

# Mener un arbitrage international en Chine : clause compromissoire et choix de l'institution arbitrale

AFCDE, Maison du Barreau

21 février 2018, Paris

Emilie Hu  
emilie.hu@dechert.com  
Dechert (Paris) LLP  
Paris, France

Dechert  
LLP

- I. Remarques préliminaires sur l'arbitrage en Chine**
- II. Clause compromissoire et choix de l'institution arbitrale**
- III. Cas pratiques**
- IV. Actualités**

# I - Remarques préliminaires sur l'arbitrage en Chine

# Caractéristiques de l'arbitrage en Chine (1/3)

- L'arbitrage est le mode de résolution des différends préférés des entreprises étrangères ou à capitaux étrangers pour les raisons suivantes :
  - Craintes au sujet de l'indépendance et de l'impartialité des juges chinois (protectionnisme juridique)
  - Craintes au sujet de l'exécution des jugements étrangers
  - Confidentialité de l'arbitrage c. publicité des débats dans les juridictions chinoises
  - Flexibilité inhérente à l'arbitrage (choix des règles procédurales, choix du droit applicable au fond, de l'arbitre, de la langue de procédure, etc.)

## Caractéristiques de l'arbitrage en Chine (2/3)

- Popularité croissante de l'arbitrage en Chine

	2013	2014	2015	2016
Arbitrages administrés en Chine	104,257	113,660	136,924	208,545
Montant au litige (cumulé) - RMB	164,6 milliard	265,5 milliard	441,2 milliard	469,5 milliard

# Caractéristiques de l'arbitrage en Chine (3/3)

## Arbitrage domestique

- Interdiction de l'arbitrage *ad hoc*
- Siège arbitral en Chine (loi procédurale chinoise)
- Loi chinoise applicable au fond
- Application limitée du principe de séparabilité
- Non-reconnaissance du principe de compétence-compétence
- Système de report depuis 2017

## Arbitrage international & Arbitrage impliquant un élément étranger

- Art. 304 de l'*Opinion sur Certaines Questions concernant l'Application de la Procédure Civile*, émise par la Cour suprême, 14 juillet 1992
- Ex: 1ère cour intermédiaire de Shanghai, (2013) *Hu Yi Zhong Min Ren (Wai Zhong) No. 2*

## Arbitrage dans les FTZ

- *Opinion de la Cour Suprême sur la mise en place de garanties judiciaires pour la construction de zones de libre-échange*, 30 décembre 2016
- 11 FTZ à terme (Shanghai depuis 2013, Guangdong, Tianjin, Fujian depuis 2014, création prévue dans le Liaoning, Zhejiang, Henan, Hubei, Chongqing, Sichuan and Shaanxi)

## II – Clause compromissoire et choix de l'institution arbitrale

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (1/7)

- Article 16 de la Loi sur l'Arbitrage dispose que :

« Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'un compromis d'arbitrage, qui sont convenus par écrit avant ou après un différend. Une convention d'arbitrage devra contenir :

1. L'expression de la volonté de recourir à l'arbitrage ;
2. Les différends qui devront être soumis à l'arbitrage; et
3. La commission d'arbitrage choisie »

- Article 18 de la Loi sur l'Arbitrage dispose que :

« Si la convention d'arbitrage ne contient pas ou contient des dispositions vagues concernant les différends ou la commission d'arbitrage, les parties pourront conclure un avenant. Si aucun avenant est conclu, la convention d'arbitrage sera considérée comme nulle et non avenue. »

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (2/7)

- **L'intention univoque de soumettre le différend exclusivement à l'arbitrage :**
  - Les provisions 'fork-in-the-road' proposant soit la compétence des tribunaux étatiques, soit le recours à l'arbitrage, ne sont pas valides
  - *Wuhan Iron et Steel Group International Trade Corporation c. Fuzhou Tianheng Shipping Co., Ltd. et Caifu International Shipping Co., Ltd.* (Cour suprême (2009) Ming Si Ta Zi No. 36):
    - La clause compromissoire stipulée dans la charte-partie est incorporée dans le connaissement ('bill of lading')
    - La clause compromissoire se lit comme suit:

*“ G/A ARBITRATION IF ANY TO BE SETTLED IN HONG KONG WITH ENGLISH LAW TO APPLY*

按照“联合国事物销售公”进行仲裁”
    - Le Tribunal des Affaires maritimes de Wuhan a estimé que la clause n'était pas valide parce qu'elle n'excluait pas le recours aux tribunaux arbitraux. La Cour Suprême a confirmé le jugement du Tribunal.

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (3/7)

- **La matière soumise à l'arbitrage doit être arbitrable :**
  - Article 2 de la loi sur l'Arbitrage dispose que : « *Le recours à l'arbitrage est autorisé pour les différends contractuels et les autres différends relatifs aux droits, aux intérêts et à la propriété existant entre les sujets égaux tels que citoyens, personnes morales, et autres entités.* »
  - Article 3 de la loi sur l'Arbitrage dispose que : « *Le recours à l'arbitrage n'est pas autorisé pour les différends suivants : (1) les différends concernant le mariage, l'adoption, la tutelle, la reconnaissance et les successions ; (2) les différends administratifs qui doivent, selon la loi, être soumis à des autorités administratives.* »
  - *Affaire Nanjing Xusong Technology Co, Ltd c. Samsung (China) Investment, (2015) Su Zi Min Xia Zhong Zi No. 00072* : non-arbitrabilité des différends portant sur le droit de la concurrence pour les raisons suivantes :
    - Présence de l'intérêt public
    - Le recours aux tribunaux étatiques
    - Aucune disposition n'autorise l'arbitrabilité des différends portant sur le droit de la concurrence

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (4/7)

- **La clause compromissoire doit désigner une institution d'arbitrage :**
  - Articles 10-15 de la Loi sur l'Arbitrage définissent l'institution d'arbitrage chinoise mais ne précisent pas le statut de l'institution d'arbitrage étrangère
  - *Zublin International GmbH c. Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd*, Cour suprême, 8 juillet 2004:
    - La clause compromissoire se référait à « *Règlement de la CCI, Shanghai* »
    - La Cour a considéré que la clause compromissoire ne désignait pas explicitement une institution d'arbitrage et était par conséquent réputée caduque conformément à l'article 16 de la Loi sur l'Arbitrage.
  - Interprétation de la Cour Suprême concernant certaines questions sur l'application de la Loi sur l'Arbitrage (2006)
  - A partir de 2012, la CCI a pris l'initiative d'indiquer dans son Règlement d'Arbitrage que « *La Cour est le seul organisme autorisé à administrer les arbitrages soumis au Règlement, et notamment à examiner et approuver les sentences rendues conformément au Règlement.* » (Art. 1(2)).

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (5/7)

- Interprétation de la Cour Suprême concernant certaines questions sur l'application de la Loi sur l'Arbitrage (2006)

Article 3 : Quand le nom de l'institution d'arbitrage est inexact mais qu'une institution d'arbitrage peut être déterminée, il faut considérer que c'est cette institution qui a été désignée.

Article 4: Quand la clause compromissoire ne fait référence qu'aux règles d'arbitrage d'une institution, il faut considérer que l'institution d'arbitrage n'a pas été désignée, à moins que les parties aient pu conclure un accord additionnel ou déterminé l'institution d'arbitrage.

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (6/7)

- Interprétation de la Cour Suprême concernant certaines questions sur l'application de la Loi sur l'Arbitrage (2006)

Article 5 : Quand une clause compromissoire désigne plusieurs institutions, les parties peuvent choisir d'un commun accord l'une d'entre elles au moment de la soumission de la requête d'arbitrage ; si les parties ne peuvent parvenir à un tel accord, la clause compromissoire sera inefficace.

Article 6: Quand la clause compromissoire fait référence à une institution installée dans une certaine localité et qu'il n'y a qu'une institution dans cette localité, il faut considérer que c'est cette institution qui a été désignée. S'il y en a plusieurs, les parties peuvent choisir l'une d'entre elles par commun accord ; si les parties ne peuvent parvenir à un tel accord, la clause sera inefficace.

# A - Conditions de validité de la clause compromissoire (7/7)

- Interprétation de la Cour Suprême concernant certaines questions sur l'application de la Loi sur l'Arbitrage (2006)

Article 7 : Quand la clause de résolution des différends permet aux parties de choisir entre le recours à l'arbitrage et le recours aux juridictions chinoises, la clause doit être inefficace, à moins qu'après soumission de la requête d'arbitrage par une partie, l'autre partie n'émet pas d'objections selon le para. 2 de l'article 20 de la Loi sur l'Arbitrage.

# B – Choix de l'institution arbitrale (1/2)

- Choix limité par la nationalité des parties
- Institutions arbitrales étrangères et institutions arbitrales chinoises (+ 240 )



## B – Choix de l'institution arbitrale (2/2)

	CIETAC (2015)	SHIAC	ICC (2017)	Yinchuan
<b>Compétence-compétence</b>	CIETAC – Tribunal arbitral (« TA ») en cas de délégation de pouvoir	SHIAC – TA en cas de délégation de pouvoir	TA	Yinchuan - TA en cas de délégation de pouvoir
<b>Nombre d'arbitres par défaut</b>	3	3	1	3
<b>Jonction de parties tierces</b>	Oui	Oui	Oui	Oui
<b>Consolidation des arbitrages</b>	Oui	Oui	Oui	Oui
<b>Recrutement des arbitres</b>	Panel et hors panel	Panel et hors du panel	Pas de panel	Panel
<b>Langue par défaut</b>	Chinois mais autre langue possible	Chinois mais autre langue possible	À déterminer par le TA	Langues chinoises
<b>Frais administratifs (unité monétaire)</b>	RMB	RMB	USD	RMB

## III – Cas pratiques

# Règles d'or

- **Définir le régime applicable :**
  - Déterminer la nationalité des parties
  - Déterminer la nationalité de l'arbitrage
  - Déterminer si on est dans une FTZ
    - Impacts sur le choix de l'institution arbitrale, le lieu du siège et la possibilité d'un arbitrage *ad hoc*
- **Autres considérations à prendre en compte**
  - Les arbitres: nombre, nationalité et expérience
  - Langue de l'arbitrage
  - Délais stricts ?
- **Penser à l'exécution de la sentence arbitrale et donc à localiser les biens de la partie adverse**

## Clauses pathologiques ? (1/2)

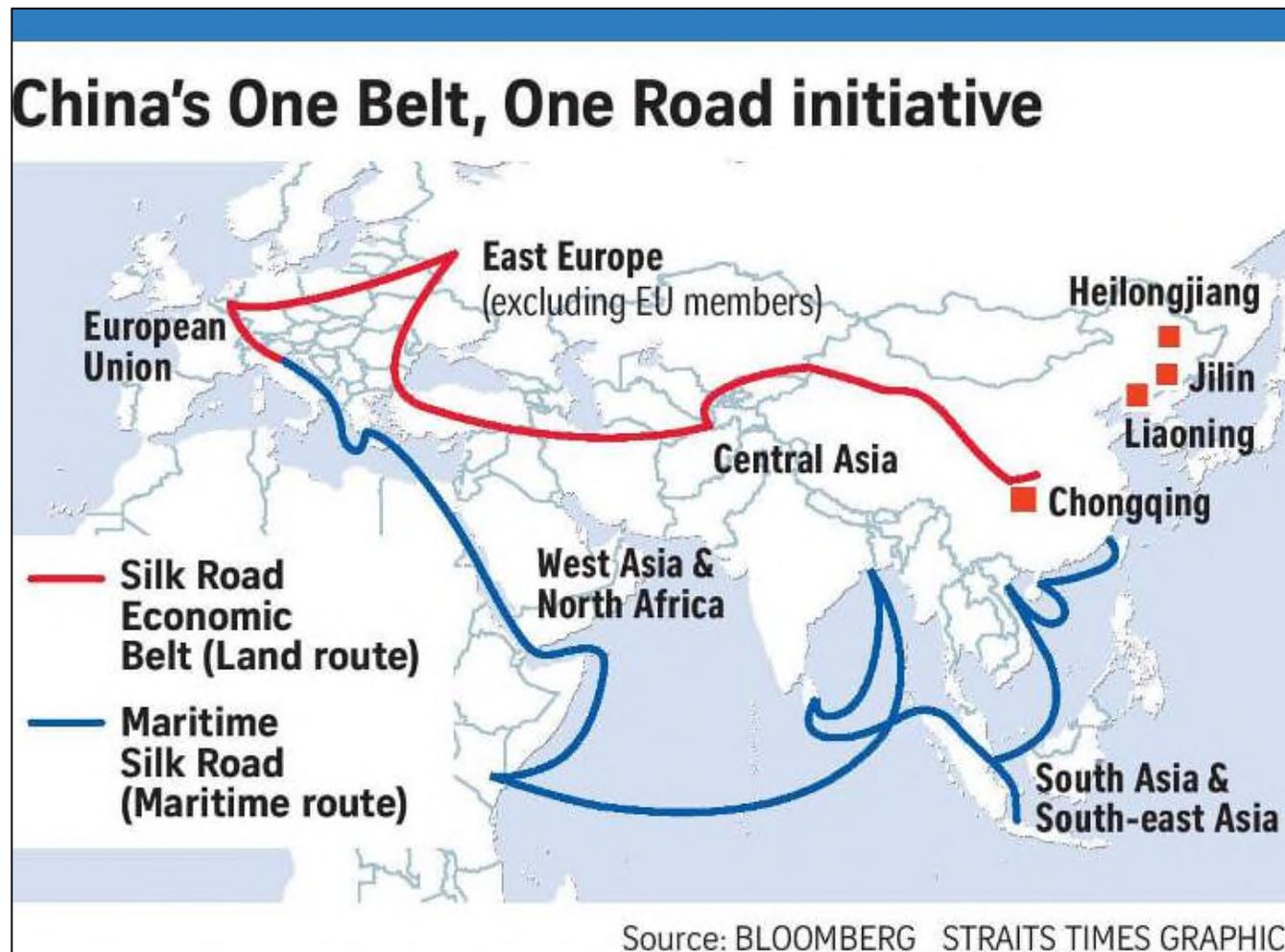
- *« Any disputes, conflicts, differences and statements based on this contract [...] shall be finally settled by China International Arbitration Center and the place of arbitration shall be Beijing, China. »*
- *« Any dispute or any disputes that may not be friendly settled under this contract or in connection with this contract shall be settled by arbitration in accordance with the Mediation Rules and Arbitration Rules of « the Trade Arbitration » (customary short for CIETAC, « 贸仲 » in Chinese), and the arbitration shall be conducted in Beijing) »*

## Clauses pathologiques ? (2/2)

- *« All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled through negotiation, if negotiation fails, both party may apply for arbitration to the arbitration institution of Party A's domicile. »*
  - Hypothèse 1 : la partie A est domiciliée à Beijing
  - Hypothèse 2 : la partie A est domiciliée à Jinan (Shandong)
- *« All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed in accordance with said Rules ; the seat shall be Paris and the language shall be English. »*
  - Hypothèse 1 : les parties sont des WFOE enregistrées dans la FTZ de Shanghai
  - Hypothèse 2 : la partie A est une société de droit chinois et la partie B est une WFOE enregistrée à Lhassa

## V – Actualités

# Des tribunaux étatiques spécialisés pour les Nouvelles Routes de la Soie



# Dechert LLP

Definitive advice  
Practical guidance  
Powerful advocacy

**dechert.com**

Almaty • Austin • Beijing • Boston • Brussels • Charlotte • Chicago • Dubai • Dublin • Frankfurt • Hartford  
Hong Kong • London • Los Angeles • Luxembourg • Moscow • Munich • New York • Orange County • Paris  
Philadelphia • Princeton • San Francisco • Silicon Valley • Tbilisi • Washington, D.C.

Dechert practices as a limited liability partnership or limited liability company other than in Almaty, Dublin, Hong Kong, Luxembourg and Tbilisi.

Dechert  
LLP