

L'ouverture de l'arbitrage ad hoc ayant son siège en Chine⁽¹⁾ aux entreprises FTZs – Une option prometteuse mais encore incertaine



I. LA RÉFORME

L'arbitrage ad hoc est l'arbitrage se déroulant en dehors de toute institution arbitrale. Les parties sont libres de désigner les arbitres, les règles applicables, et le siège de l'arbitrage. Souvent qualifié d'arbitrage "sur mesure", en raison de sa plus grande flexibilité qu'un arbitrage mené par une institution arbitrale, il permet également d'éviter les coûts administratifs de cette dernière, est plus rapide, et assure une confidentialité renforcée.

La Chine est traditionnellement hostile à l'arbitrage ad hoc. Le droit chinois faisait de la désignation d'une institution arbitrale une condition de validité des clauses d'arbitrage⁽²⁾, ce qui prohibait *de facto* l'arbitrage ad hoc en Chine. En conséquence, l'arbitrage ad hoc n'était ouvert aux entreprises chinoises que si les trois conditions suivantes étaient réunies : 1) l'affaire présentait un élément d'extranéité⁽³⁾ ; 2) l'arbitrage ad hoc siégeait à l'étranger, dans un pays partie à la Convention de New pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; 3) une loi étrangère, autorisant l'arbitrage ad hoc, gouvernait la

validité de la clause d'arbitrage⁽⁴⁾.

De telles restrictions empêchaient les parties d'obtenir des juridictions chinoises la mise en œuvre de mesures conservatoires durant la procédure arbitrale, le siège de cette dernière étant à l'étranger.

Toutefois, avec la récente publication, le 30 décembre 2016, par la Cour populaire suprême d'*Opinions sur la fourniture de garanties judiciaires pour la construction des zones de libres échanges*⁽⁵⁾ (les « **Opinions** »), les litiges entre entreprises enregistrées dans les zones pilotes de libre échange (« **FTZs** » ; ci-après « **les entreprises FTZs** ») semblent pouvoir être désormais soumis à un arbitrage ad hoc siégeant en Chine⁽⁶⁾.

II. UNE OPTION PROMETTEUSE MAIS ENCORE INCERTAINE

L'ouverture de l'arbitrage ad hoc siégeant en Chine est prometteuse pour au moins trois raisons :

- premièrement, afin de s'assurer qu'une telle clause d'arbitrage ne soit pas déclarée

nulle de manière injustifiée, les Opinions prévoient que si une cour chinoise considère cette clause comme invalide, elle doit, avant de se prononcer, le reporter à la juridiction supérieure, et si l'opinion de celle-ci va dans le même sens, l'affaire doit être reportée à la Cour populaire suprême qui donnera un avis final ;

- deuxièmement, le siège de l'arbitrage étant en Chine, la sentence arbitrale sera chinoise ce qui permet d'éviter le long processus de reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère ; cela pourrait aussi permettre aux parties de demander à une juridiction chinoise de prononcer des mesures conservatoires durant la procédure arbitrale, ce qui serait très avantageux par rapport à un arbitrage siégeant à l'étranger ;

- troisièmement, si cette ouverture fonctionne dans les FTZs, il est possible qu'elle soit étendue dans le futur à l'ensemble du territoire chinois.

Toutefois, les articles 16 et 18 de la Loi chinoise sur l'arbitrage faisant de la désignation d'une institution arbitrale une condition de validité de la clause d'arbitrage, l'ouverture soudaine

(1) Dans cet article, la « Chine » désigne la Chine continentale.

(2) Articles 16 et 18 de la Loi chinoise sur l'arbitrage, entrée en vigueur le 1er septembre 1995 et amendée pour la dernière fois le 1er septembre 2017.

(3) En vertu de l'article 1er des interprétations de la Cour populaire suprême de la Loi sur la loi applicable aux relations juridiques présentant un élément d'extranéité, un élément d'extranéité est caractérisé lorsque l'une des parties est étrangère ou a sa résidence habituelle à l'étranger, lorsque l'objet du contrat se situe à l'étranger, lorsque le fait à l'origine de la création, de la transformation ou de l'extinction des droits et obligations a lieu à l'étranger, ou encore dans toute autre situation dans laquelle il est possible de reconnaître que la relation juridique a un lien avec l'étranger. Le seul fait que les parties soient des sociétés à capitaux exclusivement étrangers (« **WFOEs** ») ne suffisait donc pas à caractériser cet élément, celles-ci étant des sociétés chinoises.

à l'arbitrage ad hoc soulève naturellement des incertitudes. La formulation retenue par la Cour populaire suprême ne garantit pas qu'une clause d'arbitrage prévoyant un arbitrage ad hoc en Chine soit déclarée valide par les juridictions chinoises (en vertu des Opinions, une telle clause « peut être » considérée comme valide, et non « doit être »).

Tout d'abord, la possibilité pour les parties de requérir des mesures conservatoires reste à être confirmée. En matière d'arbitrage institutionnel, les demandes de mesure conservatoire sont transmises à la cour populaire par la commission arbitrale⁽⁷⁾. A l'heure actuelle, il n'est donc pas certain qu'un juge chinois accepte une demande provenant directement d'un tribunal arbitral ad hoc.

Ensuite, il n'est pas clair quelle sera l'autorité compétente pour se prononcer sur la validité de la clause d'arbitrage ou sur la compétence du tribunal arbitral. En matière d'arbitrage institutionnel, il s'agit de la commission d'arbitrage ou du juge⁽⁸⁾ ; en matière d'arbitrage ad hoc, le tribunal arbitral pourra-t-il se prononcer sur sa propre compétence, comme c'est le cas à l'étranger, ou le juge devra-t-il être saisi ?

Par ailleurs, la constitution d'un tribunal arbitral peut rencontrer des difficultés, notamment lors de la désignation des arbitres. Dans les autres pays, il existe généralement des règles prévoyant l'intervention d'un juge d'appui qui aidera alors les parties. En Chine,

il n'existe actuellement pas de mécanisme similaire, rendant cette étape délicate.

Il convient enfin de noter que la Commission arbitrale de Zhuhai a publié règles détaillées concernant la procédure arbitrale ad hoc (*Règles de la FTZ de Hengqin relatives à l'arbitrage ad hoc*⁽⁹⁾), entrées en vigueur le 15 avril 2017), traitant de tous les problèmes exposés précédemment. Toutefois, ces règles ayant été publiées par une commission arbitrale, leur force obligatoire (notamment vis à vis des juridictions chinoises en matière de mesures conservatoires) et leur champ d'application restent incertains.

■ I. RECOMMANDATIONS

Au regard de l'avancement actuel de la réforme, et en l'absence d'amendement de la Loi chinoise sur l'arbitrage, choisir un arbitrage ad hoc ayant son siège en Chine reste un choix risqué, en dépit de ses avantages. En conséquence, les parties doivent être extrêmement vigilantes lors de la rédaction de la clause et, à titre d'exemple, il sera impératif de prévoir une autorité de nomination en cas de difficulté dans la désignation des arbitres.

Les Opinions de la Cour populaire suprême sont spécialement utiles pour les clauses hybrides qui désignent une commission arbitrale chinoise, mais appliquent des règles arbitrales séparées, telles que les règles ICC ou UNCTRAL. Cela est généralement un bon compro-

mis, qui permet d'une part à la partie étrangère de voir la procédure arbitrale conduite selon des règles lui étant familières, et d'autre part à la partie chinoise de voir cette procédure administrée par une commission arbitrale chinoise.

Au regard de ces Opinions, la consultation d'un avis juridique spécialisé, préalable à la rédaction d'une clause d'arbitrage, est vivement recommandée.



Plus d'infos juridiques sur l'Asie :

[> Vietnam - New regulation on small and medium-sized enterprises](#)

[> Chine - Licenciement pour cause d'insuffisance professionnelle en République populaire de Chine](#)

[> India - new consolidated FDI Policy released](#)



Pour toute information complémentaire, merci de contacter :

asia@dsavocats.com

Pour vous désinscrire cliquer [ici](#)

(4) Opinion de la cour supérieure de Pékin, 3 décembre 1999 (北京市高级人民法院关于审理请求裁定仲裁协议效力、申请撤销仲裁裁决案件的若干问题的意见, 1999年12月3日).

(5) 最高人民法院, 关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见, 2016年12月30日, 法发〔2016〕号.

(6) Le paragraphe 9 des Opinions dispose que « peut être considérée comme valide la clause par laquelle deux sociétés immatriculées dans une FTZ prévoient qu'un arbitrage sera mené à un certain endroit de Chine continentale, selon certaines règles d'arbitrage, par certaines personnes ».

(7) Article 28 de la Loi chinoise sur l'arbitrage.

(8) Article 20 de la Loi chinoise sur l'arbitrage

(9) 珠海仲裁委员会, 横琴自由贸易试验区临时仲裁规则.