

Doctorant et ATER en droit international, chargé d'enseignement à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, laboratoire IREDIES (France). Cet article a été rédigé au cours d'un séjour de recherche (visiting) à l'Université de Pékin (Beida University / 北京大学) au printemps 2024. Contact disponible à l'adresse suivante: [valentin.martin\\_france@yahoo.fr](mailto:valentin.martin_france@yahoo.fr). ORCID 0000-0002-9189-7583



# **La politique juridique chinoise face au phénomène de juridictionnalisation du règlement des différends investisseur-État**

*China's Legal Policy towards the Jurisdictionalization of Investor-State Dispute Settlement*

Valentin Martin

## **RÉSUMÉS**

La juridictionnalisation du règlement des différends internationaux investisseur-État, depuis le début de la décennie 1990, a su établir l'arbitrage comme mécanisme juridictionnel indispensable à la solidification du système d'importation et d'exportation des investissements internationaux, au point que la République Populaire de Chine — pourtant longtemps critique à l'égard de celui-ci — s'est également ouverte à une telle option à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Deuxième État ayant signé le plus de traités bilatéraux d'investissement au monde, la Chine (et ses nationaux) se trouve néanmoins toujours aussi peu présente devant les tribunaux arbitraux d'investissement, et la question se pose de savoir si cela peut être expliqué au-delà des simples conjonctures économiques. Par l'analyse des techniques juridiques traditionnellement utilisées par la Chine pour endiguer au maximum l'application du mécanisme juridictionnel d'une clause compromissoire, ainsi que par l'étude des nouvelles propositions chinoises visant à promouvoir des méthodes alternatives à la saisine juridictionnelle, nos propos viseront à montrer comment

la Chine utilise la négociation des accords d'investissement pour y inclure des moyens de déjurisdictionnaliser le règlement des différends investisseur-État.

The jurisdictionalization of investor-state international dispute settlement since the beginning of the 1990s has succeeded in establishing arbitration as an indispensable jurisdictional mechanism for the solidification of the international investment system, to the extent that the People's Republic of China—which had long been critical of it—also opened up to such an option at the end of the 20th century. As the second most active signatory of bilateral investment treaties in the world, China (and its nationals) are still very much absent from investment arbitration proceedings, which raises the question of whether such a weak presence can be explained by more than economic circumstances. By analyzing the legal techniques traditionally used by China to limit as much as possible the application of the jurisdictional mechanism under a compromissory clause, as well as the new proposals it has put forward to promote alternative methods to bringing a case before the courts, our discussion aims to show how China uses the negotiation of investment agreements to include means of de-jurisdictionalizing the settlement of investor-state disputes.

自九十年代初以来, 国际仲裁已成为国际投资相关贸易发展不可或缺的司法机制。长期对此机制持批评态度的中国也在二十世纪末对其开放, 签署了大量投资条约。然而, 中国在投资人与国家间的仲裁程序中仍然非常缺席。本文旨在分析中国为尽可能避免将争议提交国际仲裁员所使用的法律手段, 以及中国旨在促进替代性解决争议方法的提案。



Le phénomène de «juridictionnalisation» du système juridique international — entendu tant comme le processus de multiplication des instances juridictionnelles internationales que comme celui de l'accroissement des moyens de saisir celles-ci — est consubstantiel au développement du droit international contemporain<sup>1</sup>. S'il demeure que la fonction juridictionnelle du règlement des différends internationaux se trouve encore à être observée comme une exception commode dans la vaste panoplie des moyens de résolution pacifique des différends internationaux, elle tend à être de plus en plus perçue à la fois comme une finalité naturelle du contentieux international et comme un moyen de parvenir à l'établissement d'une véritable justice internationale<sup>2</sup>. Le domaine du droit des investissements internationaux n'échappe pas à cette tendance<sup>3</sup>, quand bien même celle-ci se trouve être le fait d'une procédure arbitrale et non pas judiciaire<sup>4</sup>.

La République populaire de Chine (RPC), en tant qu'importante puissance économique et d'investissement sur la scène internationale, a dû également suivre cette tendance à la juridictionnalisation du champ du règlement des différends investisseur-État (RDIE). Initialement hostile à toute politique favorable à la signature d'accords d'investissement<sup>5</sup> avant la décennie 1980, son ouverture au monde extérieur et aux relations économiques internationales, à la suite du décès de Mao Zedong et de l'arrivée au pouvoir de

1 Voir notamment, parmi bien d'autres exemples, Philippe Weckel, «La juridictionnalisation du droit international ou la révolution en trompe-l'œil», (2001) 6 *Civitas Europa* 277-305; Société française de droit international (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003; Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

2 Voir notamment l'analyse de la notion de «justice internationale» par la professeure Catherine Kessedjian, Catherine Kessedjian, «Le tiers impartial et indépendant en droit international: juge, arbitre, médiateur, conciliateur», (2019) 403 *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye* 56, notamment aux pp 67-68 et aux pp 102 et s.

3 Charles Leben, «Droit international des investissements: un survol historique», dans Charles Leben, dir, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, 1 aux pp 64 et s.

4 Pour les nécessités de cet article, la distinction entre règlement «arbitral» et «judiciaire» sera omise, les deux renvoyant à la caractéristique d'un règlement juridictionnel. Voir Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005 aux pp 75-76.

5 Nous entendons par «accord d'investissement» à la fois les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et l'ensemble des accords économiques incluant un chapitre relatif aux investissements.

l'architecte de la « Réforme » Deng Xiaoping, a également entraîné une attractivité nouvelle pour un domaine des investissements internationaux largement délaissé depuis l'avènement de la République populaire en 1949<sup>6</sup>. À partir de 1978, la politique d'ouverture chinoise au monde extérieur a pu se réaliser grâce au soutien d'un droit interne chinois désormais plus libéral (notamment dans le cadre de l'accueil des investissements internationaux<sup>7</sup>), qui s'est doublé d'une ouverture du gouvernement chinois, en droit international, à la négociation de traités bilatéraux d'investissement (TBI). La Chine signe ainsi, en 1982, son premier TBI avec la Suède<sup>8</sup>, avant de se doter d'un premier modèle de TBI en 1984<sup>9</sup>.

- 
- 6 Malgré un discours officiel initialement favorable au maintien des investissements étrangers sur le territoire chinois si ceux-ci obéissaient aux décisions et ordonnances du gouvernement, entre 1949 et 1957 la totalité des investissements étrangers et participations étrangères dans les entreprises chinoises (hormis ceux en provenance de l'Union soviétique) disparaît, soit que les investisseurs ont été expropriés, soit qu'ils ont abandonné leurs capitaux. La rupture des relations sino-soviétiques au cours de la décennie 1960 et le retour à une conception radicale du socialisme d'État lors de la Révolution Culturelle de 1966 auront eu définitivement raison de la politique et de la pratique chinoise en matière de soutien aux investissements directs étrangers entrants.
- 7 L'année 1979 marque le premier basculement chinois vers une politique favorable à la signature de TBI. Est alors promulguée la *Loi sur les coentreprises à capitaux chinois et étrangers*, modifiée en profondeur en 1990 pour répondre à un attrait particulièrement fort de capitaux étrangers sur le territoire chinois. D'autres lois vont être adoptées durant la décennie 1980 (notamment celle de 1986 sur les entreprises exploitées exclusivement avec des capitaux étrangers et celle de 1988 sur les coentreprises contractuelles faisant appel à des investissements chinois et étrangers), venant progressivement codifier les modalités d'investissement et les diverses formes de coentreprises ou entreprises à capitaux étrangers, les domaines d'investissement ouverts aux capitaux étrangers et les procédures à suivre lors de la création d'une telle entreprise (Matteo Vaccaro-Incisa, *China's Treaty Policy and Practice in International Investment Law and Arbitration: A Comparative and Analytical Study*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021 aux pp 21 et s; Zhihong Han, « La législation chinoise sur les investissements étrangers et son évolution », (1996) 37:3 Les Cahiers de droit 799 aux pp 802 et s; Michael J Ennright, « China's Inward Investment: Approach and Impact », dans Julien Chaisse, dir, *China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2019 23 à la p 25).
- 8 *Agreement on Mutual Protection of Investments Between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of the Peoples Republic of China*, 29 mars 1982 (entrée en vigueur: 29 avril 1985) en ligne [en anglais]: <edit.wti.org> [[perma.cc/PJ38-JS2Y](https://perma.cc/PJ38-JS2Y)] [*TBI Chine-Suède*].
- 9 Texte modèle disponible en ligne [en anglais]: <edit.wti.org> [[perma.cc/3PPY-RBHE](https://perma.cc/3PPY-RBHE)].

Cependant, la multiplication de la signature de TBI (plus d'une centaine) par la Chine durant les quinze premières années de son ouverture économique n'entraîne pas véritablement une meilleure intégration du pays dans le mécanisme juridictionnel de RDIE. En effet, entre 1982 et 1997, la Chine n'a accepté de signer que des TBI dont les clauses compromissaires limitaient drastiquement la compétence matérielle des tribunaux arbitraux chargés de régler les différends investisseur-État<sup>10</sup>. Par la rédaction d'une clause octroyant compétence à un tribunal arbitral pour régler les seuls différends relatifs au montant d'une indemnisation résultant d'une expropriation, la RPC a grandement limité les moyens permettant à un investisseur chinois ou étranger de saisir un tribunal arbitral en invoquant un TBI signé par la Chine. Cette clause implique en effet qu'un tribunal arbitral ne peut être constitué que pour statuer sur un différend portant sur le montant d'une indemnisation liée à une expropriation déjà préétablie par des négociations bilatérales ou par décision (judiciaire ou administrative) unilatérale étatique. La saisine arbitrale suppose donc à la fois que l'État d'accueil de l'investissement ait déjà mis en œuvre une mesure d'expropriation à l'égard de l'investisseur étranger, que cette mesure ait déjà été appliquée, et qu'un montant d'indemnisation ait déjà été déterminé par décision gouvernementale ou judiciaire; ce montant étant seul susceptible d'être invoqué devant un tribunal arbitral qui a compétence pour le réévaluer.

Cette politique extrêmement restrictive à l'égard de la fonction juridictionnelle du RDIE n'évolue qu'à partir de 1997, par la signature d'un *TBI Chine-Afrique du Sud* qui ne limite plus matériellement la compétence d'un tribunal arbitral<sup>11</sup>, avant que ne soit signé, en 1998, un *TBI Chine-Barbade*

10 Pour un exemple de rédaction d'une telle clause, voir celle rédigée en 1985 à l'art 8§3 du *TBI Chine-Danemark*, et qui a ensuite été recopiée à l'identique ou presque dans l'ensemble des accords subséquents: «Si un différend portant sur le montant de l'indemnité résultant de l'expropriation [...] ne peut être réglé dans un délai de six mois après le recours à la procédure prévue à l'alinéa 1 du présent article par le ressortissant ou la société concerné, il peut être soumis à un tribunal arbitral international» [notre traduction], *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Encouragement and the Reciprocal Protection of Investments*, 29 mars 1982, version révisée signée le 27 septembre 2004, en ligne [en anglais]: <edit.wti.org> [perma.cc/5QET-NBVB] [*TBI Chine-Danemark*].

11 L'article 9.2 du *TBI Chine-Afrique du Sud* dispose que «Si le différend ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai de six mois, l'une ou l'autre des parties au différend aura le droit

qui permet pour la première fois à un investisseur de saisir le CIRDI de façon inconditionnelle<sup>12</sup>. Depuis cette date — et jusqu’au début de la décennie 2010 — la Chine a inclut, dans la totalité des TBI qu’elle a négociés, une clause compromissoire non limitée matériellement. Elle est même devenue, par sa pratique et son discours, un État considéré comme extrêmement favorable au développement des accords d’investissement et au mécanisme arbitral de RDIE. Étant à ce jour le deuxième État ayant signé le plus d’accords d’investissements au monde (108 TBI et 28 accords économiques comprenant un chapitre relatif aux investissements en vigueur à ce jour<sup>13</sup>) après l’Allemagne, la Chine est également l’un des États ayant la plus forte capacité d’attraction des investissements étrangers, mais aussi l’un de ceux soutenant officiellement le recours à l’arbitrage d’investissement, au point qu’elle apparait désormais, aux yeux de certains observateurs, comme «*a global*

---

de soumettre le différend à un arbitrage international» [notre traduction], *Agreement Between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, 30 décembre 1997 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> avril 1998) en ligne [en anglais]: <treaty.mfa.gov.cn> [[perma.cc/D9CK-R9JL](https://perma.cc/D9CK-R9JL)] [*TBI Chine-Afrique du Sud*].

12 Voir en ce sens l’article 9(2) du *TBI Chine-Barbade* qui dispose que:

Si un différend visé au paragraphe 1 du présent article ne peut être réglé dans les six mois suivant la date à laquelle la notification écrite du différend a été reçue par l’une des parties de la part de l’autre partie au différend, l’investisseur a le droit de choisir de soumettre le différend à un arbitrage international auprès de l’une des instances suivantes: a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) [...] ou; b) un tribunal arbitral constitué conformément au Règlement d’arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). L’autorité de nomination en vertu de ce règlement sera le Secrétaire général du CIRDI

[notre traduction], *Agreement between the Government of Barbados and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion and Protection of Investments*, 20 juillet 1998, en ligne [en anglais]: <internationalbusiness.gov.bb> [[perma.cc/33BD-JH6J](https://perma.cc/33BD-JH6J)]. La Chine a effectivement signé (en 1990) et ratifié (en 1993) la *Convention de Washington* de 1965 instituant le CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États*, 19 mars 1965, 575 RTNU 169, 4 ILM 524 (entrée en vigueur: 14 octobre 1966, accession de la Chine 6 février 1993).

13 Les chiffres sont ceux fournis par le site dédié de la CNUCED au 26 février 2025. Chiffres disponibles au lien suivant: <investmentpolicy.unctad.org> [[perma.cc/W9PY-Q8NA](https://perma.cc/W9PY-Q8NA)].

ISDS power»<sup>14</sup>. Le gouvernement chinois se présente d'ailleurs lui-même comme tel, considérant que l'arbitrage investisseur-État joue

un rôle important pour ce qui est de protéger les droits et les intérêts des investisseurs étrangers et de promouvoir l'investissement international. Il permet également d'intégrer l'état de droit dans la gouvernance de l'investissement international et d'éviter que des différends économiques entre investisseurs et pays hôtes ne dégénèrent en conflits politiques entre nations. Dans l'ensemble, la Chine estime donc opportun de maintenir ce mécanisme<sup>15</sup>.

Ainsi, promotrice d'une méthode juridictionnalisée du RDIE, supportrice d'une politique d'investissement globalisée<sup>16</sup>, la Chine est ainsi généralement observée comme un bon élève du mécanisme arbitral, au point que certains n'hésitent pas à affirmer que «le nombre de différends en matière d'investissement impliquant la Chine augmentera à l'avenir»<sup>17</sup>.

Pourtant, ce discours officiel chinois favorable aux investissements internationaux et à leur résolution par règlement arbitral ne s'observe pas dans la pratique. En effet, l'ouverture a priori libérale des clauses compromissoires insérées dans les accords d'investissement signés par la Chine à partir de la fin de la décennie 1990 aurait dû bien logiquement augmenter

---

14 Diane A Desierto, «China as a Global ISDS Power» (24 août 2018), en ligne: *Investment Claims* (blogue) <[oxia.ouplaw.com](http://oxia.ouplaw.com)> [[perma.cc/24R5-B6QH](https://perma.cc/24R5-B6QH)]. Voir également Florian Couveinhes-Matsumoto, «La politique juridique extérieure de la République populaire de Chine», (2016) 17 *Annuaire Français de Relations Internationales* 551 aux pp 569 et s; Guiguo Wang, «Chinese Mechanisms for Resolving Investor-State Disputes», (2011) 1:1 *Jindal Journal of International Affairs* 204 aux pp 228 et s; Ming Du, «Explaining China's Approach to Investor State Dispute Settlement Reform», (2022) 28 *European Law Journal* 281 aux pp 286–88; Yayezi Hao et Ignacio de la Rasilla, «China and International Adjudication—Picking Up Steam?», (2021) 12:4 *Journal of International Dispute Settlement* 637.

15 CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) — Communication présentée par le Gouvernement chinois*, CNUDCI, 38<sup>e</sup> sess, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.177 (2019), Annexe, à la p 2.

16 En témoigne son rôle lors de la réunion du G20 de 2016 qui, sous sa présidence, a permis la publication des principes directeurs du G20 pour l'élaboration des politiques d'investissement internationales ainsi que la création d'un groupe de travail du G20 sur le commerce et l'investissement.

17 Du, *supra* note 14 à la p 294 [notre traduction].

le nombre d'affaires arbitrales impliquant le gouvernement chinois ou un investisseur chinois, d'autant plus au regard de l'accroissement manifeste du flux d'investissements entrant sur le (et sortant du) territoire chinois. Pourtant, force est de constater que cette apparente ouverture chinoise au mécanisme arbitral d'investissement ne s'est pas concrètement traduite par une augmentation du nombre d'affaires soumises à un tribunal arbitral d'investissement sur la base d'un accord signé par la Chine, au regard du nombre extraordinairement peu élevé d'affaires arbitrales d'investissement impliquant la Chine ou un national chinois. La Chine se situe d'ailleurs parmi les États qui — lorsqu'est observé le ratio « nombre d'affaires arbitrales impliquant l'État ou l'un de ses nationaux » / « nombre de TBI ratifiés » — obtiennent le score le plus faible<sup>18</sup>. À ce jour, seules 20 affaires ont été soulevées par un national chinois, et 9 avec la Chine comme État défendeur<sup>19</sup>.

En réalité, malgré la multiplication de la signature d'accords d'investissement, la Chine a toujours maintenu une pratique effective d'éviction de la saisine arbitrale en matière de RDIE (I). Cette politique hostile à toute procédure juridictionnelle s'est dernièrement étoffée par le développement de nouvelles méthodes alternatives diversifiées — dans le cadre des dispositions conventionnelles — qui visent à déjuridictionnaliser le différend d'investissement, soit en imposant des conditions de compétence juridictionnelle plus strictes, soit en promouvant des alternatives non-juridictionnelles à la saisine arbitrale classique (II). Prises ensemble, ces nouvelles modalités de règlement des différends témoignent d'une volonté chinoise de non plus seulement chercher à limiter sa participation au mécanisme juridictionnel, mais bien de proposer de nouvelles méthodes de règlement des différends

18 À titre de comparaison, sur les douze États ayant ratifié le plus de TBI au monde (l'Allemagne (91 affaires / 149 TBI signés), la Turquie (69 / 99), la Suisse (53 / 126), les Émirats arabes unis (19 / 77), l'Égypte (54 / 87), le Royaume-Uni (116 / 99), la France (70 / 109), les États-Unis (258 / 41), la Belgique (24 / 85)), la Chine est en 10<sup>e</sup> position en termes de nombre d'affaires impliquant l'État ou un de ses nationaux (29 / 131), juste devant la Corée du Sud (18 / 99) et le Koweït (16 / 77); et ce alors même que tous ces États (sauf l'Allemagne) ont signé moins de TBI que la Chine. Ces chiffres proviennent de la base de données de la CNUCED [mars 2025]. Disponibles à partir de la rubrique « International Investment Agreements Navigator » du site: <investmentpolicy.unctad.org> [[perma.cc/DQR4-KFK8](https://perma.cc/DQR4-KFK8)].

19 Ces chiffres sont ceux établis par la CNUCED, à la page « Chine » en février 2025. Disponibles au lien suivant: <investmentpolicy.unctad.org> [[perma.cc/3FN2-AW37](https://perma.cc/3FN2-AW37)].

à l'aune d'un discours gouvernemental chinois qui témoigne de plus en plus d'une volonté de déjuridictionnaliser le mécanisme de RDIE.

## **I. Une traditionnelle politique d'endiguement du recours juridictionnel international dans le cadre du RDIE**

Deux caractéristiques de la politique juridique de la Chine à l'égard du RDIE expliquent sa relative absence des mécanismes arbitraux sur la base d'un accord d'investissement: tout d'abord une diplomatie active au soutien d'une non-application des clauses compromissaires contenues dans lesdits accords (A), mais également le développement d'une clause de réexamen administratif préalable à toute saisine arbitrale que le gouvernement chinois a su insérer dans la quasi-totalité des accords d'investissement signés à partir de la fin de la décennie 1990, et dont il en a précisé l'application dans le cadre d'importantes réformes législatives (B).

### **A. La diplomatie juridique chinoise au soutien de la non-application des clauses compromissaires insérées dans les accords d'investissement**

La première technique utilisée par la Chine pour éviter de recourir au mécanisme juridictionnel est tout simplement celle de l'argumentaire juridique selon lequel le tribunal arbitral serait incompétent.

À cet égard, il nous semble nécessaire ici d'analyser à la fois les décisions arbitrales prises sur la base d'un différend impliquant l'État chinois, et celles impliquant un investisseur chinois. En effet, l'analyse combinée des affaires impliquant l'État chinois ou un national chinois se comprend par la base juridique identique qui sous-tend le fondement de ces différends, à savoir les TBI signés par la Chine. Si les objectifs fondant l'argumentaire juridique de l'État chinois ou d'un investisseur chinois ne peuvent être analysés conjointement (l'État cherchant naturellement à convaincre le tribunal arbitral de son incompétence; l'investisseur chinois face à un État étranger soutenant naturellement l'inverse), le fait même que l'ensemble de ces affaires soit basé sur l'application et l'interprétation de mêmes textes conventionnels entraîne *de facto* des questionnements juridiques semblables

(voire identiques) dans chacun des cas. Notons également que — nous le verrons, la politique juridique de l'État chinois intervient parfois directement dans un contexte arbitral qui lui est pourtant étranger, lorsqu'un différend survient entre un investisseur privé chinois et un État signataire d'un traité d'investissement avec la Chine.

À ce jour, sur la totalité des TBI signés par la Chine et entrés en vigueur, moins de la moitié garantissent un accès a priori non restreint au règlement arbitral des différends investisseurs-État. Le reste d'entre eux (environ 60%<sup>20</sup>) négociés avant 1997, sont donc soumis à une vision restreinte du règlement arbitral des différends d'investissement (soit par l'absence totale de mécanisme arbitral, soit par une clause arbitrale limitée). Or, sur l'ensemble des affaires impliquant le gouvernement chinois ou un investisseur chinois, plus des 3/5<sup>e</sup> (66%) sont basées sur des TBI de premières générations (signés avant 1997), à savoir 19 sur 29. De plus, sur les 10 affaires qui ont déjà donné lieu à une décision arbitrale (sur la compétence et/ou au fond)<sup>21</sup>, six étaient basées sur des TBI signés par la Chine avant 1997<sup>22</sup>. Il peut donc déjà être déduit de cette analyse la place prépondérante que détiennent les accords d'investissement chinois de premières générations dans les procédures arbitrales de règlement des différends investisseur-État auxquelles sont parties le gouvernement chinois ou les investisseurs chinois. Or, ces six affaires ont toutes donné lieu à d'importants débats quant à l'interprétation restrictive ou extensive qui devait être prêtée à cette clause compromissive de règlement des différends d'investissement insérée dans les premiers TBI signés par la Chine.

20 Yuwen Li et Cheng Bian Bi, « China's Stance on Investor-State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options » (2020) 67 *Netherlands International Law Review* 503 à la p 507.

21 Une affaire dans laquelle l'État chinois est défendeur (*Ansung c China*) et 9 affaires dans lesquelles un investisseur chinois est demandeur (*Señor Tza Yap Shum c République du Pérou*, *China Heilongjiang c Mongolie*, *Ping-An Life v Belgium*, *Sanum Investments v Laos*, *Beijing Urban Construction v Yemen*, *Zhongshan Fucheng v Nigeria*, *Fengzhen Min v Korea*, *Wang v Finland*, *Beijing Everyway v Ghana*).

22 *Señor Tza Yap Shum c République du Pérou*, *China Heilongjiang c Mongolia*, *Ping-An Life c Belgium*, *Sanum Investments c Laos*, *Beijing Urban Construction c Yemen*, *Beijing Everyway c Ghana*.

Les débats se sont surtout focalisés sur la question de savoir si l'expression «relative au» (dans la phrase «toute question relative au montant de l'indemnisation résultant d'une expropriation») devait se rapporter en sus à d'autres questions relatives à l'expropriation alléguée<sup>23</sup>, ou au contraire devait être strictement interprétée comme limitant expressément la compétence du tribunal arbitral au calcul de la somme indemnisant l'investisseur<sup>24</sup>. La polarisation de cette question a engendré la formation de deux courants jurisprudentiels parfaitement antagonistes<sup>25</sup>. Cette véritable divergence d'opinions

23 Comme celles relatives à l'existence de l'expropriation, à la justification d'intérêt public, ou à la soumission préalable à une procédure juridique interne (voir *Señor Tza Yap Shum c République du Pérou* (2009), Décision sur la compétence, Affaire n° ARB/07/6 aux para 145–53 (CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (Arbitres: Judd Kessler, Hernando Otero et Pr Juan Fernández-Armesto) [*Tza Yap Shum c Pérou*, Décision sur la compétence]; *Sanum Investments Limited c République démocratique populaire lao* (2013), Décision sur la compétence, Affaire n° 2013-13 au para 329 (CPA Cour permanente d'arbitrage) (Arbitres: Pr Bernard Hanotiau, Pre Brigitte Stern et D<sup>r</sup> Andrés Rigo Sureda); *Beijing Urban Construction Group Co Ltd c République du Yémen* (2017), Décision sur la compétence, Affaire n° ARB/14/30 aux para 64–92 (CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (Arbitres: Hon Ian Binnie, Pr Zachary Douglas et John M Townsend).

24 *China Heilongjiang and others v Mongolia* (2017), Affaire n°2010-20 au para 439 (CPA Cour permanente d'arbitrage) (Arbitres: Hon Peter Tomka, Yas Banifatemi et Mark Clodfelter); *Beijing Everyway Traffic & Lighting Tech Co Ltd v The Republic of Ghana* (I) (2023), Décision finale sur la compétence, Affaire n°2021-15 aux para 156–67 (CPA Cour permanente d'arbitrage) (Arbitres: V K Rajah SC, Pr Richard Oppong et Pr Stavros Brekoulakis); *AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Ltd v People's Republic of China* (2023), Affaire n°ADM/21/1 aux para 61–84 (CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (Arbitres: Pr Klaus Sachs, Stanimir Alexandrov et Pr Albert Jan van den Berg).

25 Dans la décision *China Heilongjiang c Mongolie* de juin 2017, les propos explicites du tribunal arbitral témoignent de cette dualité des positions:

De l'avis du Tribunal, le terme «impliquant [*involving*]» est neutre. En soi, il n'élargit ni ne restreint la catégorie des différends relevant de la compétence du Tribunal [...]. *Le Tribunal est conscient que certains autres tribunaux arbitraux et la Cour d'appel de Singapour sont parvenus à une interprétation différente de dispositions similaires dans d'autres traités bilatéraux d'investissement [...]*. Ces tribunaux et la Cour d'appel ont justifié leur conclusion principalement par le motif de l'effet utile. Comme les demandresses en l'espèce, elles ont estimé qu'une lecture étroite des dispositions pertinentes du traité les priverait de toute signification pratique. *Avec tout le respect qui lui est dû, ce Tribunal ne partage pas cette préoccupation.* De l'avis du Tribunal, le paragraphe 3 de l'article 8 conservera son effet juridique. L'arbitrage devant un tribunal arbitral *ad hoc* serait possible dans les cas où une expropriation a été formellement proclamée et où le litige porte sur le montant à payer par l'État à l'investisseur pour son investissement exproprié. En d'autres termes, l'arbitrage sera possible si le litige se limite effectivement au montant de l'indemnisation pour une expropriation pro-

entre les tribunaux arbitraux sur la façon dont il faudrait interpréter cette clause compromissoire explique le peu d'entrain que peuvent trouver les investisseurs — hautement intéressés par le maintien de leurs investissements et de leurs activités sur le marché national chinois<sup>26</sup> — à saisir un tribunal arbitral contre le gouvernement de Pékin. L'absence d'une jurisprudence cohérente et la polarisation extrême de la question de l'interprétation de cette clause arbitrale parmi la communauté des arbitres rend d'autant plus improbable l'application du principe de sécurité juridique.

Le gouvernement chinois, qui a compris tout l'enjeu de ce débat — et qui en a conclu qu'une interprétation extensive de cette clause compromissoire pourrait l'amener à être très régulièrement attiré devant les tribunaux arbitraux d'investissement —, a développé une véritable diplomatie de prévention du différend par le biais d'importantes consultations amiables préalables avec un éventuel investisseur étranger intéressé par une saisine arbitrale. Quelques affaires peu médiatisées ont notamment déjà pu mettre en lumière certaines pratiques ayant permis au gouvernement chinois d'éviter un arbitrage CIRDI sur le fondement d'un TBI, alors même que l'investisseur avait émis le souhait de saisir l'instance internationale<sup>27</sup>. D'autres affaires, pourtant soulevées devant le CIRDI par l'investisseur, ont finalement fait

---

clamée, dont la survenance n'est pas contestée. S'il est vrai que les expropriations formellement proclamées sont moins fréquentes que les mesures ayant un effet équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation (qui sont également interdites par l'article 4 du Traité), le Tribunal ne voit pas en quoi une disposition d'arbitrage qui engloberait néanmoins toute une catégorie de litiges pourrait être considérée comme dépourvue d'effet utile [notre traduction, nos italiques].

*China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp, Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd et Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co Ltd c Mongolie* (2017), Affaire n° 2010-20 aux para 446-48 (CPA Cour permanente d'arbitrage) (Arbitres: Peter Tomka, D<sup>r</sup> Yas Banifatemi et Mark Clodfelter).

- 26 Matthew Hodgson et Adam Bryan, « Investment Treaty Arbitration in Asia: The China Factor » dans *China's international Investment Strategy*, *supra* note 7, 430 à la p 437. Voir aussi Yamen Zheng, *China's Foreign Investment Legal Regime: Toward China's Development Goals*, Nijhoff International Investment Law Series 22, Leiden, Brill Nijhoff, 2023 aux pp 170-71; Ming Du et Wei Shen, « The Future of Investor-State Dispute Settlement: Exploring China's Changing Attitude », dans Julien Chaisse, Leïla Choukroune et Sufian Jusoh, dir, *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapour, Springer, 2021 aux pp 2483-506 et à la p 2487.
- 27 Nous pensons notamment aux affaires *Shanghai Baileyuan c Shanghai municipal gouvernement* en 2004 et *Quanzhou Mingyuan Hotel c Quanzhou City* en 2008, toutes deux développées notamment dans Wang, *supra* note 14 aux pp 218 et s.

l'objet d'un accord à l'amiable. Tel fut notamment le cas de la toute première affaire devant le CIRDI contre le gouvernement chinois, *Ekran Berhad*. Enregistrée en 2011, l'affaire a été suspendue d'un commun accord deux mois après le dépôt de la plainte, et le différend a été réglé en privé deux ans plus tard. Il semblerait que le gouvernement chinois ait largement poussé à un règlement amiable avec l'entreprise, avant que la procédure arbitrale ne débute effectivement<sup>28</sup>. Enfin, et plus généralement, dans l'ensemble des affaires pour lesquelles l'État chinois était défendeur sur la base d'un TBI antérieur à 1997, l'argument principal de l'État chinois était de venir soulever l'approche interprétative stricte de cette clause compromissoire; une approche interprétative de plus en plus consolidée par la publication de décisions en faveur d'une telle interprétation restrictive<sup>29</sup>.

De façon plus originale, le gouvernement chinois n'a pas hésité à argumenter contre ses propres nationaux, et à tenir un rôle de conseil juridique du gouvernement péruvien en l'affaire *Tza Yap Shum c Pérou* (première saisine arbitrale d'un investisseur chinois en 2007) aux fins d'argumenter en faveur d'une interprétation littérale de la clause compromissoire. S'opposant frontalement à son propre citoyen, le gouvernement central chinois a soumis au tribunal arbitral divers témoignages et preuves, ainsi que des déclarations d'éminents professeurs de droit et du représentant chinois qui avait négocié, en 1994, le TBI avec le Pérou<sup>30</sup>. L'importance de la délégation

28 Alison Ross, «China claim over before it begins?» (5 août 2011), en ligne (blogue): <global arbitrationreview.com> [[perma.cc/LY3D-6WJX](https://perma.cc/LY3D-6WJX)].

29 Voir ici l'ensemble des arguments de l'État chinois dans les affaires citées en notes de bas de page 24 et 25.

30 Fan Jianghong, qui a témoigné aux côtés de Maria del Carmen Vega (négociatrice côté péruvien en 1994), a déclaré que les négociations entre la Chine et le Pérou entre 1992 et 1994 s'étaient essentiellement basées sur le modèle chinois de TBI (*Tza Yap Shum c Pérou*, Décision sur la compétence, *supra* note 23 au para 135), et qu'en 1993 la Chine avait explicitement refusé la proposition péruvienne d'ouvrir l'arbitrage CIRDI sans restriction à la suite de l'intégration du Pérou dans le CIRDI (*ibid* au para 136). Mr Fan a également déclaré, dans des termes non équivoques, que la délégation chinoise de 1994

[avait] expliqué à nos homologues [péruviens] que la disposition relative au règlement des différends dans le traité devrait avoir une interprétation étroite. Je me souviens que nous vous avons donné un exemple clair et simple, que nous avons utilisé au cours de plusieurs négociations: «vous pouvez soumettre un litige à l'arbitrage sans notre consentement au cas où nos tribunaux décideraient qu'il y a eu expropriation de votre investissement et que 6 dollars vous sont dus

chinoise aux côtés des représentants péruviens témoigne de l'inquiétude véritable, de la part du gouvernement chinois, de voir une clause compromissaire limitée être interprétée de façon si extensive et, a fortiori, d'être utilisée pour soutenir la compétence des tribunaux arbitraux dans d'éventuelles futures autres affaires.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul exemple d'intervention de l'État chinois dans une procédure impliquant un investisseur chinois et un État étranger, en vue de venir limiter l'applicabilité de la clause compromissaire insérée dans un TBI. Dans l'affaire *Sanum c Laos*, l'État défendeur avait déposé divers éléments de preuve attestant d'une communication diplomatique entre le Laos et la Chine en vue d'exclure l'application de la clause compromissaire du TBI à la région de Macao (et donc a fortiori aux investisseurs de Macao). La date d'envoi des lettres, transmises juste après que le tribunal arbitral ait statué sur sa compétence (et à quelques jours de la saisine de la Haute Cour de Singapour par le Laos), traduit d'ailleurs le fait que les deux États ont cherché à coordonner leurs efforts en vue de s'allier devant le juge singapourien. La Cour d'appel de Singapour a cependant invalidé cette analyse, estimant que ces lettres diplomatiques avaient été établies après la date critique de la cristallisation du différend (et ne pouvaient donc pas être utilisées en tant que moyen d'interprétation du TBI<sup>31</sup>), et que de toute manière ces lettres ne pouvaient constituer un accord ultérieur (au sens de l'article 31.3 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*), confirmant l'interprétation continue du TBI depuis sa signature jusqu'à la cristallisation du différend. L'intervention de l'État chinois dans cette affaire (contre les arguments de son propre national donc) nous permet de conclure que la Chine n'hésite pas à développer un argumentaire juridique visant à restreindre au maximum l'application de la clause compromissaire insérée dans un TBI, quand bien même cet argumentaire juridique serait défavorable à ses propres ressortissants.

---

mais que vous estimez que la dette est de 10 dollars». Cet exemple reflète la limite extérieure du consentement de la République de Chine à l'arbitrage international,

*ibid* au para 167 [notre traduction].

31 *Sanum investments Ltd c Government of The Lao People's Democratic Republic*, [2016] SGCA 57 au para 112.

## B. L'inclusion d'une clause de réexamen administratif préalable comme méthode de prévention d'un différend international juridictionnalisé

En parallèle d'une ouverture plus libérale au mécanisme arbitral de RDIE à la fin de la décennie 1990, le gouvernement chinois a poussé à l'insertion, dans les accords d'investissement qu'il a négociés, d'une clause de réexamen administratif préalable<sup>32</sup>, véritable «trait distinctif de la pratique chinoise en matière de traités d'investissement»<sup>33</sup>. En effet, depuis 1997, quasiment tous<sup>34</sup> les accords d'investissement signés par la Chine contiennent une telle clause. Énoncée en des termes généraux, cette obligation impose à tout investisseur étranger de suivre une procédure administrative préalable auprès de l'administration du lieu où se déroule l'investissement, et selon les règles internes applicables à de telles procédures administratives. Si ce mécanisme est toujours présent dans les accords d'investissement signés par la Chine, son inclusion s'observe cependant de trois manières distinctes :

Soit par l'insertion d'une clause «optionnelle» de réexamen administratif préalable, dont la conditionnalité d'application est soumise non au choix de l'investisseur mais à celui de l'État. Cette rédaction, la plus répandue dans les accords d'investissement signés par la Chine, permet à l'État impliqué dans un différend d'imposer, s'il le souhaite, à l'investisseur qu'il engage d'abord une telle procédure administrative<sup>35</sup>.

---

32 Cette expression est notre traduction de l'expression originale en anglais («*priori administrative review procedure*») la plus couramment utilisée. Soulignons qu'une autre traduction en français existe à l'article 7 du *TBI France-Chine* de 2007: «procédure[s] administrative[s] interne[s] d'examen», *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 26 novembre 2007 (entrée en vigueur: 20 août 2010) en ligne: <jusmundi.com> [[perma.cc/3HUM-F6W8](https://perma.cc/3HUM-F6W8)].

33 Vaccaro-Incisa, *supra* note 7 à la p 135 [notre traduction].

34 Exception faite des accords de libre-échange dont le chapitre relatif aux investissements n'a pas encore fait l'objet de négociations quant aux méthodes de règlement des différends (l'*ALE Chine-Australie* de 2015 ou le *RCEP* de 2020), et de trois accords qui ne contiennent pas de telles clauses: les *TBI Chine-Iran* (2000) et *TBI Chine-Nigéria* (2001), et l'*Accord de libre-échange Chine-Ile Maurice* de 2019.

35 La première insertion d'une telle clause se retrouve dans le *TBI Chine-Afrique du Sud* de 1997. La clause se lit comme suit:

Soit par l'insertion d'une clause « obligatoire » de réexamen administratif préalable. Contrairement à la clause optionnelle, ce type de clause est, comme son nom l'indique, intégrée dans un ensemble de démarches préarbitrales obligatoires à effectuer avant toute saisine d'un tribunal arbitral<sup>36</sup>.

Soit par l'insertion d'une clause « obligatoire », mais uniquement du côté chinois, témoignant ainsi d'une capacité de négociation diplomatique considérable de la part d'un État chinois qui réussit à imposer pour lui-même seulement des conditions supplémentaires préarbitrales<sup>37</sup>.

---

Si le différend ne peut être réglé par des négociations dans un délai de six mois, l'une ou l'autre des parties au différend aura le droit de soumettre le différend à un tribunal arbitral international, à condition que la partie contractante impliquée dans le différend puisse exiger de l'investisseur qu'il entame des procédures de recours administratif conformément avec ses lois et réglementations, et à condition que l'investisseur n'ait pas soumis le différend à un tribunal national de cette partie contractante *TBI Chine-Afrique du Sud*, supra note 11 à l'article 9.2.

36 Pour exemple, l'article 9.1 du *TBI Chine-Colombie* de 2008 dispose que :

En ce qui concerne les actes d'une autorité gouvernementale, afin de soumettre une réclamation à l'arbitrage en vertu du présent article ou à un tribunal national, les recours administratifs internes doivent être épuisés, si cela est requis par la loi de la Partie contractante. Une telle procédure ne dépassera en aucun cas six mois à compter de la date de son ouverture par l'investisseur [...] [notre traduction, nos italiques]

*Bilateral Agreement for the promotion and protection of investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the People's Republic of China*, 22 novembre 2008 (entrée en vigueur: 2 juillet 2013), en ligne [en anglais]: <investmentpolicy.unctad.org> [[perma.cc/6DLF-6DN7](https://perma.cc/6DLF-6DN7)]. L'article 9(1) du *TBI Chine-Turquie* de 2015 dispose quant à lui que :

Les différends entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante, en relation avec son investissement, seront notifiés par écrit, comprenant des informations détaillées, par l'investisseur à la Partie contractante bénéficiaire de l'investissement, pour les procédures de recours administratif interne [notre traduction, nos italiques]

*Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the People's Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, 29 juillet 2015 (entrée en vigueur: 11 novembre 2020), en ligne [en anglais]: <investmentpolicy.unctad.org> [[perma.cc/2PT7-FWY6](https://perma.cc/2PT7-FWY6)].

37 Un exemple d'une telle clause peut être retrouvé à l'article 9.3 du *TBI Chine-Malte* de 2009 :

a) en ce qui concerne la République Populaire de Chine, l'investisseur concerné ne peut soumettre le différend à l'arbitrage international que dans les circonstances suivantes: (i) *L'investisseur a suivi les procédures de recours administratif conformément aux lois de la République populaire de Chine* et le différend demeure; et (ii) Le litige n'a pas été soumis à un tribunal de la République populaire de Chine; [notre traduction, nos italiques]

*Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of Malta on the promotion and protection of investments*, 22 février 2009 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> avril 2009). D'autres exemples peuvent être trouvés dans le corps (voir notamment: article 139 de l'*ALE*-

Ainsi, sous diverses formes, cette condition de réexamen administratif préalable s'observe dans l'immense majorité des accords d'investissement signés par la Chine, et l'inclusion unilatérale et au seul bénéfice du gouvernement chinois de ces conditions dans certains accords d'investissement nous permet sans grande difficulté de conclure qu'il s'agit définitivement du gouvernement chinois (et non l'autre État partie au traité) qui pousse à l'inclusion d'une telle clause.

La question de l'application de cette condition procédurale préarbitrale n'a cependant pour le moment été soulevée qu'une seule fois devant les tribunaux arbitraux dans les quelques affaires impliquant un accord d'investissement signé par la Chine, soit parce que dans les autres affaires le différend a été résolu à l'amiable avant l'examen au fond<sup>38</sup>, soit parce que la clause de réexamen administratif contenue dans le TBI était une clause permissive (c-à-d qui autorise l'État, s'il le souhaite, d'exiger de l'investisseur une telle saisine préalable) et que le gouvernement ne l'a pas utilisée<sup>39</sup> (ou que la clause imposait un recours administratif mais uniquement du côté chinois et que l'affaire en question impliquait l'autre État<sup>40</sup>), soit parce que le TBI au fondement de la demande avait été signé avant 1997 et ne contenait donc pas de telle clause de réexamen administratif préalable<sup>41</sup>.

Relevons seulement à cet égard l'affaire *Hela Schwarz c Chine*, enregistrée en 2017 au CIRDI et toujours pendante, au cours de laquelle le gouvernement chinois a adressé une lettre au requérant, relevant que ce dernier n'aurait pas demandé préalablement de réexamen administratif comme cela était imposé à l'annexe 6 du *TBI Chine-Allemagne* de 2003. Cette position du gouvernement chinois a été réitérée devant le tribunal arbitral, le gouvernement chinois soutenant que cette exigence de saisine

---

*Chine-Pérou* de 2009), ou en annexe (voir notamment: annexe à l'article 10(3) du *TBI Chine-Pays-Bas* (2001), annexe à l'article 9 du *TBI Chine-Allemagne* (2003), annexe à l'article 9 du *TBI Chine-Finlande* (2004), protocole, art 11(2) du *TBI Chine-Suisse* (2009), annexe C.21 du *TBI Chine-Canada* (2012)) de certains accords.

38 Voir *Ekran c Chine* (2011); *Macro Trading c Chine* (2020).

39 Voir *Ansung Housing c Chine* (2014).

40 Voir *Ping An c Belgique* (2012).

41 Voir *Tza Yap Shum c Pérou* (2007); *Beijing Shougang c Mongolie* (2010); *Sanum Investment c Laos* (2013), *AsiaPhos and Norwest c China* (2020); *Beijing Everyway Traffic c Ghana* (2021).

de l'administration pour un réexamen de l'acte visé (ici une décision d'indemnisation rendue par le gouvernement local de la province de Jinan) est une « condition préalable obligatoire qualifiant l'offre d'arbitrage du défendeur »<sup>42</sup>, et que l'absence d'une telle saisine privait le tribunal de sa compétence. Le tribunal arbitral a préféré suspendre les débats sur cette question, renvoyant toutes les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par le gouvernement chinois au fond de l'affaire (para 81). Soulignons donc que le gouvernement chinois, dans la seule affaire au cours de laquelle il pouvait soulever cette question d'irrecevabilité (car d'après l'article 6 du protocole au *TBI Chine-Allemagne*, la saisine administrative était obligatoire), a utilisé cet argument aux fins de la désaisine de l'affaire par le tribunal arbitral. Il nous faudra observer, à l'avenir, comment ce tribunal arbitral compte interpréter une telle clause préalable à l'arbitrage.

L'insertion d'une telle clause de réexamen administratif préalable dans les accords d'investissement signés par la Chine après 1997 s'est naturellement doublée, à la toute fin de la décennie 1990, du développement d'instances nationales chargées de mettre en œuvre cette clause dans l'ordre juridique interne chinois, et de trouver une issue à un différend avant que l'investisseur ne se tourne vers un mécanisme arbitral sur la base d'une clause compromissoire. Si l'idée même d'une procédure administrative est déjà peu développée par les États dans le champ du règlement des différends d'investissement, la procédure proposée par la Chine se distingue des procédures connues dans les quelques autres États ayant adopté ce type de mécanisme<sup>43</sup>.

Le choix de développer des instances administratives en charge de régler de façon amiable un différend avec un investisseur avant qu'il n'atteigne le stade juridictionnel trouve son origine dans la *Loi sur le réexamen administratif* de 1999. Depuis la promulgation de cette loi (amendée en 2009 et 2017),

42 *Hela Schwarz GmbH c République populaire de Chine* (2018), Ordonnance de procédure n°3, Affaire n° ARB/17/19 (CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (Arbitres: Daniel Bethlehem, Pr Campbell McLachlan et Roalnd Ziadé) au para 25.

43 Voir notamment le rapport sur le sujet publié par l'IISD (International Institute for Sustainable Development), Jonathan Bonnitcha et Zoe P Williams, « Investment Dispute Prevention and Management Agencies: Toward a more informed policy discussion » (2022) IISD Reports, aux pp 14-15.

chargée de «prévenir et de corriger certains actes administratifs illégaux ou inappropriés»<sup>44</sup>, toute personne peut demander le réexamen d'un acte ou d'une action administrative si elle considère que cet acte ou cette action a pu porter atteinte à ses droits ou intérêts légitimes. Cette possibilité de saisine administrative est également ouverte «aux ressortissants étrangers, aux apatrides et aux entités étrangères»<sup>45</sup>.

Ce réexamen administratif, permettant à l'administration chinoise de tenter un premier dialogue avec l'investisseur étranger avant toute saisine d'un tribunal judiciaire ou arbitral, s'est doublé d'un développement très important de divers mécanismes institutionnalisés permettant, à différents échelons administratifs, de maximiser les chances de trouver une issue amiable (c-à-d non-judiciaire) à un différend entre le gouvernement chinois et un investisseur étranger. Des centres de plaintes, des panels de médiation et autres procédures déjuridictionnalisées ont ainsi été créés pour éviter au maximum toute saisine d'un tribunal arbitral international. En 2006 est mis en place, sous la supervision du Ministère du Commerce, le Centre National des plaintes pour les entreprises à participation étrangères (全国外商投资企业投诉中心, *Quánguó wàishāng tóuzī qǐyè tóusù zhōngxīn*). Destiné à superviser le traitement des plaintes des investisseurs étrangers en Chine, et à faciliter le processus de règlement des différends, ce centre se voit ainsi conférer une capacité d'émettre, sous trente jours, une recommandation de règlement du litige. Inscrit dans un règlement dénommé «Mesures provisoires concernant les plaintes des entreprises à participation étrangère» (商务部外商投资企业投诉工作暂行办法, *Shāngwù bù wàishāng tóuzī qǐyè tóuzī tóusù gōngzuò zhàn xíng shìwù*)<sup>46</sup>, le centre se voit ainsi doté d'une instance nationale (article 5), de nombreuses

44 Article 1<sup>er</sup> de l'*Administrative Reconsideration Law of the People's Republic of China*, 29 avril 1999 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> octobre 1999) disponible [en anglais] au lien suivant: <law.yale.edu> [[perma.cc/EW78-G85E](https://perma.cc/EW78-G85E)] à l'art 1. Texte de la dernière version amendée (2017) disponible [en chinois] au lien suivant: *Administrative Reconsideration Law of China* (行政复议法), 1<sup>er</sup> septembre 2017 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 2018) <chinajusticeobserver.com> [[perma.cc/X526-CN4B](https://perma.cc/X526-CN4B)].

45 *Ibid* à l'art 41.

46 Plus connu sous le nom anglais: «*Interim Measures concerning complaints from foreign-invested enterprises*», 17 mai 2006 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> octobre 2006) disponible [en anglais] au lien suivant: <asianlii.org> [[perma.cc/99B3-WHPY](https://perma.cc/99B3-WHPY)], disponible [en chinois] au lien suivant: <gov.cn> [[perma.cc/MVV6-S4KL](https://perma.cc/MVV6-S4KL)].

antennes locales (article 5), et d'un bureau de coordination (article 6) chargé de superviser toutes les plaintes et leur traitement. À cela se sont ajoutées, depuis les années 1990, des initiatives locales ou régionales cherchant à éviter la juridictionnalisation du différend d'investissement entre un investisseur étranger et le gouvernement chinois<sup>47</sup>. Cette initiative du gouvernement central en 2006 n'est donc venue qu'institutionnaliser une pratique déjà fortement ancrée dans le paysage local chinois.

Dernièrement, le 1<sup>er</sup> janvier 2020, est entrée en vigueur la *Loi sur les investissements étrangers* (中华人民共和国外商投资法, *Zhōnghuá rénmín gònghéguó wàishāng tóuzī fǎ*)<sup>48</sup>. Celle-ci transforme substantiellement le mécanisme de plainte cité ci-dessus, en passant d'un simple règlement à une véritable loi votée par le parlement, et développant un nouveau mécanisme de plainte (article 26) entièrement centralisé dédié aux investisseurs étrangers (et non plus aux entreprises chinoises à participation étrangère), en simplifiant les démarches que ceux-ci peuvent effectuer auprès du gouvernement central ou des gouvernements locaux chinois, en affirmant explicitement leurs droits et protections vis-à-vis du système législatif chinois, et en réduisant au maximum le délai de réponse du gouvernement à une demande de l'investisseur. La procédure est détaillée dans l'ordonnance *Règles relatives au traitement des plaintes des entreprises à capitaux étrangers*<sup>49</sup>, qui indique qu'une fois la plainte déposée par l'investisseur auprès de l'Agence de traitement des plaintes, le traitement de la demande commence et doit

47 Tel est le cas notamment de l'initiative portée par le gouvernement provincial du Guangdong qui a mis en place son propre centre des plaintes pour régler les différends liés aux investissements étrangers effectués dans cette province, ou de la province du Sichuan qui s'est associée avec la municipalité de Chongqing pour établir, en 2020, un centre conjoint de plaintes à l'égard des investisseurs étrangers (Yan Jiang et Simin Deng, «Le Sichuan et Chongqing s'associent pour construire un mécanisme de coopération inter-administrative pour traiter les plaintes des entreprises à investissements étrangers» («川渝携手构建外商投资企业投诉跨行政区域处理协作机制») (5 juin 2020) *Xinhuanet.com* disponible [en chinois] au lien suivant: <baike.sc.xinhuanet.com> [[perma.cc/663X-MK65](https://perma.cc/663X-MK65)].

48 *Loi sur l'investissement étranger de la République populaire de Chine*, adoptée à la seconde session du 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple, 15 mars 2019, disponible [en anglais] au lien suivant: <en.ndrc.gov.cn> [[perma.cc/PF6A-FP26](https://perma.cc/PF6A-FP26)].

49 Ministry of Commerce of the People's Republic of China, *MOFCOM Order No. 3 of 2020 on Rules on Handling Complaints of Foreign-Invested Enterprises*, 25 août 2020 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> octobre 2020) disponible [en anglais] au lien suivant: <en.mofcom.gov.cn> [[perma.cc/RNJ4-EWCP](https://perma.cc/RNJ4-EWCP)].

durer au maximum deux mois (article 19). Cette période permet à l'Agence de collecter d'éventuelles informations supplémentaires (articles 16 et 17), voire d'organiser des réunions entre l'investisseur et l'administration qui a publié l'acte en cause (article 17). Une solution est ensuite proposée à l'investisseur, soit par le biais d'une proposition d'accord de règlement, soit par une coordination effective en vue d'une résolution, soit par la publication de recommandations à l'égard des administrations pertinentes (article 18).

Cet article 18 témoigne particulièrement de cette volonté du gouvernement chinois de trouver un règlement amiable avant même de trouver une réponse juridique<sup>50</sup>, l'accord de règlement devant «promouvoir la compréhension mutuelle» (article 18 para 1). Ainsi, cette méthode de résolution des différends investisseurs-États peut légitimement être qualifiée de règlement «extrajudiciaire»<sup>51</sup>, voire de «quasi-médiation»<sup>52</sup>. En proposant une méthode alternative de résolution des différends basée sur une décision mutuellement acceptable et recherchant une maximisation des bénéfices mutuels, le gouvernement chinois entend ainsi diffuser certains principes propres à la résolution amiable du différend dans le domaine des investissements internationaux<sup>53</sup>. L'institutionnalisation d'un tel mécanisme de plainte non juridictionnel vise clairement à éviter au maximum la saisine d'un tribunal

50 Manjiao Chi et Zongyao Li, «Administrative Review Provisions in Chinese Investment Treaties: 'Gilding the Lily'?», (2021) 12:1 *Journal of International Dispute Settlement* 125 à la p 147. Voir également Zhang Demiao et Zhao Jianya, «The Practical Difficulties and Solutions of the Mechanism for Coordinating and Handling Foreign Complaints in View of the Business Environment under the Rule of Law», (2020) 8:4 *China Legal Science* 48 aux pp 57 et s.

51 Terme également choisi par Sheng Zhang (Sheng Zhang, «Protection of Foreign Investment in China: The Foreign Investment Law and the Changing Landscape» (2022) 23 *European Business Organization Law Review* 1049 à la p 1061). Voir également: Shu Shang, «Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA's Dispute Resolution Mechanism» (2019) 18:2 *Journal of International Business and Law* 217 à la p 228.

52 Chunlei Zhao, «Investor-State Mediation in a China-EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time» (2018) 17:1 *Chinese Journal of International Law* 111 à la p 126.

53 Comme le souligne Mark McLaughlin, toutes ces réformes des années 2006-2020 témoignent de la volonté du gouvernement chinois d'établir sur son territoire un réseau de médiation, ou du moins «des processus qui ressemblent à de la médiation» (Mark McLaughlin, «Investor—State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement» (2021) 24:3 *Journal of International Economic Law* 609 à la p 619 [notre traduction]).

arbitral par l'investisseur. Effectivement, d'après les mots du vice-ministre chinois au commerce, ce mécanisme de plainte

est lié d'un côté à l'entreprise et affecte directement ses intérêts réels; de l'autre au gouvernement et en affecte l'image extérieure globale des gouvernements locaux et du gouvernement central chinois. Faire du bon travail avec ce mécanisme de plainte, coordonner et résoudre les problèmes signalés par les investisseurs étrangers en temps opportun permettra, d'une part, de montrer aux investisseurs étrangers la détermination de la Chine à améliorer l'environnement des affaires, à attirer les investisseurs étrangers et à leur permettre de gagner de l'argent [...]; d'autre part de renforcer la relation entre le gouvernement chinois et les investisseurs étrangers. *Communiquer et améliorer la compréhension mutuelle, voilà qui réduit le risque de créer un différend international d'investissement*<sup>54</sup>.

Si, d'après le droit interne chinois, ce mécanisme de plaintes pour les investisseurs étrangers n'est en aucun cas obligatoire mais reste une simple possibilité offerte à l'investisseur par le gouvernement central, l'imposition d'une clause de réexamen administratif préalable dans les accords d'investissement signés par la Chine impose *de facto* à l'investisseur étranger de suivre ces démarches préalablement à toute saisine arbitrale, et permet donc à l'État chinois de maximiser ses chances d'aboutir à une résolution amiable du différend investisseur-État avant qu'un tribunal arbitral ne statue sur la question.

## II. Une pratique récente visant à diminuer l'importance accordée au processus juridictionnel du RDIE

En sus d'une politique juridique visant à limiter la saisine effective des juridictions arbitrales d'investissement, les plus récents accords signés par

54 Ministère chinois du commerce, «2018年全国外商投资企业投诉机构工作会在京召开» (en français: «La conférence de travail 2018 de l'Agence nationale de traitement des plaintes des entreprises à capitaux étrangers s'est tenue à Pékin») 2018, disponible [en chinois] au lien suivant: <gov.cn> [[perma.cc/C6KR-KJWY](https://perma.cc/C6KR-KJWY)] [notre traduction, nos italiques].

la Chine<sup>55</sup> témoignent d'une volonté renouvelée de faire face à un potentiel accroissement des saisines arbitrales par des investisseurs étrangers, soit en venant restreindre le champ des compétences matérielles et temporelles du tribunal arbitral (A), soit en venant proposer des solutions alternatives au règlement juridictionnel des différends (B).

#### A. La déjuridictionnalisation par l'exclusion: le retour à une restriction du champ de compétence du tribunal arbitral

Les accords signés par la Chine depuis le début de la décennie 2010 ont pour point commun de venir restreindre progressivement le champ des compétences matérielles et temporelles du tribunal arbitral. Certes, la pratique n'est pas isolée, et la tendance mondiale contemporaine reflète plus globalement une volonté des États à venir restreindre peu à peu le champ d'application des clauses compromissaires insérées dans les accords d'investissements, en vue d'un rééquilibrage des forces entre les intérêts privés des investisseurs et les intérêts publics des États<sup>56</sup>. Il en demeure du reste que la pratique chinoise s'inscrit pleinement dans ce mouvement — voire le développe fortement — et ce à trois égards.

Premièrement, en revenant à un modèle excluant certains litiges de la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral, les nouveaux accords d'investissement signés par la Chine renouent avec la logique des premiers modèles de TBI chinois, se retrouvant ainsi à contre-courant de l'ouverture

55 Nous entendons par « plus récents accords » l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement et des accords économiques comprenant un chapitre relatif aux investissements signés depuis 2010, date à laquelle certains auteurs estiment qu'un 4<sup>e</sup> modèle de TBI chinois, non officiel, a été développé par le Ministère chinois du commerce. Voir notamment Matthew Levine, « Towards a Fourth Generation of Chinese Treaty Practice: Substantive Changes, Balancing Mechanisms, and Selective Adaption », dans *China's International Investment Strategy*, *supra* note 7, 205 aux pp 205–21.

56 Voir notamment Julien Chaisse, Leïla Choukroune et Sufian Jusoh, « Contemporary Developments and New Trends in International Investment Rulemaking and Investor-State Dispute Settlement: An Introduction », dans Julien Chaisse, Leïla Choukroune et Sufian Jusoh, dir, *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapour, Springer, 2021 aux pp 2131–42; W Shan, « Towards a Balanced Liberal Investment Regime: General Report on the Protection of Foreign Investment » (2010) 25:2 Foreign Investment Law Journal 421.

du champ d'application matériel du tribunal arbitral tel qu'observée à partir de 1997 dans les TBI signés par la Chine, au point que certains auteurs ont pu parler d'une politique «parabolique»<sup>57</sup> en la matière. Si dès le début des années 2000 la Chine a commencé à signer des accords d'investissement dont la clause de RDIE limitait expressément la compétence arbitrale aux violations des obligations prévues par l'accord<sup>58</sup> (et non plus à l'ensemble des différends relatifs à un investissement, qui pouvaient alors inclure à la fois une violation du droit interne et/ou du droit international général<sup>59</sup>), certaines dispositions d'accords signés par la Chine après 2010 sont allés plus loin en venant expressément limiter les dispositions conventionnelles pouvant être soulevées devant un tribunal arbitral d'investissement<sup>60</sup>, voire même en excluant du champ de compétence matérielle du tribunal arbitral certaines clauses d'exception qui visent à «dégager l'État hôte de toute responsabilité envers les investisseurs étrangers pour des mesures justifiables visant des objectifs de bien-être public»<sup>61</sup>. Depuis 2012, certaines restrictions matérielles font par ailleurs l'objet d'un développement plus poussé.

57 Zheng, *supra* note 26 à la p 174.

58 Voir notamment l'article 10.1 du *TBI Chine-Trinité et Tobago* (2002), l'article 9.1 du *TBI Chine-Guyana* (2003), l'article 9.1 du *TBI Chine-Corée du Sud* (2007), l'article 9.1 du *TBI Chine-Malte* (2009).

59 Zheng, *supra* note 26 à la p 175.

60 Voir notamment l'article 14 de l'*Accord d'investissement Chine-ASEAN* (2009) qui limite la compétence matérielle du tribunal arbitral à la violation présumée d'une obligation prévue à «l'article 4 (Traitement national), l'article 5 (Traitement de la nation la plus favorisée), l'article 7 (Traitement des investissements), l'article 8 (Expropriation), l'article 9 (Indemnisation des pertes) et l'article 10 (Transferts et rapatriement des bénéficiaires), qui cause une perte ou un dommage à l'investisseur en relation avec son investissement» [notre traduction]. Des restrictions similaires peuvent être observées à l'article 12(2) du *TBI Chine-Ouzbékistan* (2011), à l'article 15(12) de l'*Accord trilatéral Chine-Japon-Corée* (2012), ou encore à l'article 13(2) du *TBI Chine-Tanzanie* (2013).

61 Bakry Ahmed, «Treaty exclusions» (26 février 2024), en ligne: [usmundi.com \[perma.cc/7WDB-64TY\]](https://usmundi.com/perma.cc/7WDB-64TY) [notre traduction]. L'*Accord Chine-ASEAN* (*ibid*) exclut par exemple du champ de compétence matérielle du tribunal arbitral la clause d'exception contenue à l'article 16 du traité. De tels exemples peuvent être retrouvés dans le *TBI Chine-Tanzanie* (*ibid*), ainsi qu'à l'article 8.24 de l'*ALE Chine-Ile Maurice* (2019). Le *CEPA* (signé entre Pékin et Hong Kong en 2017 pour son volet «investissements») comprend également une limitation de la compétence matérielle du tribunal arbitral. Citées dans des notes de bas de page du traité (n°7 à 10), ces indications fournissent les seuls domaines pouvant être réglés sur la base d'un règlement investisseur-gouvernement (voir article 19), et excluent la clause d'exception contenue à l'article 22.

Tel est le cas notamment du *TBI Chine-Canada* (2012), dans lequel la saisine d'un tribunal arbitral dans le cadre d'un différend investisseur-État est limitée aux seules violations de dispositions spécifiques qui causent une perte ou un préjudice aux investisseurs (article 20.1), tandis que certaines dispositions spécifiques, soit excluent explicitement un domaine défini de la compétence arbitrale (comme les mesures concernant les industries culturelles (article 33(1)) ou les décisions nationales relatives à l'approbation ou au refus préalable d'un investissement sur le territoire national (annexe D.34)), soit ajoutent à la procédure de RDIE une étape intermédiaire visant à renvoyer certaines questions à la décision commune des services centraux de chaque État. C'est notamment le cas en matière de réglementation financière qui, d'après l'article 20(3), impose — si l'État invoque une telle exception — la publication d'une décision commune des autorités financières de chaque État (ou, à défaut d'accord, le renvoi vers un tribunal arbitral étatique (article 20(2).c)). La décision commune ou la décision arbitrale lie juridiquement le tribunal arbitral constitué dans le cadre d'un différend investisseur-État.

Tel est également le cas dans le *ChAFTA*, ou *Accord de libre-échange Chine-Australie* (2015)<sup>62</sup>, dans lequel les demandes d'arbitrage sont limitées à la question de la violation du traitement national (article 9.12), ce qui est également une innovation par rapport aux autres traités signés par la Chine à la même période<sup>63</sup>. L'ALE exclut expressément de la protection arbitrale conventionnelle les réglementations non discriminatoires et qui visent des objectifs légitimes de bien-être public «tels que la santé publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique ou l'ordre public» (article 9.11 para 4) [notre traduction]]. Si un différend se cristallise sur la base d'une réglementation entrée en vigueur à cet égard, l'accord dispose que des consultations interétatiques devront se tenir à la suite de la diffusion d'un «avis d'intérêt public [*public welfare notice*]» transmis par l'État émetteur de la réglementation à l'État non partie au différend

62 *Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China*, 17 juin 2015, [2015] ATS 15 (entrée en vigueur: 20 décembre 2015) [ChAFTA].

63 Voir notamment les accords de libre-échange signés en 2015 avec la Corée du Sud et la Nouvelle-Zélande.

(articles 9.11 para 5 et 9.11 para 6). Si les deux États s'accordent pour dire que cette réglementation s'inscrit dans le cadre de cet objectif légitime, leur décision lie juridiquement le tribunal arbitral qui ne pourra pas statuer en la matière (article 9.18 para 3). Un tribunal arbitral constitué sur la base d'un différend relatif à une telle réglementation (et obligé de trancher cette question préliminaire dans de brefs délais (article 9.16), ne peut d'ailleurs tirer aucune conclusion défavorable de l'absence de décision convenue entre les deux États (article 9.11 para 8). L'ensemble de ces limitations visent à restreindre drastiquement la faculté qu'aurait un investisseur de voir un différend avec l'État chinois ou australien être réglé par la voie de l'arbitrage international<sup>64</sup>.

Deuxièmement, cette limitation du champ matériel se double d'une limitation de la compétence temporelle du tribunal arbitral. De plus en plus de TBI signés par la Chine disposent que le tribunal arbitral ne peut se reconnaître compétent si l'investisseur soumet le différend à l'arbitrage au-delà de trois ans à compter de la date à laquelle l'investisseur a pris (ou aurait dû prendre) connaissance pour la première fois des événements qui ont donné naissance au différend. Tel est le cas notamment de la plupart des TBI signés après 2007<sup>65</sup>. L'insertion d'une limitation de compétence temporelle dans la grande majorité des accords chinois récents est d'autant plus importante à souligner que des limitations similaires s'observent dans à peine 7% des plus de 2500 accords d'investissement en vigueur aujourd'hui dans le monde<sup>66</sup>.

64 Huang Tao, « ISDS in ChAFTA—where's the beef? » (16 octobre 2015) en ligne (blogue): <lexology.com> [[perma.cc/T34V-3AH4](https://perma.cc/T34V-3AH4)].

65 *TBI Chine-Corée du Sud* de 2007 (article 9.7), *TBI Chine-Colombie* de 2008 (article 9.10), *TBI Chine-Mexique* de 2008 (article 13.7), *TBI Chine-Ouzbékistan* de 2011 (article 12.4), *TBI Chine-RDC* de 2011 (article 12.4), *TBI Chine-Canada* de 2012 (article 21.2), *TBI Chine-Tanzanie* de 2013 (article 13.4), *TBI Chine-Turquie* de 2015 (article 9.6 (pour 5 ans ici)); ainsi que des *ALE Chine-Nouvelle-Zélande* de 2008 (article 15.4), *ALE Chine-Pérou* de 2009 (article 139.5), *ALE Chine-ASEAN* de 2009 (article 14.6), *ALE Chine-Corée-Japon* de 2012 (article 15.11), *ALE Chine-Canada* de 2014, *ALE Chine-Corée du Sud* de 2015 (article 12.12 para 11), *ALE Chine-Australie* de 2015 (article 9.14 para 1), *ALE Chine-Ile Maurice* de 2019 (article 8.26 para 1).

66 D'après les calculs de: Frederik Lindmark, Daniel Behn et Ole Kristian Fauchald, « Explaining China's Relative Absence from Investment Treaty Arbitration » dans *The Legitimacy of Investment Arbitration: Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 424 à la p 447.

Enfin, à l'image de nombreux États qui ont commencé à limiter l'application de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) à la suite de la décision arbitrale *Maffezini c Espagne*<sup>67</sup> et de la tendance arbitrale subséquente, le gouvernement chinois a décidé d'inscrire de façon explicite l'exclusion de l'application de cette clause à tout mécanisme procédural inséré dans un accord d'investissement. Si les tribunaux arbitraux, dans des décisions impliquant le gouvernement chinois ou un investisseur chinois, se sont pour le moment toujours positionnés contre l'extension de la clause NPF aux droits procéduraux<sup>68</sup> —, l'inscription explicite par la Chine de l'exclusion de l'application de la clause NPF aux clauses procédurales des accords d'investissement lui permet ainsi de se protéger plus efficacement et plus durablement d'une jurisprudence arbitrale fluctuante en la matière. Ainsi, depuis 2008<sup>69</sup> (et le TBI signé avec le Mexique (article 4)), lorsque la Chine inclut dans l'accord une protection supplémentaire de l'investissement via l'application d'une clause NPF, elle en interdit quasi-systématiquement<sup>70</sup> l'application aux dispositions liées au règlement des différends, soit (dans l'immense majorité des cas) en refusant explicitement que la clause

67 Cette fameuse décision du 25 janvier 2000 est entrée dans la postérité en devenant « la première décision consacrant la possibilité d'étendre la clause de la nation la plus favorisée (NPF) aux dispositions conventionnelles relatives au règlement des différends » (Cosme Gosshé Mekpo, « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes », (2011) 2:1 Bulletin de droit économique, en ligne: <cede.fd.ulaval.ca> [[perma.cc/PFQ5-DMZ8](http://perma.cc/PFQ5-DMZ8)]; Voir aussi *Emilio Agustín Maffezini c Royaume d'Espagne* (2000), Décision sur la compétence, Affaire n° ARB/97/7 au para 54 (CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) (Arbitres: Pr Francisco Orrego Vicuña, Hon Thomas Buergethal et Maurice Wolf).

68 Voir notamment les décisions *Tza Yap Shum c République du Pérou* au para 216 et *Ansung Housing c Chine* au para 115.

69 Certains voient dans cette date un changement de comportement du gouvernement chinois vis-à-vis de la clause NPF à la suite de l'affaire *Tza Yap Shum* (dont la décision a été publiée en juin 2009), au cours de laquelle le demandeur hongkongais avait tenté de soulever cette clause NPF incluse dans le *TBI Chine-Pérou* pour venir élargir la portée de la clause compromissoire investisseur-État. Depuis juin 2009, effectivement, tous les TBI et ALE signés par la Chine excluent le mécanisme de règlement des différends investisseur-État du champ d'application de la clause NPF (Axel Berger, « Hesitant Embrace: China's Recent Approach to International Investment Rule-Making » (2015) 16:5-6 *Journal of World Investment & Trade* 843 aux pp 861-62).

70 Seuls les *TBI Chine-Mali* (2009, article 3) et *TBI Chine-Malte* (2009, article 3) ne mentionnent pas cette exclusion.

NPF s’applique «à la procédure de règlement des différends internationaux en matière d’investissement entre une Partie contractante et les investisseurs de l’autre Partie contractante»<sup>71</sup>, soit (pour deux accords) en limitant expressément l’application de la clause NPF «aux seuls cas d’exploitation, de gestion, d’entretien, d’utilisation, de jouissance ou de cession d’un investissement»<sup>72</sup>.

## B. La déjuridictionnalisation par la multiplication des acteurs du règlement: le développement de méthodes alternatives au règlement juridictionnel

Au-delà de l’apparition de dispositions contraignant le tribunal arbitral à réduire son champ de compétence, deux autres évolutions majeures sont au cœur de la politique juridique chinoise en faveur d’une déjuridictionnalisation du règlement des différends d’investissement, par le biais du développement de méthodes alternatives au traditionnel règlement arbitral investisseur-État.

La première s’applique à réaffirmer la place de l’État dans le règlement du différend investisseur-État, par le biais du développement de procédures de négociations interétatiques insérées avant ou pendant le processus juridictionnel de RDIE. Certains des derniers accords économiques signés par la Chine développent effectivement des procédures de règlement interétatique des différends qui se mêlent — parfois s’imposent voire remplacent — au règlement arbitral investisseur-État.

Tel est le cas du *TBI Chine-Canada* (2012), dans lequel — nous l’avons vu — la lecture combinée des articles 20.2 et 33.3 impose à un tribunal

71 Exemple tiré de l’article 5.3 du *TBI Chine-RDC* (2011) [notre traduction]. Voir également : article 3 *TBI Chine-Colombie* (2008), article 139 *ALE Chine-Nouvelle-Zélande* (2008), article 131 de l’*ALE Chine-Pérou* (2009), article 5 de l’*Accord d’investissement Chine-ASEAN* (2009), article 4 du *TBI Chine-Ouzbékistan* (2011), article 5 du *TBI Chine-Canada* (2012), article 4 de l’*Accord tripartite Chine-Japon-Corée du Sud* (2012), article 4 du *TBI Chine-Tanzanie* (2013), article 3 du *TBI Chine-Turquie* (2015), article 12(4) de l’*ALE Chine-Corée du Sud* (2015), article 9.4 de l’*ALE Chine-Australie* (2015), article 6 du CEPA (2017), article 8.4 de l’*ALE Chine-Ile Maurice* (2019), article 10.4 du RCEP (2020).

72 Exemple tiré de l’article 4 du *TBI Chine-Mexique* (2008). Voir également l’article 4 *TBI Chine-Suisse* (2009).

arbitral saisi par un investisseur de surseoir à statuer si la mesure en cause se rapporte à des questions financières (notamment liées à la protection des acteurs des marchés financiers, des assurances ou des institutions financières nationales). Dans ce cas, si l'État invoque l'article 33.3, le tribunal arbitral doit attendre qu'une décision conjointe (un « rapport écrit ») des autorités financières des deux États lui soit transmis avant de prendre une décision, étant entendu que cette décision lie le tribunal arbitral (article 20.2.b). Si les deux autorités financières nationales ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une décision commune, un tribunal arbitral interétatique sera établi pour régler cette question précise.

Tel est également le cas de l'*ALE Chine-Australie* (2015), qui crée un Comité d'investissement, composé de représentants des deux États, qui détient un pouvoir d'action par la publication de décisions contraignantes à l'égard de l'interprétation, de l'application ou de la modification de l'accord (article 9.7). Ces décisions s'imposent donc au tribunal arbitral dans le cadre d'un différend investisseur-État, ce dernier étant obligé de prendre en compte ces décisions et de les appliquer dans son raisonnement (article 9.18 para 2).

C'est aussi le cas, dans une moindre mesure, du *RCEP*, signé en 2020 et entré en vigueur en 2022 à l'égard de quinze États dont la Chine<sup>73</sup>. Si le chapitre 10 relatif aux investissements oblige seulement les États parties à « entrer en discussion » (article 10.18 [notre traduction]) dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du traité pour mettre en place un mécanisme de règlement des différends investisseur-État, le seul mécanisme en vigueur à ce jour est inclus au chapitre 19 qui envisage la création d'un système de règlement des différends interétatique complexe<sup>74</sup> qui impose à l'investisseur, s'il souhaite dénoncer une mesure prise par un État, de se tourner soit vers le juge national de l'État qui a pris ladite mesure, soit vers son État de nationalité en vue de demander à cet État, par le biais d'une protection diplomatique, de débiter le mécanisme de règlement État-État. Ce règlement juridictionnel

73 *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*, 15 novembre 2020 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 2022) [RCEP].

74 Massimo Lando, « Enhancing Conflict Resolution 'ASEAN Way': The Dispute Settlement System of the Regional Comprehensive Economic Partnership » (2022) 13:1 *Journal of International Dispute Settlement* 98 à la p 100 [notre traduction].

interétatique est par ailleurs fondé sur une résolution consensuelle et non conflictuelle du différend, car comprenant une condition préalable de consultation entre États (article 19.3) qui semble (malgré ce qu'énonce l'article 19.6) indispensable à la saisine des groupes spéciaux pouvant *in fine* arbitrer le différend (voir notamment l'article 19.8.1(a)(i) et suivants).

Le même raisonnement peut être transposé aux dispositions du CAI (accord d'investissement de principe signé entre la Chine et l'UE en 2020)<sup>75</sup> qui, si elles ne développent pas de mécanisme RDIE, précisent l'existence d'un mécanisme de règlement interétatique reposant principalement sur le dialogue entre États plutôt que sur un règlement juridictionnel. En effet, d'après l'article 1 de la Section V du CAI (règlement des différends), l'objectif même de ce chapitre est d'«établir un mécanisme efficace et efficient *pour éviter* et régler tout différend entre les parties dans le champ d'application de la présente section en vue de parvenir, dans la mesure du possible, à une *solution mutuellement convenue*» [nos italiques]. En cela, une obligation de consultation préalable est inscrite à l'article 3 de la même section, tandis qu'une possibilité de médiation est disponible «à tout moment» de la procédure (article 4). Le résultat de cette médiation peut d'ailleurs être rendu juridiquement contraignant par décision d'un Comité d'Investissement du CAI (article 1.5 de la Section VI), une instance politique entièrement dédiée à la discussion de haut-niveau entre parties (article 1.3 de la Section VI), ce qui raccroche plus vraisemblablement la technique médiationnelle à une forme de règlement politique institutionnalisé du différend.

La seconde méthode consiste à développer la pratique d'une médiation «institutionnalisée», encore largement méconnue dans le cadre actuel du règlement des différends relatifs aux investissements<sup>76</sup>. Débutée à la fin de

75 *Comprehensive Agreement on Investment (CAI)*, République populaire de Chine et Union européenne, 30 décembre 2020 (non entré en vigueur).

76 La possibilité de procéder à une méthode dite «alternative» de règlement des différends en matière d'investissement ne doit pas être observée comme une nouveauté, encore moins une nouveauté initiée par la RPC. Il est en effet admis que les procédures non-contentieuses de règlement des différends d'investissement ont toujours existé depuis la négociation des premiers TBI, que ce soit de manière directe (l'intégration d'une possibilité de médiation investisseur-État) ou indirecte (par l'intégration d'une «*cooling-off period*» dans la clause compromissoire au traité d'investissement, permettant la mise en place d'une négociation préalable au différend

la décennie 2000, cette politique d’insertion de clauses médiationnelles ne s’est pas réalisée en une seule étape.

Il fut tout d’abord question, à la fin de la décennie 2000, de la simple insertion de clauses médiationnelles «ad hoc ou institutionnelles» permettant soit la constitution d’un mécanisme de médiation «avant ou pendant la procédure arbitrale»<sup>77</sup>, soit la constitution d’un mécanisme de médiation sous la direction du CIRDI<sup>78</sup>, soit la constitution d’une procédure de médiation comme possibilité préalable à l’arbitrage<sup>79</sup>.

C’est véritablement à partir de l’accord *CEPA*, dont le volet «investissements» a été signé avec Hong Kong en 2017, que la Chine a pu envisager le développement d’un mécanisme médiationnel véritablement institutionnalisé, au sens où les deux parties ont négocié une procédure dont les étapes sont détaillées dans le texte du traité, ainsi que dans un texte ultérieur<sup>80</sup>. En effet, les articles 19.1 (dans le cadre d’un différend entre un investisseur hongkongais et la Chine continentale) et 20.1 (dans celui entre un investisseur continental et le gouvernement hongkongais) proposent (entre autres options) de régler un différend futur par une médiation. Notons qu’il semblerait que cet accord soit le premier accord d’investissement qui autorise la médiation et refuse l’arbitrage dans le cadre d’un différend investisseur-État<sup>81</sup>, aucun

---

juridictionnalisé, directement ou par l’intermédiaire d’un tiers). Le recours à des mécanismes alternatifs comme la médiation ou la conciliation reste cependant extrêmement rare. Pour exemple, sur les 910 affaires enregistrées au CIRDI entre 1972 et 2023, seules 13 ont eu trait à des mécanismes de médiation/conciliation. La très grande majorité des accords d’investissements (entre 70% et 76%) ne contiennent encore aujourd’hui aucune référence aux méthodes de conciliation/médiation, quand bien même l’intérêt pour ces méthodes de règlement des différends fait dernièrement l’objet d’un regain certain.

77 Article 9.3 *TBI Chine-Colombie* (2008).

78 Article 153 de l’*ALE Chine-Nouvelle-Zélande* (2008), article 139 de l’*ALE Chine-Pérou* (2009), article 14 de l’*Accord d’investissement Chine-ASEAN* (2009).

79 Article 12.1 du *TBI Chine-Ouzbékistan* (2011), article 13.1 du *TBI Chine-Tanzanie* (2013).

80 *Mainland and Hong Kong closer economic partnership arrangement — Investment agreement — Mediation Mechanism for Investment Disputes*, 28 juin 2017 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 2018), signé entre le gouvernement central de RPC et Hong Kong, disponible [en anglais] au lien suivant: <tid.gov.hk> [[perma.cc/ESQ9-A5TB](https://perma.cc/ESQ9-A5TB)].

81 Romesh Weeramantry, Brian Chang et Joel Sherard-Chow, «Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis» (2023) 38:1 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* à la p 285. Soulignons néanmoins qu’un accord

autre accord d'investissement au monde n'ayant jamais opéré un tel choix. Dans cet accord, le mécanisme médiationnel s'intègre non comme une forme alternative de règlement des différends qui pourrait être acceptée par les deux parties (comme c'est généralement le cas ailleurs), mais bien comme une clause compromissoire unilatérale dans laquelle les deux gouvernements entendent donner — à l'avance — compétence à un éventuel comité de médiation, sur la base unique d'une saisine par une personne privée. En effet, les articles 19 et 20 disposent que les différends investisseur-gouvernement peuvent être réglés par «une médiation à laquelle *un investisseur [...] peut soumettre* un différend en matière d'investissement à une institution de médiation» [nos italiques]. Notons d'ailleurs que la médiation est ici observée comme méthode auto-suffisante de règlement des différends (et non plus comme un simple «*gap filler*»<sup>82</sup> d'une procédure graduelle de règlement qui irait de la négociation à l'arbitrage).

Pourtant, il doit être souligné qu'aucune disposition relative à la possibilité de saisir un mécanisme de médiation dans le cadre d'un différend investisseur-État n'a été insérée dans les accords signés par la Chine depuis 2017, au contraire cependant de l'insertion de clauses médiationnelles avant ou pendant la phase arbitrale dans le cadre d'un différend interétatique qui, elles, ont été incluses dans l'ensemble des accords commerciaux et d'investissement signés par la Chine après 2017<sup>83</sup>. Dans le cas du *CAI* entre l'UE et la Chine, les négociations relatives au développement d'un mécanisme de règlement des différends investisseur-État sont néanmoins toujours en cours, et l'annonce d'une publication future d'un code de conduite des médiateurs dans le cadre des différends interétatiques démontre que les deux parties ne sont pas totalement réfractaires à la possibilité d'inclure cette méthode de règlement des différends dans leurs relations communes, voire même qu'elles peuvent s'entendre sur des règles communes à adopter en la matière, et ce afin «d'établir un mécanisme efficace et efficient *pour*

---

«Chine-Hong Kong» ne peut pas, en réalité, être observé comme un accord interétatique, Hong Kong étant une subdivision administrative du territoire chinois, malgré l'autonomie relative de son gouvernement local.

82 Shang, *supra* note 50 à la p 230.

83 Voir l'article 15.6 du *ChAFTA*, l'article 19.7 du *RCEP*, l'article 15.5 de l'*ALE Chine-Ile Maurice*, l'article 4 de la Section V du *CAI*.

*éviter* et régler tout différend entre les parties dans le champ d'application de la présente section en vue de parvenir, dans la mesure du possible, à *une solution mutuellement convenue*» (article 1<sup>er</sup> de la Section V du CAI [notre traduction, nos italiques]).

Mentionnons, enfin, que la totalité des accords cités précédemment qui incluent un mécanisme médiationnel de règlement interétatique autorisent qu'une procédure de médiation soit initiée à tout moment de la procédure (avant et/ou pendant une procédure arbitrale)<sup>84</sup>. Cette spécificité présente dans tous ces accords se doit d'être relevée, tant la faculté de poursuivre la médiation durant une procédure arbitrale est peu présente dans les méthodes de règlement des différends d'investissement État-État ou investisseur-État<sup>85</sup>.

84 L'article 15.6 du *ChAFTA* dispose que «les Parties peuvent à tout moment convenir de bons offices, de conciliation ou de médiation. Ils peuvent commencer à tout moment et prendre fin à tout moment. Si les Parties en conviennent, les bons offices, la conciliation ou la médiation peuvent se poursuivre pendant que le différend est en cours de résolution devant un tribunal arbitral convoqué en vertu de l'article 15.7» [notre traduction; nos italiques] *ChAFTA*, *supra* note 62; l'article 19.7 para 1 du *RCEP* dispose que «Les parties au différend peuvent à tout moment convenir d'adopter volontairement une méthode alternative de résolution du différend, notamment les bons offices, la conciliation ou la médiation. Les procédures relatives à ces méthodes alternatives de résolution des différends peuvent commencer à tout moment et peuvent être terminées à tout moment par toute partie au différend» [notre traduction; nos italiques] *RCEP*, *supra* note 73; l'article 15,5 de l'*ALE Chine-Ile Maurice* dispose que

les Parties peuvent à tout moment convenir volontairement de bons offices, de conciliation et de médiation. Ces procédures peuvent débuter à tout moment et prendre fin à tout moment. [...] Si les parties en conviennent, les procédures de bons offices, de conciliation ou de médiation peuvent se poursuivre pendant que le différend est en cours de résolution devant un tribunal arbitral établi en vertu de l'article 15.6 (Création d'un tribunal arbitral) [notre traduction; nos italiques].

Les articles 4 et 5 de la Section V du CAI disposent que:

les parties peuvent à tout moment accepter volontairement une médiation dans le but de parvenir à une solution mutuellement convenue concernant une mesure présumée nuire aux investissements entre les parties. [...]. Les parties peuvent parvenir à une solution mutuellement convenue à un différend en vertu du présent article, ou à certaines réclamations, à tout moment [notre traduction; nos italiques].

85 Voir par ex le rapport du Secrétariat de la CNUDCI en la matière: *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) — Projet de dispositions relatives à la médiation*, CNUDCI, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.217 au para 8. La CCI, en matière de différends commerciaux privés, a également conclu que la majorité des arbitres considéreraient comme inapproprié le fait que les parties puissent initier ou poursuivre une procédure médiationnelle en parallèle d'une procédure arbitrale (ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration* (2023) ICC Publication, n°DRS900ENG à la p 9).

Elle contribue donc également à souligner le particularisme des récents accords commerciaux et d'investissement signés par la Chine. La faculté des parties de poursuivre une médiation durant la phase arbitrale augmente ainsi les chances de trouver une issue mutuellement acceptable au différend, avant même que la phase juridictionnelle ne soit terminée. Le maintien d'une telle possibilité contribue donc également au phénomène de déjuridictionnalisation porté par la Chine.



Par une politique juridique nationale et internationale visant à éviter ou à minimiser la saisine — par un investisseur — d'un tribunal arbitral dans le cadre d'un différend d'investissement, la Chine a pour le moment réussi à limiter son attrait devant une juridiction arbitrale internationale dans le cadre d'un différend investisseur-État. Cette stratégie d'évitement s'est depuis quelques années doublée d'une politique innovante dans la négociation des nouveaux accords d'investissement. Tant par la restriction du champ de compétence du tribunal arbitral que par l'établissement de techniques alternatives visant à exclure celui-ci du règlement effectif du différend, la RPC trouve dans la négociation de nouveaux traités internationaux le moyen de venir déjuridictionnaliser un domaine des relations internationales et transnationales qui a pourtant connu une évolution juridictionnelle innovante et effective depuis le début de la décennie 1990.

Ce positionnement chinois se doit cependant d'être plus globalement observé à la lumière d'un système arbitral de RDIE de plus en plus critiqué par l'ensemble des parties prenantes. « *The tide is turning. Ferment is in the air* »<sup>86</sup>. Poussée par un mécontentement grandissant à l'égard du désormais « traditionnel » mécanisme arbitral en matière d'investissements internationaux, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a chargé son groupe de travail III de débiter, en 2017, une réflexion sur une éventuelle réforme du processus de règlement des

---

86 Sergio Puig et Gregory C Shaffer, « Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law » (2018) 112:3 *American Journal of International Law* 361 à la p 361.

différends investisseurs-État. Dans ce cadre multilatéral, la Chine a soumis à son tour, le 19 juillet 2019, une proposition de réforme du RDIE<sup>87</sup>.

Parmi les six propositions chinoises, une retient particulièrement notre attention. Elle concerne le développement du recours à des modes alternatifs de règlement des différends, et notamment à la médiation et à la conciliation qui, selon la Chine, « privilégi[ent] l'harmonie et [peuvent] offrir aux pays hôtes et aux investisseurs un haut niveau de souplesse et d'autonomie. Les médiateurs sont également plus à même d'adopter des méthodes créatives et prospectives pour faciliter le règlement des différends, aidant ainsi les parties à obtenir des résultats mutuellement avantageux » (III.4). Relevons le caractère parfaitement singulier de l'argumentation chinoise : si la Chine n'est évidemment pas le seul État à s'être positionné en faveur du développement de méthodes alternatives dans le RDIE, elle est néanmoins bien le seul État à avoir soutenu un argument de fond et non de forme, selon lequel le développement des méthodes alternatives contribuerait au développement d'une relation harmonieuse entre État et investisseurs, par le biais d'une procédure souple qui permettrait à toutes les parties d'obtenir des résultats mutuellement avantageux<sup>88</sup>. Certes, certaines propositions étatiques soutiennent le développement des méthodes alternatives et notamment médiationnelles, mais soit uniquement sur la base d'arguments formels (selon lesquels la médiation — ou plus généralement les méthodes alternatives — serait moins couteuse et plus rapide<sup>89</sup>), soit uniquement comme solution préarbitrale chargée de tenter une première résolution du différend avant qu'il n'atteigne

87 *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : communication présentée par le Gouvernement chinois*, CNUDCI, 2019, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.177.

88 La CNUDCI ne cite d'ailleurs que la communication chinoise comme exemple de communication soutenant que la médiation permet d'éviter que le différend ne « dégénère » et que le conflit ne s'intensifie entre les parties (*Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) : Draft provisions on mediation*, CNUDCI, 2022, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.217 au para 4).

89 Voir en ce sens : *Communication présentée par le Gouvernement turc*, CNUDI, 2019, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.174 à III; *Communication du Gouvernement sud-africain*, CNUDI, 2019, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.176 au para 41; *Communication présentée par le Gouvernement marocain*, CNUDI, 2019, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.161 au para 14. L'ensemble des contributions étatiques sont à retrouver sur la page principale du Groupe de travail III de la CNUDCI, disponible au lien suivant : <[uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)> [[perma.cc/68C2-JNCK](https://perma.cc/68C2-JNCK)].

le stade du tribunal arbitral<sup>90</sup>. La Chine, de son côté, relève également les avantages formels supposés de la médiation (réduction des coûts et rapidité accrue) mais n'en fait pas le cœur de son argumentation. Au contraire, la Chine renvoie surtout le mécanisme médiationnel à son rôle premier, celui de trouver une issue mutuellement bénéfique, au contraire d'un règlement juridictionnel dont la décision finale entrainerait la responsabilité d'une partie et donc une finalité déséquilibrée entre les parties au différend. L'idée ressort également dans la dernière phrase de la section III.5, qui se lit comme suit : « L'investisseur et le pays hôte pourraient utiliser cette procédure [...] pour éviter que le différend *ne dégénère* en procédure d'arbitrage » [nos italiques]. Le terme choisi en anglais est « *escalate* », et en chinois « 升级 (*shēngjí*) », traduisible également par « escalader ». La multiplication des propositions chinoises en faveur d'un développement des méthodes alternatives semble ainsi, à demi-mot, montrer une aversion chinoise de plus en plus prégnante pour la méthode arbitrale de règlement des différends investisseurs-État, l'arbitrage étant implicitement considéré comme une méthode radicale et connotée défavorablement, au contraire des méthodes médiationnelles. S'il demeure aujourd'hui que le mécanisme arbitral du RDIE est une pierre angulaire du développement des investissements étrangers, la puissance économique de la Chine — tant dans l'attraction d'investissements étrangers que dans la diffusion d'investissements à l'étranger — pourrait, à l'avenir, faire du mécanisme arbitral une méthode de second-rang du RDIE.

---

90 Voir aussi en ce sens : *Observations du Gouvernement thaïlandais*, CNUDI, 2018, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.147 au para 7; *Observations du Gouvernement indonésien*, CNUDI, 2019, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.156 au para 15; *Communication du Gouvernement de la Fédération de Russie*, CNUDI, 2020, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.188 à la p 4. L'ensemble des contributions étatiques sont à retrouver sur la page principale du Groupe de travail III de la CNUDCI (*ibid*).