acte de favoritisme ou a enfreint la loi en rendant sa sentence.

Si le tribunal populaire, après avoir formé un tribunal collégial, vérifie que la sentence présente l'une des circonstances prévues à l'alinéa précédent, il en prononce l'annulation.

Si le tribunal populaire constate que la sentence est contraire à l'intérêt public de la société, il en prononce l'annulation.

⁶³ La Cour intermédiaire de Rizhao, tribunal civil, n° 1 (2022) ((2022)鲁 11 民特 1 号).

de l'arbitrage *ad hoc* préparée par le projet de loi, ce nouveau 3° est peut-être une mesure d'accompagnement pour compléter son application, car dans un arbitrage institutionnel, ce principe de la contradiction est normalement bien éclairé dans son règlement arbitral. 4° et 5° de l'article 77 seraient rédigés de nouveau : l'ancien 3° (l'inconformité à la procédure légale) serait remplacé par le nouveau 4° qui s'y ajoute une condition disant « de sorte que les droits d'une partie ont été gravement endommagés » ; l'ancien 4° et 5° seraient fusionnés en ce nouveau 5°, « la sentence a été obtenue par des actes frauduleux tels que la collusion malveillante ou la falsification de preuves »

Comme la loi chinoise ne stipule pas vraiment le principe de la contradiction, il est difficile de rédiger cet article de motifs de nullité aussi concis que celui prévu par la loi française (simplement, « le principe de la contradiction n'a pas été respecté », CPC, art. 1492, 4°). Ainsi que l'ancien article 58 et le nouvel article 77 énumèrent-ils toujours les circonstances pour préciser quels sont les cas violant ce principe non-écrit. Il ne poserait peut-être pas problème dans l'arbitrage institutionnel, mais avec l'introduction de l'arbitrage *ad hoc*, il semble temps de le compléter.

2. Le principe d'égalité

La loi de l'arbitrage chinoise consacre une égalité « superficielle » en exigeant que seuls les sujets égaux puissent convenir une convention d'arbitrage (art. 2). A part cet article, il est rare de trouver d'autres signes concernant l'égalité. En fait, le principe d'égalité est étroitement lié au principe de la contradiction tant en Chine qu'en France. La violation du principe d'égalité ne conduit pas forcément à la nullité, il est même primé par le principe d'efficacité. La jurisprudence française considère que ce principe d'égalité « n'implique pas une parfaite égalité dans les délais accordés aux parties pour déposer leurs écritures » tant qu'il n'y a aucun avantage décisif⁶⁴ ; du côté chinois, la violation de l'égalité est principalement le fondement pour exclure l'application de convention d'arbitrage dans le domaine « public » comme dans un accord de monopole, la jurisprudence juge que « le contrat a dépassé l'égalité des sujets à cause du statut dominant d'une partie »⁶⁵. La réforme de 2021 supprimerait même l'adjectif « égaux » de l'article 2 pour élargir le domaine d'application de l'arbitrage (V. *supra*, Chapitre 1, I., A.).

⁶⁴ Paris, 22 janvier 2004 : Rev. Arb. 2004, 647, note E. Loquin, cité dans Jalal El-Ahdab, Daniel Mainguy, et al., *op.cit.*, n° 990.

⁶⁵ CSC, le tribunal de la propriété intellectuelle du dernier ressort, n° 924 (2021) ((2021) 最高法知民终 924 号).

Cela ne signifie pas néanmoins l'effacement du principe d'égalité en droit chinois. En revanche, la réforme de 2021 crée un nouvel article 29 qui déclare une égalité « réelle » : « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité dans le cadre de l'arbitrage et avoir le droit d'être pleinement entendues ». La volonté des législateurs d'interpréter l'égalité par le respect du principe de la contradiction est claire. Ce n'est pas difficile de comprendre le choix des législateurs, car même si le principe d'égalité est fondamental dans la procédure civile, il ne constitue pas le principe le plus important dans l'arbitrage.

S'agissant du problème de l'impécuniosité des parties, très discuté en France, la Chine ne semble pas très intéressée par cette question. Pour le moment, aucun arrêt concernant l'impécuniosité a été trouvé sur la base donnée de la jurisprudence. Cependant, en vertu de l'article 16 sur la validité de la convention d'arbitrage et de l'article 17 sur sa nullité, rien n'est relatif à l'impécuniosité, ce qui pourrait permettre d'aboutir à la même conclusion que la solution française : l'impécuniosité ne fait pas partie des motifs de l'inapplicabilité de convention d'arbitrage. Comme le défendeur pourrait former des demandes reconventionnelles en France, il n'y a pas de disposition interdisant cet acte en Chine (art. 27, « le défendeur pourrait admettre ou opposer les demandes du demandeur, il a aussi le droit de former des demandes reconventionnelles »).

Ainsi, on voit que les limites imposées par les garanties fondamentales sont principalement liées au principe dispositif et à la contradiction plutôt qu'au principe d'égalité en France comme en Chine, malgré l'inexistence du véritable principe de la contradiction à l'écrit dans la loi chinoise. Le « sacrifice » du principe d'égalité pourrait se traduire par la valorisation de l'efficacité de la procédure arbitrale.

II. Les limites justifiées par l'ordre public

La notion d'« ordre public » est une question délicate tant en France qu'en Chine. Sa définition et sa portée sont diverses selon les situations différentes où il se présente. Selon le dictionnaire du droit privé de Serge Braudo, l'ordre public est un « ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la

paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu »⁶⁶. En droit civil, le Code civil français consacre, dans son article 6, le principe « selon lequel une règle de droit ne peut être écartée par une convention parce qu'elle revêt un caractère essentiel au regard de la moralité et de la sécurité juridique »⁶⁷. En Chine, « l'ordre public » a deux composantes : l'une renvoie à un sens littéral et désigne l'ordre général et indispensable pour l'existence et le développement de la société et de l'Etat ; l'autre de la moralité qui est aussi indispensable pour la même raison. Mais dans la loi de l'arbitrage, le législateur n'utilise pas le terme « ordre public », il le remplace par d'autres termes tels que « l'inconformité à la procédure légale » et « l'intérêt public de la société »⁶⁸. Les effets de l'ordre public sont les mêmes, bien que son contenu et son applicabilité ne soient pas identiques en France et en Chine : « Nul ne peut déroger aux règles de l'ordre public, sauf le cas des personnes auxquelles elles s'appliquent, si ces règles n'ont été prises que dans leur intérêt et pour leur seule protection »⁶⁹. On distingue ainsi les effets de l'ordre public sur la convention d'arbitrage (A) et sur la sentence (B).

A. Sur la convention d'arbitrage

Marqué par le principe de la liberté des parties, l'arbitrage n'échappe pas au contrôle de l'ordre public. La validité de la convention d'arbitrage dépend de l'arbitrabilité, qui implique naturellement l'inarbitrabilité de l'ordre public. Comme évoqué dans le chapitre 1, le protectionnisme du droit français en cette matière se manifeste par la réserve de l'ordre public. Alors que la Chine même limite l'arbitrage aux litiges concernant le droit contractuel et patrimonial, mais n'est pas aussi rigide que la France en réserve de l'ordre public. On va voir d'abord l'inarbitrabilité commune de l'ordre public (1) et l'ordre public de protection en droit français et chinois (2).

1. L'inarbitrabilité commune de l'ordre public

L'article 2060 du Code civil français dispose clairement que : « 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 ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». D'une part, la convention d'arbitrage subira la sanction de la nullité s'il s'agit, par exemple, de

⁶⁶ Serge Braudo, *Dictionnaire du Droit privé*, adresse URL : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ordre-public.php>, consulté le 5 juin 2023.

⁶⁷ Catherine Puigelier, *Dictionnaire juridique*, coll. Paradigme, Larcier, Bruxelles, 2015, n° 4003.

⁶⁸ V. *supra*, note 61, l'article 58, les motifs pour le recours en annulation.

⁶⁹ Serge Braudo, *op. cit.*

l'exécution d'un contrat d'entente illicite ou d'un contrat de corruption, pour raison de contradiction à l'ordre public. Comme dans l'arrêt JC. Decaux⁷⁰, la Cour de cassation juge que « dès lors qu'une répartition d'activité au sein d'une société en participation formée par des entreprises concurrentes constituait une entente ayant pour objet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, et était prohibée, l'objet du litige exprimé dans la convention d'arbitrage obligeait les arbitres à rechercher s'il avait été fait une exacte application d'une disposition du règlement intérieur d'une société en participation contraire à une réglementation d'ordre public ; il en résulte que le compromis est nul et, par voie de conséquence, la sentence doit être annulée ». D'autre part, l'article 2060 écarte expressément l'application de l'arbitrage concernant le litige intéressant l'ordre public pour respecter la compétence du tribunal administratif. Comme l'inarbitrabilité des contestations intéressant les collectivités publiques, « le fondement de cette prohibition réside essentiellement dans le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions administratives »⁷¹. Ainsi l'arrêt *INSERM*⁷², depuis le 17 mai 2010 par le Tribunal des Conflits, permet-il de « recourir à l'arbitrage pour les litiges portant sur des contrats administratifs constituant des opérations du commerce international »⁷³, car cela ne tombe pas dans la compétence du tribunal administratif.

Alors qu'en Chine, même s'il n'existe pas de tribunal administratif, la loi de l'arbitrage préserve la compétence administrative par l'article 3 en interdisant les litiges administratifs qui devraient traités par les autorités administratives de recourir à l'arbitrage. Cette réserve se limite explicitement aux « litiges administratifs » mais ne fait pas référence à l'ordre public. Selon l'interprétation des législateurs, cette exclusion trouve son fondement dans la disponibilité des droits des parties. Comme il s'agit des litiges avec les autorités administratives, les parties n'ont pas la disponibilité de leurs droit, l'arbitrage est donc exclu – les parties n'ont que le choix de demander un réexamen administratif (comme le recours administratif en France) ou au juge judiciaire (comme le recours contentieux en France) d'après la loi.

Une comparaison intéressante est que, à la coexistence d'une clause compromissoire et une clause attributive de compétence, la France prime la clause compromissoire sous le fondement du principe compétence-compétence en exigeant l'inapplicabilité manifeste de la convention

⁷⁰ Paris, 22 mai 1980 et Cass. com., 21 octobre 1981, Rev. Arb. 1982, 264, note JB. Blaise, cité dans E. Loquin, « L'ordre public et l'arbitrage », conférence association droit & commercial, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, direction scientifique de Bâtonnier Jean-Marie Leloup, Thomson Reuters, le 5 mars 2018, p. 4.

⁷¹ E. Loquin, *op.cit.*, p. 4-5.

⁷² Tribunal des Conflits, 17/05/2010, C3754, Publié au recueil Lebon, adresse URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022931557>, consulté le 6 juin 2023.

⁷³ E. Loquin, *op.cit.*, p. 5.

d'arbitrage pour l'écartier⁷⁴, alors que la Chine simplement déclare la nullité d'une telle clause prévoyant « en cas de litige, les parties pourraient porter l'affaire devant le tribunal ou de recourir à l'arbitrage »⁷⁵ et admet la validité d'une clause prévoyant « en cas de litige, les parties doivent recourir d'abord l'arbitrage et puis en cas d'échec, saisir le tribunal »⁷⁶. La Chine ne recourt pas au principe de la compétence-compétence. Cette règle d'ordre public pourrait être justifiée par la volonté obscure et incertaine des parties, mais cette raison n'explique pas la nullité arbitraire face au choix égalitaire des deux modes – en fin de compte, l'existence elle-même de la clause compromissaire s'affirme déjà la manifestation de la volonté des parties. C'est peut-être la primauté de la justice étatique et la réserve de l'ordre public derrière la protection de la volonté des parties.

Il est clair que la France effectue cette inarbitrabilité pour les intérêts publics et « la simple antinomie entre le public et le privé »⁷⁷, qu'il s'agisse de l'invasion à la compétence administrative ou de la contestation de l'ordre public. Mais la Chine, suite à une histoire de l'arbitrage surlignée par le rôle administratif, et à l'absence du véritable principe compétence-compétence, semble un peu perplexe sur ce point-là : l'arbitrage est toujours sous l'ombre de l'administration et a du mal à trouver sa place.

2. L'ordre public de protection en droit français et chinois

Si l'article 2060 du Code civil protège les intérêts publics, l'article 2059 du Code civil français protège des intérêts « privés ». Il énonce le critère de la disponibilité des droits pour déterminer l'arbitrabilité, en disant « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Tout en gardant les droits via une réglementation impérative, « l'article 2059 se rattache à ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public de protection », pour protéger les titulaires qui n'ont pas assez d'armes pour se défendre⁷⁸. Cette théorie de la disponibilité se traduit toujours par la méfiance traditionnelle « envers la manière dont jugent les arbitres, méfiance qui conduit à une assimilation entre la convention d'arbitrage et la renonciation aux droits qu'elle concerne »⁷⁹. Aux yeux des juristes français, choisir l'arbitrage est équivalent à renoncer aux garanties étatiques que sont les droits eux-mêmes. Ainsi au nom de la protection des « faibles », la convention d'arbitrage est exclue par l'interdiction de la « renonciation » à la justice étatique. C'est la raison pour laquelle la France interdit l'application de l'arbitrage dans

⁷⁴ Cass., 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 13-23.669.

⁷⁵ *Interprétation de la loi de l'arbitrage de SCC*, art. 7.

⁷⁶ Les arrêts directeurs du journal juridique de SCC, 2021(11).

⁷⁷ E. Loquin, *op.cit.*, p. 5.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

les domaines tels que la consommation et limite son domaine aux professionnels. La loi du 18 novembre 2016 a modifié l'article 2061 du Code civil, en précisant que « lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». La clause compromissoire serait donc valable dans un contrat de consommation ou de travail. Le consommateur ou le salarié accepte l'arbitrage de cette manière comme le mode de régler les litiges. Néanmoins, la convention d'arbitrage pourrait encore être écartée par l'indisponibilité des droits du consommateur ou salarié. En revanche, la qualification de la disponibilité des droits ne peut devenir claire et déterminée que par une analyse complète du fond, ce qui s'effectue pendant la procédure, car le juge étatique est restreint à un contrôle « superficiel ». Par conséquent, Éric Loquin considère que la question se pose sur la procédure arbitrale elle-même, qui est déjà dangereuse pour les « faibles » et ne s'adapte pas aux litiges intéressant les « faibles ». Selon lui, « la non-arbitrabilité des litiges du droit de la consommation, du droit du travail ou des droits alimentaires n'est pas liée au caractère impératif des règles qu'ils mettent en cause, mais trouve son fondement dans la volonté d'un ordre juridique de soustraire la partie faible à une procédure qui n'est pas jugée apte à garantir son droit d'ester en justice et cela en raison de son coût et de l'occasion qu'elle offre de délocaliser la procédure en l'éloignant de la résidence habituelle de la partie faible »⁸⁰. L'inarbitrabilité devrait être fondée sur la personne de la partie faible au lieu de la nature ou la matière du litige. Cette théorie doctrinale française semble très intéressante pour la Chine, qui trouve aussi son fondement de l'inarbitrabilité partiellement de la disponibilité des droits en litige. La loi de l'arbitrage d'abord se limite aux litiges concernant les contrats et les droits patrimoniaux, ce qui est déjà plus restreint par rapport à la stipulation française. En effet, selon l'article 2 de *l'Interprétation de la loi de l'arbitrage de CSC*, tous les litiges autour du contrat comme la conclusion, l'effet, la modification, la transmission, la résiliation, la responsabilité etc. sont arbitrables. Bien que le terme « disponibilité » n'ait jamais apparu dans le texte, les législateurs expliquent l'exception de l'arbitrabilité de l'article 3 par cette théorie : les litiges concernant le mariage, l'adoption, la succession etc. intéressent plus ou moins les droits patrimoniaux, mais ils sont basés sur la relation personnelle et ne sont pas normalement à la libre disposition des titulaires. Ils sont donc exclus de l'arbitrage ; il en est de même pour les litiges administratifs⁸¹. En Chine comme en France, cela suppose que le choix d'arbitrer est le synonyme de la renonciation de ses droits protégés par la loi. Ainsi dans les matières assez sensibles faut-il être aussi protectionniste que la France. Cependant, la loi ne répond pas positivement cette question.

⁸⁰ Ibid., p. 6.

⁸¹ Bureau des affaires législatives du Conseil des Affaires d'Etat de RPC, *op. cit.*, art. 3.

Même si la loi prévoit que seuls les sujets « égaux » peuvent compromettre, il ne semble pas que les consommateurs se voient « inégaux » par rapport aux vendeurs professionnels juste pour déclarer la nullité de la convention d'arbitrage. Comme dans un arrêt selon lequel la cour intermédiaire de Shanghai déclare l'irrecevabilité d'un litige de consommation convenant une convention d'arbitrage pour raison de l'existence de cette dernière⁸². En effet, la jurisprudence chinoise utilise le principe de justice au lieu du principe d'égalité. La jurisprudence juge que la clause compromissoire dans un contrat de consommation, qui est un contrat d'adhésion, doit attirer l'attention des consommateurs de manière raisonnable, à défaut d'être réputée nulle⁸³. C'est une protection relativement faible, car en pratique les consommateurs n'ont pas assez de liberté pour négocier la clause compromissoire. Si la loi ne précise pas si l'arbitrage s'applique ou non au contrat de consommation, elle exclut explicitement son application au droit du travail qui a ses propres règles à suivre (loi de l'arbitrage, art. 77).

En ce sens-là, il montre une sorte d'incohérence de la théorie chinoise. Si l'inapplicabilité de l'arbitrage sur le contrat de travail est justifiée par le statut inégal du salarié face à l'employeur, pourquoi les consommateurs sont exclus de cette protection ? Il conviendrait d'admettre que la théorie d'Éric Loquin est raisonnable sur le point que le mode de l'arbitrage est un choix dangereux pour les « faibles ». Si l'on souhaite mieux protéger la partie « faible », il vaut mieux trouver le fondement dans cette dangerosité de l'arbitrage pour la partie « faible », au lieu de faire une liste des matières sensibles qui ne sont pas ouvertes à l'arbitrage.

B. Sur la sentence

L'ordre public non seulement impose des limites au choix de l'arbitrage par les parties, mais donne également plus de pouvoir au juge étatique pour s'assurer du respect par les parties de l'ordre public. Ainsi le juge a le pouvoir de contrôler la sentence au respect de l'ordre public. On va voir d'abord l'objet de ce contrôle (1), puis son intensité (2).

1. L'objet du contrôle sur la sentence

En France, le contrôle exercé par le juge étatique au respect de l'ordre public trouve son fondement dans le décret du 13 janvier 2011 et pour l'arbitrage interne, l'article 1492, 5° énonce que « le recours en annulation est ouvert, si la sentence est contraire à l'ordre public ». En

⁸² La cour intermédiaire de Shanghai, 6^e tribunal civil du deuxième ressort, n° 111 (2015) ((2015)沪二中民六(商)初字第 111 号).

⁸³ La cour intermédiaire de Ningbo, tribunal civil sur la compétence, n° 113 (2016) ((2016)浙 02 民辖终 113 号) ; la cour intermédiaire de Zhuhai, tribunal civil du dernier ressort, n° 243 (2016) ((2016)粤 04 民终 243 号).

comparaison, l'ancien article 1484 énonçait que la sentence serait annulée « si l'arbitre a violé une règle d'ordre public ». La nullité de la sentence est encourue dès que les effets de la sentence sont contraires à l'ordre public. Le décret de 2011 a fait entériner les solutions de la cour d'appel de Paris, qui avait jugé « qu'à supposer que l'interprétation donnée de la clause soit contraire à l'ordre public, la nullité de la sentence ne pourra être prononcée que dans la mesure où la solution adoptée sur le fond par les arbitres heurterait elle-même l'ordre public, étant observé que le juge n'a pas à apprécier le caractère exact ou convainquant des motifs retenus par la juridiction arbitrale à l'appui de sa décision »⁸⁴. La clé du contrôle n'est pas sur le moyen ou la motivation, mais sur la solution donnée par l'arbitre : il faut que la violation de l'ordre public soit « effective et concrète »

Dans l'article 58 de la loi de l'arbitrage chinoise, les parties peuvent recourir à l'annulation au motif que la sentence est « contraire à l'intérêt public de la société ». Il faut d'abord examiner quel est l'intérêt public de la société. C'est une terminologie très propre à l'ordre juridique chinois qui se voit rarement dans les autres régimes juridiques, et il manque en même temps une définition exacte dans le droit chinois. Par rapport au terme « l'ordre public » utilisé dans le droit français et d'autres régimes continentaux, il semble que « l'intérêt public de la société » porte un contenu similaire : le caractère « public » exclut l'intérêt « privé » et cette notion se porte surtout l'idée de « communauté ». En l'absence d'un consensus sur sa détermination malgré son omniprésence dans le droit chinois, la doctrine chinoise suppose que sa concrétisation serait faite dans la jurisprudence⁸⁵. Malheureusement, peut-être à cause de cette ambiguïté, il est rare de trouver un arrêt qui sanctionne ou refuse de sanctionner à cause de la violation de l'intérêt public de la société. Les tribunaux populaires sont assez réticents à exercer ce pouvoir discrétionnaire. Un arrêt (arrêt *Bitcoin*) récemment donné par la cour intermédiaire de Shenzhen en 2020 sur une demande d'annulation de sentence se prononce sur ce point⁸⁶. Il s'agissait d'un manquement d'une partie à l'obligation de rembourser une somme de monnaies numériques (Bitcoin) à l'autre partie. La sentence arbitrale décidait que la compensation soit payée par USD dont le montant est équivalent à cette somme de Bitcoin et finalement réglés par RMB. La cour a annulé la sentence au nom de la violation de l'intérêt public pour protéger l'ordre financier. Le fondement se trouve dans l'interdiction de l'échange, la transaction et la

⁸⁴ Paris, 12 déc. 1978 : Rev. arb. 1979, p. 372, note Boitard. – 28 avr. 1988 : Rev. arb. 1989, p. 164, note L. Idot. – 14 avr. 1993 : Rev. arb. 1994, p. 164, note Ch. Jarrosson. – 27 oct. 1994 : Rev. arb. 1994, 709 12 janv. 1995 : Rev. arb. 1996, p. 72, cité dans E. Loquin, *op.cit.*, p. 12.

⁸⁵ Yilong WU, *How to Define the Social Public Interest—Discussion Based on the Case of “Discouraging Smoking in the Elevator”*, Nanjing University Law Journal (CSCSI), 2022 (2), p. 73-90.

⁸⁶ La cour intermédiaire de Shenzhen, tribunal civil pour procédure spéciale, n° 719 (2018) ((2018) 粵 03 民特 719 号).

spéculation sur Bitcoin, issue de la Banque populaire de Chine. La sentence supportait effectivement l'échange et la transaction de Bitcoin, ce qui a violé l'interdiction et contraire à l'intérêt public de la société. La cour a ainsi jugé l'annulation.

Il peut donc déduire que la France et la Chine sanctionne toutes les deux la sentence lorsqu'elle viole l'ordre public, mais pas le moyen donné. Ce contrôle « réel » du fond montre non seulement la prudence de la justice étatique sur l'intervention à la justice « privée », mais également le vrai respect à la volonté des parties même en la limitant.

2. L'intensité du contrôle sur la sentence

Il est acquis que le juge étatique peut contrôler la sentence, mais à quel point peut-il contrôler ? Est-ce qu'il fait un contrôle sur le fond ou seulement sur la forme ? Derrière ces questions demeure la répartition du pouvoir entre le juge étatique et le juge arbitral, ainsi que la place du juge arbitral, et son autorité par rapport à la justice étatique.

En droit français, il est évident que la Cour de cassation s'est opposée à opérer un contrôle du fond, elle se contente d'exercer un examen de la forme. L'arrêt *BCM* rendu par la Cour de cassation en 2002 témoigne de cette position : la société BCM faisait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours en annulation de la sentence pour violation de l'ordre public. La cour de cassation a jugé que « la cour d'appel a pu, sans dénaturation des écritures de la société BCM, retenir qu'il n'était pas précisé en quoi la solution adoptée par le tribunal arbitral heurtait l'ordre public et que les griefs invoqués tendaient en réalité à une révision au fond de la sentence, interdite au juge de l'annulation »⁸⁷. Cette affirmation claire montre le refus de la jurisprudence française d'exercer un contrôle du fond de la sentence. Il en est de même dans un autre arrêt rendu en 2006, « dans un domaine il est vrai moins sensible »⁸⁸. La Cour de cassation a aussi jugé, « qu'en soutenant que le tribunal arbitral avait violé les dispositions de l'article 2246 du Code civil et, partant, l'ordre public, en rejetant une exception de prescription, une partie invite la Cour à vérifier la pertinence du raisonnement juridique par lequel les arbitres avaient rejeté cette exception et qu'il est ainsi demandé à la Cour d'exercer un contrôle au fond de la sentence qui échappe au juge de l'annulation »⁸⁹. Le contrôle est ainsi restreint à celui « de l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public »⁹⁰.

Mais cette prudence pose problème : il n'est pas si facile de juger la violation de l'ordre public par un contrôle *prima facie*. En fait, « seule une analyse du fond du litige pourra révéler que la

⁸⁷ Cass., 2^e civ., le 31 janvier 2002, n° 00-17.847.

⁸⁸ E. Loquin, *op.cit.*, p. 14.

⁸⁹ Cass., 1^{re} civ., le 14 novembre 2006, n° 05-12.395.

⁹⁰ E. Loquin, *op.cit.*, p. 14.

sentence a ou n'a pas d'effets contraires à l'ordre public »⁹¹. La jurisprudence admet de contrôler de façon plus approfondie en matière d'arbitrage international depuis l'arrêt *Thales*⁹². Il a ainsi été jugé à plusieurs reprises, que « lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé sur l'article 1520 5° du Code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international »⁹³. Il est difficile de trouver une jurisprudence similaire dans l'arbitrage interne⁹⁴. Le Président Ancel, lors d'un colloque organisé à la Faculté de droit de Dijon, en 2014, sous le titre « Ordre public et arbitrage » avait expliqué que « la position de la jurisprudence française est fondée sur l'idée que l'arbitre est le gardien de l'ordre public et qu'il n'y a pas lieu de revenir, sauf flagrance, sur la décision de l'arbitre qui considère que l'ordre public n'est pas violé ».⁹⁵ Il faut respecter ou faire confiance aussi à la compétence d'un juge privé et sa décision.

Alors que cette intensité n'est pas si simple à déterminer en France, l'attitude de la Chine est assez claire : le contrôle du juge étatique au respect de l'ordre public ne se limite même pas à un seul degré du système juridique. Pour une décision d'annulation ou de refus d'exécution en raison de la violation de l'intérêt public de la société, il faut que cela soit d'abord examiné par la cour intermédiaire, puis approuvé par la cour supérieure, et enfin soumis à la Cour Suprême pour vérification⁹⁶. L'exigence de ce processus de « vérification » (comme « réexamen » par les cours supérieures et puis la Cour Suprême) rigide montre bien une sorte d'« autorité » de la justice étatique en cette matière. Il en est de même pour l'arbitrage international, en fait, ce régime s'applique d'abord à l'arbitrage international et couvre l'arbitrage interne depuis 2018. La Cour Suprême estime qu'elle a l'obligation de protéger les droits des parties en voyant le respect des droits de la sentence par ce contrôle. Il faut signaler que la vérification s'arrête à la

⁹¹ Ibid., p. 15.

⁹² La cour d'appel de Paris, le 18 novembre 2004, n° 2002/19606.

⁹³ Paris, 9 avril 2009, Cah. arb. 2010/3, 889, note Loquin - 4 mars 2014, Rev. arb. 2014, 955, note J. Chr. Delanoy – 25 novembre 2014, Rev. arb. 2015, 555, note Cl. Fouchard - Cass. 1° civ. 24 juin 2015, Rev. arb. 2016, 219, note L. Chr. Delanoy – Contra Cass. civ. 1°, 12 février 2014, Rev. arb. 2014, 389, note J. Chr. Delanoy, cité dans E. Loquin, *op.cit.*, p. 16-17.

⁹⁴ La méthode de recherche des cas similaires : dans le site de Légifrance, insérer des mots-clés « arbitrage interne », « l'ordre public », « sentence », et « annulation ». Après avoir lu les 49 résultats, pas de résultat correspondant.

⁹⁵ *Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public : le point de vue du juge judiciaire, L'ordre public et l'arbitrage*, sous la direction d'É. Loquin et S. Manciaux, Litec 2014, p. 197, cité dans E. Loquin, *op.cit.*, p. 14.

⁹⁶ Dispositions sur la vérification du contrôle judiciaire sur l'arbitrage de CSC (amendement 2021), art. 3.

cour supérieure pour motif autre que la violation de l'intérêt public de la société. Pourquoi l'annulation au motif de violation de l'ordre public exige une vérification de plus par la Cour Suprême ? Cette dernière a expliqué cette « escalade » avait pour finalité de protéger les droits et intérêts des parties « également » il faut un examen minutieux pour déterminer s'il s'agit d'une véritable violation de l'ordre public⁹⁷.

Dans le même texte, les articles 5 et 6 exigent que les juges de l'annulation doivent soumettre le rapport et les documents du dossier ; le rapport doit contenir la décision et les motifs ; les juges au niveau supérieur doivent pouvoir demander aux parties ou retourner le dossier à la cour inférieure pour identifier les faits supplémentaires s'ils considèrent que les faits de l'affaire ne sont pas assez clairs. Cela montre bien que le juge chinois devrait faire un contrôle du fond, tout en permettant de « protéger les droits et intérêts des parties également ».

De plus, la réforme de 2021 envisagerait même d'insérer un tout nouvel article 4 en exigeant la bonne foi de l'arbitrage, qui fait partie de la facette morale de l'ordre public. On attend néanmoins son application en pratique pour voir s'il se servirait d'une règle d'ordre public ou non.

Entre le respect de l'ordre public et le respect de l'arbitre, la France semble faire primer le second, alors que la Chine, protège non seulement les droits et intérêts des parties mais aussi, le pouvoir de la justice étatique. Bien que les motifs textuels justifiant ces limites dans la même direction soient presque les mêmes, la France et la Chine adoptent différents degrés de limites pour prévaloir les différentes valeurs. Il s'agit d'un choix de politique juridique visant à protéger les valeurs que les États considèrent comme les plus importantes.

⁹⁷ Dans un article rédigé par trois juges de la CSC : Yongjian ZHANG, Xuefeng REN et Ying LIANG, *Interprétation et application de deux textes jurisprudentiels de la CSC* (Dispositions sur la vérification du contrôle judiciaire sur l'arbitrage de CSC et Dispositions le contrôle judiciaire sur l'arbitrage de CSC), *People's Judicature Application*, 2018 (04), p. 27.

Conclusion

Sous le principe de la liberté des parties, il existe toujours des limites en France comme en Chine. Il faut bien sûr assurer le libre exercice de la volonté des parties – qui est aussi l'avantage le plus important et le plus remarquable de l'arbitrage. Cependant, pour mieux protéger les parties qui « renoncent » à la justice étatique, les limites imposées sont aussi indispensables.

L'arbitrage est une forme de justice privée qui est née de la volonté éclairée des parties qui souhaitent soumettre leur litige à l'arbitrage au lieu de la justice étatique. Certes, l'arbitre n'est pas seulement un « conciliateur », il est aussi un « juge ». L'arbitrage implique ainsi plusieurs valeurs qui n'en sont pas moins importantes. Le respect du principe de la liberté des parties, et au défi de ce principe, le respect des droits fondamentaux, la répartition du pouvoir du juge étatique et de l'arbitre, le contrôle de l'arbitrage par le juge étatique et ses frontières... Tous les Etats font face à ce problème si délicat : comment trouver un équilibre ?

Leurs théories et pratiques ne sont pas les mêmes comme les valeurs supportées par eux varient. La France est très pro droits de l'homme de sorte qu'elle présente des garanties enrichies pour parvenir à ce but depuis 1789, mais cela n'empêche pas qu'elle choisit aussi de « sacrifier » le principe de l'égalité au profit de l'efficacité de l'arbitrage. La France est aussi très paternaliste et elle craint toujours que ses « enfants », les justiciables, ne disposent pas d'assez d'armes pour se défendre, à tel point qu'elle impose des limites qui sont très étrangères de l'œil des juristes chinois à la validité de la convention d'arbitrage. En même temps, la France respecte, et on pourrait dire, beaucoup mieux la place de l'arbitre que la Chine, en appliquant mieux le principe compétence-compétence et un contrôle plus ou moins *prima facie* sur la convention d'arbitrage et la sentence. Alors que la Chine, où l'arbitrage a été né dans l'administration, comporte toujours une couleur administrative. La méfiance contre l'arbitrage, justice privée, n'est pas sous la forme d'une sorte de paternalisme comme la France, mais d'un protectionnisme de la justice étatique. Elle exige le contrôle du fond de la sentence et invente le régime de vérification pour la « navette » de la sentence au sein du système juridique. En revanche, la réserve chinoise est assez rare dans le domaine d'application de l'arbitrage, qui montre évidemment le souhait de promouvoir l'arbitrage en Chine.

Il n'est jamais facile de bien équilibrer toutes les valeurs d'une société. L'arbitrage comme le mode alternatif de régler des différends le plus « indépendant » des autres modes, il est destiné à faire face à des problèmes plus difficiles : quand pourrait intervenir le juge étatique et à quel degré, comment l'arbitre trouve sa place dans la relation entre le juge étatique et quelles sont les missions autres que les parties lui confient...

En tout état de cause l'arbitrage comme une justice marquée par la liberté et l'efficacité, ne doit jamais perdre ses caractéristiques. C'est la raison pour laquelle ses limites sont encadrées.

Bibliographie

A. Textes

Le Code civil français

Le Code de procédure civile français (ancien et actuel)

La Loi de procédure civile chinoise

La Loi de l'arbitrage chinoise

Le projet de loi pour la loi de l'arbitrage chinois de 2021

B. Jurisprudence

Cass. com., 29 nov. 1950, *Tissot*.

Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-16.864.

La Cour Suprême de la République populaire de Chine, le tribunal de la propriété intellectuelle du deuxième ressort sur le conflit de la compétence, n° 218 (2021), n° 356 (2019), n° 46 (2019) et n° 47 (2019). ((2021)最高法知民辖终 218 号, (2019)最高法知民辖终 356 号, (2019)最高法知民辖终 46 号, (2019)最高法知民辖终 47 号.).

CSC, le tribunal civil de la cassation, n° 6242 (2019). ((2019)最高法民申 6242 号.).

Cass. 2^e civ., 2 juillet 1970, 69-10.609.

Cass. 2^e civ., 18 décembre 2003, n° 02-13.410.

Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-12.101.

Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2019, n° 18-18.292.

La deuxième Cour intermédiaire de Beijing, tribunal civil, n° 10670, 2013 ((2013)二中民特字第 10670 号).

Cass., 1^{re} civ., 20 février 2001, n° 99-12.574.

Cass., 1^{re} civ., 7 janvier 1992, *Dutco*.

Cass., 1^{re} civ., 28 mars 2013, *Pirelli*.

La Cour intermédiaire de Rizhao, tribunal civil, n° 1 (2022) ((2022)鲁 11 民特 1 号).

CSC, le tribunal de la propriété intellectuelle du dernier ressort, n° 924 (2021) ((2021) 最高法知民终 924 号).

Tribunal des Conflits, 17/05/2010, C3754, Publié au recueil Lebon, adresse URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022931557>, consulté le 6 juin 2023.

Cass., 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 13-23.669.

Les arrêts directeurs du journal juridique de SCC, 2021(11).

La cour intermédiaire de Shanghai, 6^e tribunal civil du deuxième ressort, n° 111 (2015) ((2015)沪二中民六(商)初字第 111 号).

La cour intermédiaire de Ningbo, tribunal civil sur la compétence, n° 113 (2016) ((2016)浙 02 民辖终 113 号) ; la cour intermédiaire de Zhuhai, tribunal civil du dernier ressort, n° 243 (2016) ((2016)粤 04 民终 243 号).

La cour intermédiaire de Shenzhen, tribunal civil pour procédure spéciale, n° 719 (2018) ((2018) 粤 03 民特 719 号).

Cass., 2^e civ., le 31 janvier 2002, n° 00-17.847.

Cass., 1^{re} civ., le 14 novembre 2006, n° 05-12.395.

La cour d'appel de Paris, le 18 novembre 2004, n° 2002/19606.

C. Encyclopédies et dictionnaires

BRAUDO Serge, *Dictionnaire du Droit privé*, adresse URL : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ordre-public.php>, consulté le 5 juin 2023.

PUIGELIER Catherine, *Dictionnaire juridique*, coll. Paradigme, Larcier, Bruxelles, 2015.

D. Ouvrages

ARISTOTE, *Rhétorique I*, 1374 b., éd. Les Belles Lettres, 1932.

BLAISE J.-B., DESGORCES R., *Droit des affaires*, Lextenso, Paris, 2021.

EL-AHDAB Jalal, MAINGUY Daniel, et al., *Droit de l'arbitrage : théorie et pratique*, LexisNexis, Paris, 2021.

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, Paris, 2014.

MOREAU Bertrand et al., *Arbitrage en droit interne – Répertoire de procédure civile*, 2022, 1-10, adresse URL : https://www-dalloz-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?id=ENCY%2FPCIV%2FRUB000018%2F2017-06%2FPARA%2F1&scrl=ENCY%2FPCIV%2FRUB000018%2F2017-06%2FPARA%2F9&FromId=PCIV_RUB000018_DOC_1&ed=etudiants (consulté le 25 avril 2023).

RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Paris, 2016.

E. Articles

JIN Xin, « Les réformes récentes du contrôle judiciaire des sentences arbitrales en Chine », *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional* 33, no 1 (2020) : 127–145.

LI Yuquan, « Le développement de l'arbitrage en Chine », *Journal de l'Université de Wuhan*, 1993 (27), p. 60.

LOQUIN Éric, « L'ordre public et l'arbitrage », conférence association droit & commercial, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, direction scientifique de Bâtonnier Jean-Marie Leloup, Thomson Reuters, le 5 mars 2018.

WU Yilong, How to Define the Social Public Interest—Discussion Based on the Case of “Discouraging Smoking in the Elevator”, *Nanjing University Law Journal (CSSCI)*, 2022 (2), p. 73-90.

ZHANG Yongjian, REN Xuefeng et LIANG Ying, *Interprétation et application de deux textes jurisprudentiels de la CSC (Dispositions sur la vérification du contrôle judiciaire sur l'arbitrage de CSC et Dispositions le contrôle judiciaire sur l'arbitrage de CSC)*, *People's Judicature Application*, 2018 (04), p. 27.

Table des matières

Avertissement.....	i
Remerciement.....	ii
Abréviation.....	iii
Sommaire	iv
Introduction.....	1
Chapitre 1 – Le principe commun et fondateur de l’arbitrage : la liberté des parties.....	4
I. Au stade de l’accès à l’arbitrage	4
A. L’élargissement du domaine d’application	5
B. La validité de la convention d’arbitrage : souplesse du droit chinois et réserve du droit français.....	9
II. Au stade du déroulé de l’arbitrage	12
A. L’appropriation du principe compétence-compétence en Chine.....	13
B. Le pouvoir des arbitres investis par les parties	16
Chapitre 2 – Les limites à la liberté des parties : disparité et homogénéité.....	20
I. Les limites justifiées par la garantie des droits fondamentaux : lacune en Chine ?...	20
A. Les garanties fondamentales du droit de l’arbitrage français.....	21
B. L’application possible de ces garanties en Chine.....	23
II. Les limites justifiées par l’ordre public.....	26
A. Sur la convention d’arbitrage	27

B. Sur la sentence.....	31
Conclusion.....	36
Bibliographie.....	38
Table des matières.....	41