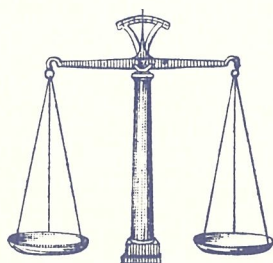
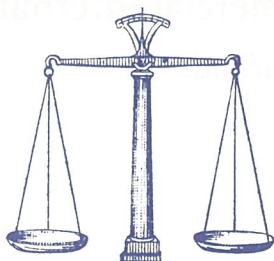


Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance



CEFAREA

26, boulevard Haussmann - 75009 Paris
Tél. : 01 42 93 95 62 - Fax : 01 42 93 95 63
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901

Sommaire

Editorial

Mikaël Hagopian,
Président de CEFAREA

5

Le rôle d'appui du juge anglais
dans l'arbitrage commercial international
Eric Schwartz et Alain Farhad

13

Excess loss – Le baiser de la mort
de la réassurance
Martin Judson

25

Approche du droit
sur le commerce par internet
Philippe Gaume

31

La Chine des réformes :
un terrain favorable provisoirement
aux normes occidentales
et définitivement à l'arbitrage ?
Guillaume Hermann

43

Editorial

L'éditorial du précédent numéro de notre périodique vous a appris que depuis le 11 octobre 2006 CEFAREA est membre associé du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, près la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

Animés du même désir de concrétiser cette association dans les meilleurs délais, nous avons procédé en commun au remplacement du règlement d'arbitrage CEFAREA par un nouveau texte, intitulé règlement d'arbitrage CEFAREA-CMAP qui est en vigueur depuis le 21 mars 2007.

Dorénavant, la procédure d'arbitrage, qu'il s'agisse de sa mise en place, de son déroulement ou de son parachèvement, sera assurée par le CMAP et il sera fait application de son barème des frais et honoraires d'arbitrage.

Cette procédure s'appliquera à tout différend trouvant sa source dans un contrat d'assurance, de réassurance ou de rétrocession, dans une note de couverture, dans une convention entre un intermédiaire d'assurance ou de réassurance et son client ou encore entre deux intermédiaires. Dans ce domaine ainsi défini, le CMAP nommera des arbitres issus de CEFAREA ou proposés par CEFAREA et qui auront été agréés par la Commission d'agrément et de nomination du CMAP. Le Président de CEFAREA participe aux travaux de cette Commission dans la sous-commission d'agrément et il est consulté sur le choix des arbitres par la sous-commission de nomination.

En première concrétisation de cette mise en place, 15 personnes présentées sous l'égide de CEFAREA ont été agréées par la Commission d'agrément et de nomination du CMAP lors de la réunion qu'elle a tenue le 15 mars 2007.

Et, seconde concrétisation, c'est, cette fois, en commun avec le CMAP que se tiendra la traditionnelle réunion au cours de laquelle un litige fictif sera tranché par un tribunal arbitral fictif, censé avoir tenu déjà plusieurs séances.

Cette réunion aura lieu dans une des grandes salles de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris le jeudi 7 février prochain, après-midi.

Afin de réduire nos frais de fonctionnement, nous avons quitté la rue du Général Foy. Depuis le 1er avril, notre siège social se trouve 26 Boulevard Haussmann, la Fédération Française des Sociétés d'Assurances ayant bien voulu mettre à notre disposition deux bureaux et un secrétariat allégé. Monsieur Antoine Bricard, directeur adjoint de SCOR EFI, a bien voulu accepter d'assumer les fonctions de Secrétaire Général et de Trésorier de CEFAREA. Il a été nommé à ce poste lors de la réunion tenue le 29 novembre par le Conseil qui lui a dit sa gratitude.

L'évolution de plus en plus marquée de la finalité de la réassurance et celle, aussi, des moyens à mettre en place pour l'accompagner, seront, inévitablement, sources de litiges. Et la nature de ces litiges privilégiera le recours à l'arbitrage, compte tenu d'une souhaitable confidentialité et surtout, de la nécessité d'une parfaite connaissance technique des éléments du conflit.

Nous sommes privés cette année du plaisir de lire la rubrique de Madame Marie-France ALLEAUME-LEFORT. Elle n'a pu trouver le temps de nous faire bénéficier de sa minutieuse et distrayante étude d'une expression ou d'un terme anglais. Elle s'excuse et nous donne rendez-vous dans le prochain numéro.

*

*

*

Maître Eric SCHWARTZ et Maître Alain FARHAD sont tous deux avocats à la Cour, au Cabinet DEWEY & LEBOEUF PARIS, un des membres fondateurs de notre association. Maître SCHWARTZ fut, pendant plusieurs années à Paris, Secrétaire Général de la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce international.

Ils ont bien voulu accepter de nous décrire le rôle du juge anglais d'appui dans l'arbitrage commercial international tel qu'il se définit à partir de la législation – l'English Arbitration Act de 1996 – et de la jurisprudence.

A chaque étape du cheminement qui nous est proposé et que, comme moi, vous effectuerez avec tout l'intérêt qu'il mérite, les constantes comparaisons qui sont faites nous remettent en mémoire les principales dispositions de notre Code de Procédure Civile en ce domaine.

Les auteurs mettent en évidence à quel point les pouvoirs dont le juge anglais dispose, sont plus larges que ceux reconnus au magistrat français. La raison en est que le pragmatisme britannique se préoccupe de matérialiser le plus possible l'avantage essentiel de la procédure arbitrale sur celle relevant de la juridiction étatique : la célérité.

Mais ils insistent aussi sur le strict encadrement de ces pouvoirs. La règle retenue est que la décision du juge d'appui ne doit pas être cause d'une injustice significative à l'égard d'une des parties.

CEFAREA dit toute sa gratitude à Maître SCHWARTZ et à Maître FARHAD pour cette contribution qu'ils ont bien voulu lui apporter.

*

*

*

Malgré l'importance différence d'âge qui nous sépare, l'amitié qui me lie à Martin JUDSON est fort ancienne. Nous nous sommes connus, en effet, il y a longtemps déjà, alors que nous étions souscripteurs de réassurance, lui à Londres, moi à Paris. Nos contacts furent fréquents et nous devînmes amis. Depuis plusieurs années, il s'est établi à Orgeval d'où il exerce en France et au-delà des fonctions en matière de réassurance, tant pour la mise en place de contrats de réassurance que pour leur gestion technique ou comptable. Il est consulté aussi en cas de différends en ces matières.

Il a bien voulu accepter de nous dire ce qu'il pense actuellement de la réassurance et il le fait de façon particulièrement intéressante, sa parfaite connaissance du sujet allant fort bien de pair avec cet humour dont bien peu d'Anglais sont dépourvus.

Ami lecteur, je suis persuadé que vous aurez, comme moi, plaisir à lire cet article, en vous arrêtant, sans doute aussi sur la comparaison qui y est faite entre l'assurance et le pari, la définition de la souscription de réassurance et les citations d'autorités judiciaires anglaises mises à notre disposition.

J'ai été particulièrement intéressé par la distinction que fait un magistrat entre la réassurance proportionnelle et la réassurance non-proportionnelle, estimant que seule la réassurance proportionnelle augmente la capacité de souscription de la cédante. Révérence parler, je suis en total désaccord avec le juge.

Au terme d'une subtile analyse de la différence de sort du réassureur suivant qu'il s'agisse de réassurance proportionnelle ou de réassurance non-proportionnelle et faisant référence à ce que l'on appelle la réassurance financière, Monsieur Judson pose une interrogation essentielle : la réassurance va-t-elle mourir ?

Il se trouve qu'il y a quelques années déjà, j'avais posé la question et risqué un sombre diagnostic.

Cher Martin, je vous remercie pour ce que vous nous donnez et vous demande si vous accepteriez d'écrire dans le prochain numéro de ce périodique un article de la même belle veine que celle-ci et que vous intituleriez : Réassurance financière : le baiser de la mort à la réassurance

*

*

*

Je vous dois, cher lecteur, un aveu. Je suis en admiration devant l'ordinateur. Mais cette admiration est fortement empreinte de crainte, en fait de la crainte de ne pouvoir bien tout comprendre. Elle s'est atténuée à la lecture de l'article qu'à ma requête Monsieur Philippe GAUME a bien voulu écrire pour notre périodique car je connais maintenant l'un des principaux intervenants dans les réseaux électroniques : l'hébergeur.

Le propos de Monsieur GAUME est essentiellement juridique. Mais il n'y a droit que parce qu'il y a des activités, des situations, des relations qui doivent être régies par des règles impératives. D'où, aussi, la nécessaire analyse de ce à quoi le droit s'applique.

Les activités professionnelles de l'hébergeur l'exposent à de multiples responsabilités tant contractuelles que délictuelles. Mais le cadre juridique du commerce par internet n'est pas encore déterminé de façon suffisamment précise. La situation actuelle est détaillée et commentée par l'auteur qui affirme : « L'internet n'est pas une zone de vide juridique ».

Cette parfaite juxtaposition qui est faite ici entre le droit et le domaine auquel il s'applique met en évidence que Monsieur Gaume est à la fois juriste et praticien. Titulaire d'un diplôme d'études supérieures de droit public, il a exercé des fonctions de juge consulaire. Dans le même temps, il fut pendant 38 ans agent d'assurances puis courtier d'assurances. Il est maintenant consultant conseiller en assurance.

Instruisez-vous aisément à la lecture de cet excellent article. J'ai pensé qu'il était opportun de faire aussi figurer dans notre périodique le lexique que Monsieur Gaume a établi. Je le remercie pour l'un et l'autre.

*

*

*

J'ai fait la connaissance de Monsieur Guillaume HERMANN lorsqu'à l'Ecole Supérieure d'Assurances de Paris, j'ai eu, l'année dernière, à donner mon opinion sur le mémoire qu'il présentait en seconde année de maîtrise, traitant de la pratique de la saisie conservatoire par les assureurs de facultés maritimes. Il ne convient pas de vous dire quelle fut mon opinion. Mais à l'issue de la réunion, j'ai demandé à Monsieur HERMANN s'il accepterait d'écrire un article pour le périodique CEFAREA.

Il m'a dit oui, d'emblée, et aussi, qu'il traiterait de certains aspects de la législation chinoise, m'expliquant la raison de ce choix, raison qui l'amenait aussi à apprendre le chinois.

Dans ce qu'il a bien voulu écrire pour nous, il donne à travers un historique de la législation et de la jurisprudence chinoises les raisons qui l'amènent à penser que le recours à l'arbitrage comme à la conciliation et à la médiation, institutions déjà mises en place mais suivant des modalités quelque peu restrictives, seront de plus en plus choisis pour la résolution de litiges, surtout en matière commerciale.

La Chine est, et sans doute restera, un pays de fortes traditions. Monsieur Hermann se plaît à rappeler que, déjà au dernier siècle avant Jésus-Christ, Confucius professait qu'il convenait de soumettre les relations humaines – nous pouvons y inclure les relations commerciales – aux règles de bienséance – soit, dirons-nous l'équité et les usages – plutôt qu'à la menace de sanctions étatiques – pour nous les juridictions étatiques. N'est-ce pas là une préférence marquée pour les modes alternatifs de résolution des litiges ?

La Chine est ouverte à l'Occident. Nous en sommes les témoins, constatant qu'elle pourrait bientôt être la première puissance économique mondiale. A cette fin d'ailleurs, elle accueille l'Occident. Mais Monsieur Hermann nous permet de voir que les «visas» imposés aux importateurs, quelle que soit la nature de l'importation, marquent bien qu'accueillir ne veut pas dire se convertir, ni, peut-être s'en imprégner.

Le rôle d'appui du juge anglais dans l'arbitrage commercial international

Eric Schwartz* et Alain Farhad**

En Angleterre comme en France, l'arbitrage reste dans bien des cas dépendant de l'assistance des tribunaux judiciaires.

La loi anglaise en matière d'arbitrage (*English Arbitration Act 1996* ci-après la « **EAA** ») définit dès son article introductif, le principe de base qui doit régir l'intervention du juge anglais dans la procédure arbitrale. Celui-ci prévoit en effet que l'intervention du juge anglais doit être maintenue au strict minimum et limitée aux seuls cas où la procédure arbitrale requiert une assistance ou en présence d'un risque flagrant de déni de justice. Cependant, il convient de noter d'emblée que le juge anglais, en l'occurrence la *Commercial Court* qui est compétente en la matière, joue un rôle central dans la EAA. Force est également de constater que l'éventail de ses pouvoirs d'intervention est plus large que ceux de la plupart de ses homologues européens, notamment français.

Comme son homologue français, le juge d'appui anglais peut être amené à intervenir à toutes les étapes de la procédure arbitrale. Naturellement, la présentation de ce rôle se fera donc en suivant l'ordre chronologique du déroulement d'une instance arbitrale, au démarrage de la procédure arbitrale (I), au cours de l'instance arbitrale (II), et enfin, à l'issue de la procédure arbitrale (III).

I. Le rôle du juge anglais au démarrage de la procédure arbitrale

Au démarrage de la procédure arbitrale (I), le juge anglais peut être amené à assister la constitution du tribunal arbitral (a), à proroger le délai de

* Avocat à la cour, Dewey & LeBoeuf, Paris, ancien secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce international.

** Avocat à la cour, Dewey & LeBoeuf, Paris.

l'introduction de l'instance arbitrale (b) et à connaître de la contestation de la compétence du tribunal arbitral (c).

a) Assistance à la constitution du tribunal arbitral

L'article 18 EAA confie au juge anglais le pouvoir d'intervenir dans la constitution du tribunal arbitral lorsqu'une des parties lui en fait la demande, en procédant à la nomination du ou des arbitres manquants. En pratique, la question est soulevée lorsque le défendeur à l'action arbitrale refuse de participer à l'instance, généralement en contestant l'existence ou la validité de la clause compromissoire. Ce pouvoir de nomination est à bien des égards comparable à celui conféré au président du Tribunal de Grande Instance de Paris par l'article 1493 du Nouveau Code de Procédure Civile (ci-après « NCPC »).

L'exercice de ce pouvoir est toutefois soumis à trois conditions définies par la jurisprudence qui en limitent quelque peu le cadre. Premièrement, avant de procéder à toute nomination, le juge anglais doit s'assurer de l'existence d'une clause compromissoire valable et dont relève le litige qui oppose les parties. Deuxièmement, le juge anglais doit s'assurer du démarrage effectif de l'instance arbitrale. Celui-ci est matérialisé par le dépôt d'une demande d'arbitrage assortie d'une invitation à la partie adverse de désigner ou de concourir à la désignation d'un arbitre. Enfin, lorsque les parties avaient convenu d'une procédure de désignation des arbitres, le juge anglais doit vérifier avant d'intervenir qu'une telle procédure a bel et bien été mise en œuvre et a échoué. Comme en France, ce pouvoir de désignation est donc supplétif de l'accord des parties.

Le juge anglais dispose également d'un pouvoir de révocation des arbitres. D'une part, lorsqu'un arbitre a été désigné, faute d'accord des parties, par le juge d'appui conformément à l'article 18 EAA, ce dernier peut le révoquer (18 (3) (c) EAA), sur demande de l'une des parties (18 (2) EAA). D'autre part, lorsqu'un arbitre a été désigné par les parties, le juge anglais peut le démettre sur demande de l'une des parties en vertu de l'article 24 EAA. Une telle demande ne peut être formulée que dans l'un des cas suivants : lorsqu'il

existe des doutes raisonnables quant à l'impartialité de l'arbitre, lorsque les compétences de l'arbitre ne sont pas conformes à l'accord des parties, lorsque l'arbitre est affecté par une incapacité mentale ou physique, et lorsque l'arbitre refuse ou manque à son obligation de diriger l'arbitrage ou de rendre la sentence avec la diligence adéquate risquant ainsi de causer ou ayant ainsi causé une injustice significative à l'une des parties.

Enfin, il convient de souligner que les décisions du juge en matière de constitution de tribunal arbitral sont susceptibles d'appel. Cependant cet appel ne peut être formé que sur autorisation du juge ayant rendu la décision concernée. C'est la procédure dite de *leave of court*. En pratique, cette autorisation est accordée lorsqu'un point de droit complexe est soulevé dans le cadre de la procédure de constitution du tribunal arbitral. La raison d'être de cette exigence d'une autorisation est d'éviter les recours de nature dilatoire et d'assurer autant que faire se peut la célérité de la procédure de constitution du tribunal arbitral.

b) Prorogation du délai convenu par les parties pour l'introduction de l'instance arbitrale

Il s'agit là d'une particularité du rôle du juge anglais par rapport à son homologue français. Lorsque les parties ont convenu d'un délai pour l'introduction d'une instance arbitrale, l'article 12 EAA donne le pouvoir au juge anglais, sur demande de l'une des parties, de proroger ce délai si certaines conditions sont remplies. En particulier, le demandeur doit démontrer que les circonstances ayant abouti au retard dans le démarrage de l'instance ne pouvaient raisonnablement avoir été envisagées par les parties au moment de convenir dudit délai, qu'il serait équitable de proroger le délai convenu et que la conduite d'une des parties rendrait inéquitable d'imposer ce délai à l'autre partie.

c) Décision sur la compétence du tribunal arbitral

Le juge anglais saisi d'un litige relevant d'une clause compromissoire est tenu de surseoir à statuer, à moins qu'il ne considère que la clause compromissoire

soit nulle, inefficace ou impossible à mettre en œuvre (article 9 (4) EAA). Cette obligation est comparable à celle du juge français qui au titre de l'article 1458 NCPC doit se déclarer incompétent dans tous les cas lorsqu'un tribunal arbitral a déjà été saisi d'un litige et à défaut d'un tribunal arbitral constitué, lorsque la clause compromissoire est manifestement nulle.

Comme le droit français, l'EAA prévoit que toute contestation de la compétence du tribunal arbitral, sera d'abord tranchée par le tribunal arbitral lui-même. L'article 30 EAA dispose en effet que sauf accord contraire des parties, le tribunal arbitral a compétence pour statuer sur sa propre compétence, c'est-à-dire pour régler toute contestation relative à la validité de la clause compromissoire, à la conformité de la constitution du tribunal arbitral, et aux litiges susceptibles d'arbitrage en vertu de la clause compromissoire.

Cependant, le juge d'appui est également doté d'une compétence subsidiaire en la matière. L'article 32 EAA permet aux deux parties d'un commun accord ou à l'une d'entre elles avec l'accord du tribunal arbitral de soumettre au juge d'appui toute question de compétence.

Comme l'article 1458 NCPC et à la différence d'autres législations en matière d'arbitrage, l'article 32 EAA permet un accès direct au juge d'appui pour qu'il statue sur la compétence du tribunal arbitral et non pas simplement d'un recours contre la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence.

II. Le rôle du juge d'appui au cours de l'instance arbitrale

Au cours de l'instance arbitrale, le juge d'appui peut être sollicité aux fins d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (a), d'ordonner l'exécution de mesures décidées par le tribunal arbitral (b), d'ordonner la comparution de témoins (c), de proroger tous délais de la procédure arbitrale (d), de proroger le délai de prononcé de la sentence (e), et de statuer sur certaines questions de droit (f).

a) Ordonnance de mesures provisoires ou conservatoires

Traditionnellement, en Angleterre comme en France, le juge d'appui est sollicité au cours de l'instance arbitrale aux fins d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en vue de préserver les preuves et/ou les droits des parties.

En Angleterre, les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques jouissent d'une compétence concurrente en la matière. Toutefois, l'EAA instaure une répartition des pouvoirs très particulière en ce que d'une part la compétence du tribunal arbitral n'est pas présumée mais doit être stipulée, et que d'autre part la compétence de principe du juge d'appui peut être exclue et est en tous cas très encadrée.

Tout d'abord, l'article 39 EAA dispose qu'à défaut d'accord exprès des parties octroyant aux tribunaux arbitraux le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, ceux-ci n'ont aucun pouvoir en la matière (article 39 (4) EAA). Ainsi, le tribunal arbitral siégeant en Angleterre n'a pas par principe de pouvoir en matière de mesures provisoires et conservatoires. Comme en France, les pouvoirs du juge d'appui en matière de mesures provisoires ou conservatoires (article 44 EAA) peuvent être exclus d'un commun accord par les parties. A défaut d'une telle exclusion, le juge d'appui peut en cas d'urgence ordonner des mesures provisoires et conservatoires sur demande d'une partie sans que l'accord ni du tribunal arbitral ni des autres parties ne soit nécessaire (article 44 (3) EAA). En dehors des cas d'urgence, le juge d'appui peut être amené à intervenir sur la demande d'une partie assortie de l'autorisation du tribunal arbitral ou de l'accord écrit des autres parties (article 44 (4) EAA).

Cependant le juge d'appui ne peut exercer les pouvoirs qui lui sont confiés par l'article 44 EAA que dans un cadre très précis. En effet, l'article 44 (5) EAA dispose que le pouvoir du juge d'appui d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires est en tout état de cause limité aux seuls cas où le tribunal arbitral, ou toute autre institution ou personne désignée à cet effet par les parties ne serait pas en mesure d'agir efficacement à cette fin. Le pouvoir du juge d'appui ne s'exerce donc qu'à titre subsidiaire.

En tout état de cause, le juge d'appui n'intervient qu'en dernier ressort et ainsi que l'a rappelé la jurisprudence, doit vérifier que les conditions d'urgence et d'efficacité sont remplies avant de prendre de telles mesures.

A titre de comparaison, le juge d'appui français est dépourvu de tous pouvoirs en matière de mesures provisoires ou conservatoires une fois que le tribunal arbitral a été constitué. En revanche, si le tribunal arbitral n'est pas constitué, le juge des référés peut ordonner des mesures à titre provisoire ou conservatoire, même sans avoir à constater d'urgence.

b) Exécution des mesures ordonnées par le tribunal arbitral

L'article 42 EAA permet au juge d'appui d'intervenir dans la procédure arbitrale lorsqu'une mesure ordonnée par le tribunal arbitral n'est pas suivie d'exécution par la partie à laquelle elle s'adresse. Une telle disposition est inconnue du droit français.

Sur demande du tribunal arbitral lui-même ou de l'une des parties avec la permission du tribunal arbitral, le juge d'appui peut ordonner l'exécution d'une mesure décidée par le tribunal arbitral. Cependant, pour que le juge d'appui puisse jouir d'un tel pouvoir, il faut tout d'abord que les parties ne l'aient pas exclu d'un commun accord. Le juge d'appui devra ensuite s'assurer que les voies de recours ouvertes dans le cadre de la procédure arbitrale pour obtenir l'exécution de la mesure ordonnée n'ont pas abouties et que la partie à laquelle s'adressait la mesure, ne s'y est pas conformée dans un délai raisonnable.

c) Ordonnance de comparution des témoins

Alors que le juge d'appui anglais n'a aucun pouvoir en matière d'administration de la preuve dans la procédure arbitrale (34 (2) (f) EAA), il peut toutefois apporter son concours au tribunal arbitral lorsqu'un témoin cité dans le cadre de l'instance arbitrale refuse de coopérer.

L'article 43 EAA donne en effet au juge d'appui anglais le pouvoir d'ordonner, sur demande d'une partie, à un témoin de se présenter à une

audience afin de fournir un témoignage verbal, ou de produire devant les arbitres tous éléments de preuves matériels. Ce pouvoir est encore une fois conditionné à l'autorisation du tribunal arbitral ou au commun accord des parties. Il ne concerne en outre que les témoins se trouvant au Royaume-Uni.

d) Prorogation des délais de la procédure arbitrale

L'article 79 EAA n'a pas de commune mesure dans le droit français de l'arbitrage. Il permet en effet au juge d'appui sur demande du tribunal arbitral, ou de l'une des parties de proroger tout délai de la procédure arbitrale convenu par les parties. Ainsi, tout délai convenu concernant par exemple la production de mémoires, l'échange de pièces, ou la tenue des audiences peut être prorogé par le juge.

Toutefois, ce pouvoir du juge d'appui est strictement encadré ce qui en limite naturellement la portée. D'une part, les parties peuvent à tout moment exclure ce pouvoir du juge d'appui d'un commun accord (79 (1) EAA). D'autre part, le juge d'appui doit exercer ce pouvoir avec précaution et seulement après s'être assuré que les voies de recours tendant à obtenir une telle mesure auprès du tribunal arbitral, d'une institution d'arbitrage et de toute autre personne compétente ont d'abord été épuisées et qu'à défaut d'une telle mesure, une injustice significative serait causée à l'une des parties (79 (3) EAA).

e) Prorogation du délai de prononcé de la sentence

Outre le pouvoir du juge d'appui de proroger tout délai de l'arbitrage en vertu de l'article 79 EAA, l'article 50 EAA lui permet d'intervenir afin de proroger un délai de prononcé de la sentence prévu par les parties.

Notons tout d'abord qu'à défaut d'accord des parties sur un délai, le tribunal peut rendre sa sentence à tout moment (article 47 EAA). En cela, l'EAA n'impose aucun délai légal, contrairement à l'article 1456 NCPC qui prévoit un délai théorique de mission de 6 mois pour les arbitres, qui devra le cas échéant être prorogé.

Cependant, le juge d'appui peut être amené à proroger un délai conventionnel à condition que d'une part toute voie de recours auprès du tribunal arbitral

tendant à voir proroger ce délai ait été épuisée et que d'autre part, la non prorogation ne cause une injustice significative à l'une des parties. La notion d'injustice significative n'est pas définie par la loi mais a été évoquée en jurisprudence comme une conséquence disproportionnée qu'aurait la non prorogation du délai avant lequel la sentence devra être rendue.

f) Détermination de questions de droit pendant l'arbitrage

Il s'agit là d'une originalité majeure de l'EAA par rapport au droit français de l'arbitrage. L'article 45 EAA permet en effet à une partie, avec la permission du tribunal arbitral, ou l'accord des autres parties de soumettre au juge d'appui une question préjudicielle sur un point de droit. Pour être soumise au juge d'appui, la question doit porter sur un point de droit qui affecte de manière significative les droits des parties.

Par ailleurs, lorsque la demande est formulée sans l'accord de l'ensemble des parties, le demandeur doit démontrer qu'il a agit sans retard et que la détermination du point de droit soulevé devrait contribuer à réduire les coûts de la procédure (45 (2) (b) EAA).

L'existence de cette disposition se justifie par un souci de pragmatisme et d'efficacité de la part du législateur anglais. Il s'agit en effet d'éviter qu'une sentence puisse être a posteriori attaqué, à l'issue d'une procédure longue et parfois coûteuse, pour une erreur sur un point essentiel de droit sur le fondement de l'article 69 EAA.

III. Le rôle du juge anglais à l'issue de la procédure arbitrale

Enfin, à l'issue de la procédure arbitrale, le juge anglais peut exercer un contrôle a posteriori du déroulement de l'instance et de la sentence dans le cadre d'une demande d'exequatur (A) et peut être également amené à connaître d'un recours formé à l'encontre de la sentence (B).

a) Exequatur de la sentence

Ici les pouvoirs du juge anglais sont tout à fait conformes à ceux de son homologue français.

Le juge anglais peut accorder l'exequatur de la sentence arbitrale de manière sommaire en vertu de l'article 66 EAA. Il s'agit là d'une procédure classique d'exequatur qui ne requiert aucune information de l'adversaire. Si le débiteur de la sentence souhaite s'opposer à l'exequatur, celui-ci devra prendre l'initiative d'en informer le juge dans les plus brefs délais. Il ne pourra en outre objecter que sur le fondement d'un défaut de compétence du tribunal arbitral sur l'objet du litige. Très exceptionnellement, le juge pourra également refuser l'exequatur lorsque la sentence présente des défauts significatifs de forme ou de fond ou lorsque son exequatur serait contraire à l'ordre public. Toutefois, notons qu'en présence d'une sentence rendue à l'étranger, lorsque la convention de New York trouve à s'appliquer, seuls les cas d'ouverture strictement définis par la convention de New York et repris à l'article 103 EAA pourront donner lieu à un refus d'exequatur.

Il convient également de souligner que l'article 66 EAA permet uniquement l'exequatur des sentences rendues en vertu d'une clause compromissoire telle que définie par l'article 6 de l'EAA. Dans les cas exceptionnels où l'exequatur ne pourrait être demandé sur le fondement de l'article 66 EAA, le droit anglais ouvre aux parties une voie alternative pour obtenir l'exequatur. Ainsi, une partie souhaitant obtenir l'exequatur d'une sentence arbitrale peut également choisir d'agir en justice devant le tribunal compétent afin d'obtenir un jugement identique aux décisions prises dans la sentence (*Action on the award*).

b). Recours contre la sentence

L'EAA ouvre aux parties à l'arbitrage une très large palette d'actions pour contester une sentence arbitrale et au juge d'appui une aussi large palette de décisions pour statuer sur ces actions.

Un recours peut tout d'abord être formé sur le fondement du défaut de compétence matérielle du tribunal arbitral (*substantive jurisdiction challenge*) en vertu de l'article 67 EAA. Dans ce cas, le débiteur de la

sentence arbitrale devra démontrer que la clause compromissoire était invalide ou que les arbitres ont dépassé la portée de la mission qui leur était confiée.

Un autre type de recours peut ensuite être formé sur le fondement d'une irrégularité majeure (*serious irregularity challenge*) en vertu de l'article 68 EAA. La notion d'irrégularité majeure est une notion large dont le contenu est précisément défini à l'article 68 (2) EAA dont il convient de reprendre ici l'énumération. Elle comprend:

- « (a) le manquement du tribunal arbitral à ses obligations générales d'impartialité et de diligence telles que définies à l'article 33 EAA ;
- (b) le dépassement par le tribunal des termes de sa mission ;
- (c) le manquement du tribunal à son obligation de diriger l'instance conformément à la procédure définie par les parties ;
- (d) l'omission de la part du tribunal de traiter l'ensemble des questions qui lui étaient soumis ;
- (e) le dépassement des termes de sa mission par toute personne, institution arbitrale ou autre investie d'un pouvoir sur le déroulement de la procédure ou sur la sentence ;
- (f) toute ambiguïté ou toute incertitude en ce qui concerne les effets de la sentence ;
- (g) toute fraude affectant l'obtention de la sentence ou la violation de dispositions d'ordre public ;
- (h) tout vice formel affectant la sentence ; ou
- (i) toute autre irrégularité dans la conduite de la procédure arbitrale ou dans la sentence admise par le tribunal arbitral ou toute institution ou personne disposant d'un pouvoir sur le déroulement de la procédure arbitrale. »

Néanmoins dans tous ces cas de figure, le juge anglais ne pourra décider l'annulation de la sentence que lorsque ladite irrégularité a provoqué ou

risque de provoquer une injustice significative à la partie ayant formé le recours.

Il n'en demeure pas moins que l'EAA confère un large pouvoir de contrôle au juge anglais sur la sentence et la procédure arbitrale. A titre de comparaison l'article 1502 NCPC qui s'applique en matière de recours en annulation des sentences rendues en matière d'arbitrage international ne prévoit que cinq cas d'annulation de la sentence (vice affectant la convention d'arbitrage, vice affectant la constitution du tribunal arbitral, non respect par le tribunal arbitral des termes de sa mission, non respect du principe du contradictoire, et violation d'un principe d'ordre public international).

Enfin la spécificité majeure de l'EAA en matière de recours contre les sentences arbitrales, tient au pouvoir du juge anglais de connaître d'un appel sur une question de droit (*Appeal on point of law*) conformément à l'article 69 EAA. Tout d'abord, il convient de souligner que les parties peuvent renoncer à ce droit d'appel. Ensuite, à moins d'un accord des deux parties, la partie appelante doit solliciter l'autorisation du juge d'appui pour pouvoir former appel (69 (2) EAA) selon la procédure du *leave of court*. Or l'octroi de l'autorisation de former appel est très encadré. Cette autorisation ne sera accordée que lorsque la demandeur démontre cumulativement que la question de droit concernée affecte significativement les droits des parties, que la question avait été préalablement soulevée auprès du tribunal, que sur la base des déterminations factuelles effectuées par le tribunal arbitral la décision du tribunal est manifestement erronée ou laisse pour le moins place au doute alors que la question est d'une importance générale et que en l'occurrence malgré l'accord des parties pour une résolution de leur différend par voie d'arbitrage, il serait juste au vue des circonstances que le juge d'appui statue sur la question de droit.

Enfin, le juge anglais qui connaît de ces recours a à sa disposition une palette plus large de pouvoirs que son homologue français. En effet, contrairement au juge français, en l'occurrence la Cour d'appel de Paris en matière internationale, qui ne peut qu'annuler la sentence ou rejeter le recours en annulation, le juge anglais a en outre le pouvoir de modifier de lui-même la

sentence, ou la renvoyer au tribunal arbitral pour qu'il reconsidère sa position. Toutefois, le renvoi au tribunal arbitral est exclu lorsqu'un défaut de compétence du tribunal au sens de l'article 67 EAA est constaté. Par ailleurs, en cas de constatation d'une irrégularité sérieuse sur le fondement de l'article 68 EAA ou en cas d'appel sur le fondement de l'article 69 EAA, il est prévu que le juge ne prononce l'annulation de la sentence que lorsqu'il considère qu'il serait inapproprié en l'espèce de renvoyer la question devant le tribunal arbitral afin qu'il révise sa décision.

Excess loss – Le baiser de la mort de la réassurance

Martin Judson

Tout le monde se rappelle de l'histoire de la création du Coffee Shop de Monsieur Edward Lloyd à Londres un peu avant 1689. Il s'agissait d'un endroit près du Royal Exchange où les hommes d'affaires se rassemblaient pour échanger des informations concernant le commerce maritime à une époque où le téléphone portable n'existait pas.

Les armateurs pouvaient parier sur la non-arrivée de leurs propres navires ; en cas de non-arrivée à l'heure prévue, ils gagnaient leurs paris et touchaient une récompense. Si le navire arrivait à son port, ils perdaient le pari et perdaient la mise. C'était un endroit où, non seulement les entrepreneurs sans intérêt réel dans l'affaire pouvaient parier sur l'arrivée ou non d'un navire à destination, mais aussi les armateurs eux aussi pouvaient parier sachant pertinemment que leur navire était bel et bien en retard.

Aux Pays Bas au seizième siècle, il était courant de parier/assurer le sexe des enfants à naître. Il était courant aussi de parier sur la durée de vie de certaines célébrités connues. La similitude entre l'assurance et la gageure a toujours été très proche, et il a fallu de la législation au fil des ans pour imposer la notion d'intérêt assurable afin de distinguer les deux activités l'une de l'autre.

La réassurance en général suivait l'assurance en ce qui concerne les principes de législation et de jurisprudence. C'était une simple extension de la même chose, le réassureur participant exactement dans la position prise par l'assureur vis-à-vis de son assuré, le célèbre « suivi de sort ».

La souscription de réassurance n'était en réalité qu'une évaluation de la compétence de la Cédante, suivie d'une approbation et d'une adhésion. Une fois le partage de risque effectué, le sort des deux acteurs (le résultat

technique et financier) est identique, abstraction faite de la différence de commission et des délais de règlement.

Il y fallait une confiance totale entre le réassureur et son réassuré, avec toute la bonne foi concomitante.

L'arrivée du premier contrat de réassurance non-proportionnelle a tout bousculé. La réassurance est devenue une protection à part entière aux termes et conditions librement négociables entre réassureur et réassuré, et, dans ce sens, est plus apparentée au transfert de risque entre l'assureur et l'assuré. L'assuré, de par son train de vie, engage un risque qu'il transfère en partie à son assureur moyennant une prime. De la même manière, l'assureur, de par son activité, engage un risque qu'il transfère en partie à son réassureur moyennant une prime.

Le jugement récent à Londres ainsi que l'appel résultant concernant l'affaire *Bonner v Cox* (AON 77) résume clairement la différence d'approche entre les deux systèmes.

« The commercial interests of the non-proportionally reinsured and of the reinsurers do not, relevantly, overlap. They are not partners in a joint venture; each has their own separate commercial interest which will probably conflict: one profits at the expense of another. There is no sense in which the one undertakes to act for the other when deciding what business should be written to the cover and no assumption of responsibility for the commercial fortune of the other. The [reinsureds] make these decisions based upon their own self interest ».

Concernant particulièrement la réassurance non proportionnelle, le jugement en 1^{re} instance que « the reinsurer and reinsured have conflicting interests ; they are competitors rather than partners, at least as far as excess of loss reinsurance is concerned » a été confirmé en appel :

« The reinsured and the reinsurer have adverse and competing interests... A reinsured owes contractual or tortious duties to his capital providers to act with reasonable care and skill in their best interests and make money for them. A reinsurer owes similar duties to his capital providers. The transaction

in question is at arms length and each party will attempt to secure the best deal it can. In such a situation it is difficult to see the scope, still less the necessity, for implying a term that one of these counterparties owes some sort of duty to protect the interests of the other. How can either of them know what the interests of the other are? If an underwriter in such a situation is presented with an excellent risk from the perspective of those for whom he acts, he cannot be expected to refuse it because to do so might or will have an adverse effect on his reinsurers. There is nothing wrong in taking advantage of an advantageous contract ».

Ceci est très clair et veut dire que le réassureur non-proportionnel est libre d'offrir, dans le contexte d'un marché libre, le produit qu'il veut au prix qu'il veut et aux conditions qu'il veut. Mais s'agit-il encore de la réassurance ? En effet, les traités en forme d'*excess of loss* sont une sorte d'assurance (une sorte de *contingency insurance*) qui protège l'assureur contre la survenance d'un évènement prédéterminé. Comme dit le juge dans AON 77 :

« It is proportional reinsurance which increases the underwriter's capacity. Non-proportional reinsurance does not: it enables an underwriter to assume a risk or size of risk he might not otherwise write but for the protection afforded by his reinsurance, but it does not increase his capacity ».

Le réassureur est devenu un assureur avec un produit niche destiné aux seuls assureurs uniquement. Il ne bénéficie plus du « *duty of care* » qui lui était dû lorsqu'il était réassureur traditionnel, ni de la loi des grands nombres derrière laquelle les assureurs directs ont l'avantage de travailler et il est dorénavant assujéti aux fortes fluctuations des cycles climatiques ou autres (si ce sont des cycles). En plus, la notion de continuité a disparu ; la concurrence est suffisamment rude pour empêcher toute tentative de récupération après sinistre car il y a toujours quelqu'un qui n'a pas été affecté par le sinistre prêt à prendre sa place à un prix non-sinistré.

La concurrence dans l'assurance directe est, bien entendu, féroce mais les fluctuations ne sont pas aussi violentes, et le réassureur *excess of loss* a simplement rajouté une deuxième souche d'incertitude. Si, par hasard, il n'y a pas de sinistres le réassureur est en profit, aussi basse que soit la prime.

Pareillement, s'il y a des sinistres le réassureur risque d'être en perte, aussi élevée que soit la prime. La maîtrise de son sort est doublement réduite.

Une fois cette conception de la profession franchie (c'est-à-dire, quitter la participation et migrer vers la protection), il est facile de sauter à corps perdu vers l'étape suivante ; les couvertures dites de « méthodes alternatives » qui ne sont même pas forcément concernées par la notion d'indemnité.

La portée, l'étendue et l'envergure de ce type de produit ne sont limitées que par l'imagination des courtiers qui les conçoivent. Historiquement, le plus célèbre de ce type de produit était connu sous le nom de « *tonners* ». Il a été proscrit par le Comité du Lloyd's en 1981, car sa légalité a été mise en question, la notion d'indemnité n'étant pas nécessaire à son fonctionnement. En fait, ce produit était activé par un niveau prédéfini et élevé de perte de marché exprimée en nombre de tonnes d'armatures perdues dans une année, ou bien le nombre de fatalités de passagers aériens dans une seule année. « *Chinamen* » étaient l'inverse : ils payaient si le niveau de perte n'atteignait pas un certain niveau.

L'arrivée sur le marché de « *catastrophe bonds* », ou de « *contingency capital* » (la garantie de nouveau capital en cas de pertes importantes à l'avenir), signifie une étape où la notion indemnité est encore une fois superflue. En effet, après des années de résistance de la part des réassureurs traditionnels d'offrir des traités « *Stop Loss Multi lignes* », nous sommes en train d'observer la transformation de la réassurance en protection de bilan, pure et simple. Les Autorités de Contrôle s'y intéressent, surtout aux Etats-Unis : et l'ACAM en France vient de publier les conclusions de ses propres réflexions.

En général, l'appréciation des Autorités est favorable (sous certaines réserves), mais y existe-il un autre secteur d'activité commerciale où les entreprises ont la bonne chance de pouvoir protéger leur bilan ? Est-ce que le boulanger de quartier peut se trouver une protection qui le protégerait contre les aléas de son activité commerciale ? (Un exemple qui vient à l'esprit, à part les *Stop Losses des Lloyd's Names*, est la garantie dite « *Film Finance* », qui

effectivement garantissait la réussite commerciale – et tout le monde en connaît la suite !)

Aujourd'hui, on trouve des couvertures de protection de réassurance déclenchées par une «gâchette paramétrique» (*industry loss warranties, catastrophe bonds etc.*) telle que la vitesse du vent à un certain endroit, violence de précipitations pluviales ou autre phénomène météorologique. La compagnie protégée n'a pas nécessairement besoin de démontrer un sinistre, bien qu'il y ait parfois une gâchette secondaire d'indemnité afin de satisfaire à la réglementation de l'assurance.

Le début de la fin a été la propagation de la réassurance non-proportionnelle. Le cercle est complet. Les assureurs disposent de nos jours de diverses et assorties protections de bilan, offertes par les institutions financières « *hedge funds* », « *private equity funds* », et autres nouveaux apporteurs de capitaux qui sont devenus l'équivalent d'aujourd'hui des anciens habitués du Coffee Shop de Edward Lloyd. Les paris sur les navires tardifs sont remplacés par les paris sur la violence du vent.

La réassurance est morte ! Vive la «réassurance» !

A quand l'achat de la «réassurance» dans les bars PMU?

Approche du droit sur le commerce par internet

La responsabilité des hébergeurs

Philippe Gaume

L'internet est un système de communication entre ordinateurs inventé par les chercheurs C.E.R.N. et mis en application pratique à l'échelon mondial par l'armée américaine via les satellites (les européens cherchent d'ailleurs à installer un système indépendant).

Mise à la disposition de toute personne du monde entier disposant d'un ordinateur, cette voie de communication a connu un succès foudroyant tant dans la vie privée de chaque individu que dans le monde des affaires.

Les particuliers et les professionnels ont trouvé par ce biais un nouveau moyen de prospecter et de vendre.

En Juin 2005, 24,7 Millions d'internautes dont 11,5 Millions de cyber-acheteurs pouvaient être dénombrés en France ! Il est par ailleurs raisonnable de prévoir une progression annuelle moyenne de 35%.

Le droit n'a évidemment pas prévu le succès foudroyant de ce commerce.

Deux références générales au droit existant ont été employées pour tenter de l'appréhender :

- La législation existante sur l'Edition
- La législation existante sur la Vente par Correspondance

Hors la vente proprement dite, les correspondances entre particuliers, associations, avec des possibilités techniques d'interférence, d'intrusion,

entraînent des difficultés spécifiques dans le respect des droits et libertés fondamentaux (secret, intégrité, etc,...).

Lorsque le particulier devient vendeur ou acheteur il faut trouver des solutions nouvelles.

I - La vente entre particuliers

Dans l'organisation de cette communication il convient de distinguer les personnes morales ou physiques qui se contentent de mettre à disposition les moyens techniques pour l'obtenir et celles qui à titre gratuit ou onéreux facilitent les transactions.

L'ensemble est identifié sous le nom générique de PLATEFORME de mise en relation qu'il s'agisse d'hébergeurs de site, de fournisseurs d'accès, de simples serveurs ou de courtiers en ligne, de sites. Pour simplifier les choses une seule personne morale peut avoir plusieurs de ces fonctions.

La plateforme de mise en relation peut être dans le premier cas considérée comme le mandataire du vendeur selon l'article 1984 du Code Civil. Le mandataire s'occupe de la vente, de la facturation, du transport, voir du contentieux.

Mais de plus en plus s'installe une tendance à la vente aux enchères dans les sites, le rôle de mandataire est alors aggravé et devrait nécessiter un agrément « voir art L321-3 du Code de Commerce ».

Les exemples les plus connus sont FREE ou E-BAY.

La plateforme, simple intermédiaire technique, courtier en ligne, est sans définition juridique précise, elle peut être assimilée à l'installateur d'appareils électroniques, sa responsabilité sera donc très limitée voir inexistante.

a) Le responsabilité délictuelle

Les premiers pas de l'internet furent évidemment consacrés à la correspondance entre particuliers. Le droit, la jurisprudence eurent donc à se prononcer tout d'abord sur des problèmes de confidentialité et d'intégrité des

personnes. Cette préoccupation initiale influence encore le comportement des juristes, seule la moralité paraît devoir être sanctionnée.

Encore faut-il arriver à déterminer clairement, j'allais écrire de façon objective, ce qui est moral ou ce qui ne l'est pas.

Quand le produit mis en ligne par un vendeur particulier aura-t-il un caractère illicite ?

Si l'on connaît la difficulté à définir la notion d'ordre public, le caractère illicite de l'opération sera variable dans l'espace et dans le temps.

Il convient en effet de ne pas oublier qu'il s'agit par définition d'une voie de commerce à vocation internationale : vendeurs, mandataires, acheteurs, peuvent être citoyens de différents pays donc soumis à des droits, des tribunaux qui diffèrent.

Ainsi un jugement émis en France aura besoin d'un *exequatur* pour être suivi d'effet si celui qui doit réparation est originaire d'un pays différent.

Les contrats peuvent entrer dans un cadre de procédures, à l'initiative du mandataire, prévoyant des solutions alternatives au règlement des différends : Médiation Arbitrage.

(lire à ce sujet l'intéressant article de Pierre Yves Gautier : « ARBITRAGE ET INTERNET dans nouvelles perspectives en matière d'arbitrage Volet II dans DROIT ET PATRIMOINE N° 105 de juin 2002 pages 88 à 91 »

En Droit Français il est fait référence :

- à la Directive Européenne du 8 Juin 2000
- à la loi 2000-719 du 1^{er} Août 2000
- à la loi du 21 Juin 2004

L'hébergeur n'est pas présumé responsable.

Il convient de rechercher si ce dernier avait pu avoir connaissance de l'activité ou de l'information illicite. Il lui est cependant demandé de se soumettre à une obligation de surveillance. Cette surveillance est d'autant plus difficile si l'on se souvient de l'extrême rapidité possible des transactions, de leur volatilité.

Seule une répétition d'informations pourrait donc permettre cette surveillance. Elle est cependant techniquement possible grâce aux *COOKIES*. Il s'agit d'une mémoire que l'hébergeur installe chez l'utilisateur, mais cette méthode est délicate car passible de la sanction au regard de la loi Informatique et Libertés au 6 janvier 1976..

La loi et la jurisprudence française ont eu dans un premier temps une interprétation restrictive de la conception libérale de la Directive Européenne.

La responsabilité sera établie lorsque, à la suite d'un jugement de référé, il y a eu injonction du Tribunal non suivie d'effet. (Affaire CIRIELLE c/ FREE TGI de Paris).

Dans son article 6-3 la Loi prévoit même la possibilité d'une Responsabilité Pénale. Elle paraît cependant limitée aux messages incitant à la haine raciale et aux images pornographiques.

Application en fut faite dans l'arrêt du TGI DE PARIS du 11.02.2003 Amicale des Déportés d'Auschwitz.

A ces deux cas, la jurisprudence en a ajouté un troisième : l'atteinte à l'intégrité des personnes (Affaire « J'accuse » - TGI Paris).

L'article 6-1-7 de la loi sur La Confiance Dans l'Economie Numérique recommande cependant aux hébergeurs ou courtiers de mettre en place un dispositif facilement accessible et lisible permettant de porter à leur connaissance les dites infractions, mais pose le PRINCIPE DE LA NON RESPONSABILITE A PRIORI.

Il faut reconnaître cependant la persistance d'une incertitude dans le comportement des tribunaux à ce sujet.

Le droit a des difficultés à appréhender, à fortiori, maîtriser ces techniques. Les schémas envisagés se heurtent à de possibles détournements par des techniques nouvelles.

Devant cette incertitude les hébergeurs « qualifiés d'institutionnels » ont heureusement tendance à supprimer les sites dès les premières réclamations.

b) La responsabilité contractuelle

Les Hébergeurs ont le plus souvent un rôle de mandataire au moins dans le fondement de leur activité qui est la mise en relation sécurisée d'un acheteur et d'un vendeur. Il doit donc respecter le droit commercial traditionnel, mais évidemment avec des particularités.

Il est d'usage que les plateformes interdisent contractuellement à tous les vendeurs de s'identifier à l'acheteur, ne serait-ce que pour défendre leur rôle. Elles se rémunèrent par un pourcentage sur le montant de la transaction.

L'acheteur peut par contre, une fois le contrat conclu, soit obtenir automatiquement l'identité du vendeur soit s'adresser à celles-la pour le connaître.

Ce défaut de connaissance aurait pu, dans le droit traditionnel, entraîner une inexécution du contrat.

Cette position d'intermédiaire entraîne une responsabilité contractuelle envers les deux parties tout au long du déroulement de l'opération.

En phase précontractuelle : devoir de surveillance et de sélection des participants indélégats.

En phase de négociation du contrat : devoir d'information sur le prix hors taxes ou TTC du produit offert à la vente, par exemple sur les conditions d'emballages, sur le coût de l'expédition, sur d'éventuels droits de douane, etc..

Surveillance aussi dans la bonne exécution du contrat, ceci avec des degrés de vigilance divers suivant les Conditions Générales de fonctionnement et avantages consentis ou non par la Plateforme.

Un manquement important à ces obligations peut aller jusqu'à exposer l'hébergeur à une responsabilité et une condamnation pénale (voir le Code de la Consommation).

Il est admis que le droit applicable dans ces transactions, à défaut de conventions contraires toujours possibles est le droit de l'acheteur quelque soit la situation géographique du vendeur ou de l'intermédiaire, ou le lieu où se trouve l'objet. Il ne sera en effet pas toujours possible de déterminer le lieu de passation du contrat.

Le Droit français cependant, n'impose pas à ce jour aux sites de s'identifier à leurs utilisateurs, en fonction de la loi Informatique et Libertés.

Cependant la nécessité commerciale d'une fiabilité des transactions a conduit les plateformes à installer un système de surveillance de style bonus-malus pouvant aller jusqu'à exclure des utilisateurs indéclicats.

Dans ce sens la loi Pour la Confiance dans l'Economie Numérique impose aux plateformes de posséder et conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

Les plateformes de courtages ne sont pas, quant à elles soumises aux mêmes obligations en la matière.

II - La vente par un professionnel

Là encore le droit s'efforce de suivre. L'énorme intérêt de cette technique de vente consiste dans le coût réduit des frais de prospection d'où une tendance à l'abus qu'il faudra sanctionner.

Mais qu'est-ce qu'un professionnel ?

Pour la jurisprudence, il faut retenir l'idée que « l'activité doit être motivée par la production d'un bénéfice de nature à subvenir aux besoins de l'existence ».

Le droit communautaire complète ou restreint cette définition en posant l'exigence d'une activité sous forme organisée.

Un vendeur régulier n'est donc pas forcément un professionnel, il s'agit là d'une situation identique à la distinction entre Antiquaire, Brocanteur Professionnel et Particulier pratiquant la vente de façon occasionnelle voir régulière.

a) La responsabilité délictuelle

Elle est de même nature que celle décrite lorsqu'il s'agit de la vente entre particuliers.

Les Tribunaux ont même tendance à l'atténuer en considérant que le professionnel est un sachant censé connaître un minimum de la technique qu'il utilise et du droit qui s'y applique ; sa propre responsabilité sera donc plus facilement retenue

Elle peut même être pénale : la Cour de Cassation, le 14 mars dernier a appliqué l'article 226-16 du Code Pénale qui interdit et sanctionne toute collecte déloyale ou illicite de données nominatives. Y est assimilée la pratique du SPAM (message commercial non sollicité à partir de données d'origine frauduleuse et émis sur une grande échelle de prospects).

Néanmoins l'hébergeur qui procure à son client un site dédié (exclusif) ou non aura plus de vulnérabilité lorsqu'il lui sera reproché un manque à son obligation de surveillance ; les moyens à sa disposition étant plus faciles à mettre en œuvre.

La loi et la jurisprudence l'assimilant à un éditeur, l'hébergeur pourra être poursuivi en concurrence déloyale, que ce soit en contrefaçon ou sous tout autre forme (*Tiscalli Media c/Dargaud Lombard Cour d'Appel de Paris 7 Juin 2006 . Loi du 1^{er} Août 2000*).

L'hébergeur est donc un acteur essentiel du paysage web. Or, celui-ci cherche le plus souvent à dégager sa responsabilité, particulièrement lorsqu'un des sites clients permet le téléchargement d'œuvres contrefaites. Un marchand traditionnel n'a ni les moyens ni la technique pour contrôler l'usage fait de ses produits. Un hébergeur, en revanche, les a et peut dès lors, connaître le contenu des pages dont il a la charge. Cependant, l'hébergeur n'est pas un juge du contenu.

De même l'appréciation des tribunaux ne sera pas la même lorsqu'il met lui-même ses propres contenus à la disposition de tiers ou lorsqu'il s'agit du fait d'un des sites qu'il héberge.

b) La responsabilité contractuelle

Le contrat d'hébergement est un contrat passé entre un utilisateur et une entreprise possédant un serveur, par lequel le fournisseur héberge sur ses propres machines le site internet de l'utilisateur.

L'hébergeur doit mettre à disposition de son abonné un espace mémoire sur un serveur informatique. Cet espace fait l'objet d'un accord sur ses capacités et ses limites.

L'hébergeur ayant accès à des informations telles que le nom des clients, des partenaires de l'entreprise, il est nécessaire de s'entendre sur la confidentialité de ces informations sensibles.

L'accord devra donc préciser les modalités mises en œuvre pour assurer cette sécurité.

L'hébergeur cependant, n'est pas tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité du site, seule une obligation de moyens renforcés sera exigible.

Bien plus lorsqu'il s'agit d'un site dédié (site à la seule utilisation d'un seul client), les mesures de protections peuvent être prise en charge par l'hébergé et l'hébergeur est alors déchargé de toute responsabilité.

Comme tout contrat, il peut- être rompu ou suspendu en cas de violation par l'une des parties de leurs obligations contractuelles et (il s'agit là sans doute d'une spécificité) d'une mise à disposition par le site de contenu illicite. La durée de cette suspension doit être prévue à l'avance et/ou être limitée à la régularisation de la situation. Cette suspension doit être cependant précédées d'un avertissement.

c) L'hébergeur éditeur ?

Nous avons, dans l'introduction, rappelé que cette activité relevait de la législation existante sur l'édition. La spécificité de cette activité va modifier cependant certaines obligations liées à l'édition.

En effet, la numérisation sur un support électronique d'une œuvre est considérée comme une reproduction de celle-ci. La mise à disposition des moyens matériels permettant la réalisation de ce support électronique n'entraîne pas pour l'hébergeur de responsabilité contractuelle sauf si possédant lui-même un site qui lui soit propre, il utilise le même support.

De même la fonction de représentation des hébergeurs qui peut se définir selon l'art L 122.2 du CPI comme étant la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. paraît devoir se plier au droit de l'édition.

En conclusion,

Même s'il s'agit d'un droit extrêmement évolutif :

- TRAITES INTERNATIONAUX
- DIRECTIVES EUROPEENES
- LOIS FRANCAISES
- AVIS DU CONSEIL D'ETAT
- JURISPRUDENCES CIVILES OU ADMINISTRATIVES
- FORUMS
- ETC

L'ensemble des acteurs s'efforcent de concilier les grands principes du droit avec cette nouvelle manière de commercer et ceci au fur et à mesure de son développement et des inventions techniques. Compte tenu de l'extrême rapidité de ce phénomène, il en résulte inévitablement des incertitudes voire des contradictions.

L'INTERNET N'EST PAS UNE ZONE DE VIDE JURIDIQUE

PETIT LEXIQUE

CYBER CONSOMMATION : Commerce électronique

SURFER : Naviguer, se promener de site en site

BLOG : Discussion à plusieurs à l'intérieur d'un site

WEBMASTER : Personne qui gère le site (web) pour la mise à jour des pages, éventuellement les accès, les mots de passe et la base de donnée, il s'agit généralement d'une identité extérieure au détenteur du site

PLATEFORME : Terme générique qui regroupe le webmaster, le moteur de recherche, l'hébergeur, le courtier en ligne, etc... *ex* : *YAHOO*, *GOOGLE*

FOURNISSEUR D'ACCES : L'organisme qui moyennant un abonnement donne accès à l'internet

SERVEUR : Par analogie avec la mécanique il s'agit d'une machine ou d'un programme qui offre un service à un client

SITE : C'est l'équivalent sur internet d'une vitrine permettant la présentation d'une personne physique ou morale et sur lequel on peut consulter un certain nombre de pages

MOTEUR DE RECHERCHE : C'est un logiciel permettant de retrouver des ressources (diverses formes de communication : forum, images, vidéos...) associées à des mots quelconques, certains sites ont pour principale activité cette recherche.

COOKIES : Les cookies sont de petits fichiers textes stockés par l'utilisateur du web sur le disque dur du visiteur d'un site et qui servent à enregistrer des informations sur le visiteur, ou encore sur son parcours sur le site, il a donc fonction de mémoire du visiteur, mais rappelons-le, sur l'appareil de l'utilisateur, en laissant la possibilité au site de l'utiliser pour une prochaine action publicitaire par exemple

SPAM : En français, Pourriel désigne des communications électroniques massives, sollicitées ou non par le destinataire. Il existe des filtres anti-spam

PROGRAMME : Traduction en informatique d'un cadre et d'une logique permettant différentes actions dans l'ordinateur. Il ne s'agit que d'instruction sur ce qu'il y aurait lieu de faire

LOGICIEL : Ensemble de programmes qui permet à un ordinateur d'assurer une tâche ou une fonction (gestion client, gestion comptable gestion paie, etc...)

NUMERISATION : Manières de créer des données à traiter. Les procédés sont multiples : numérisation direct d'image : caméra, CCD, appareil photo numérique, scanner. Numérisation d'un modèle analogique variant au cours du temps : son, vidéo, échantillonnage.

NUMÉRISATION DE TEXTES : elle se fait sous forme de nombre qui sont représentés dans un format de données.

ALGORITHME : Un algorithme énonce une résolution sous la forme d'opérations à effectuer il consiste en l'écriture de ces opérations dans un langage de programmation et constitue la base technique d'un programme informatique.

La Chine des réformes :

un terrain favorable provisoirement aux normes occidentales
et définitivement à l'arbitrage

Guillaume HERMANN

Nous ne nous intéresserons ici qu'au droit des activités économiques.

En 1978, Deng Xiao Ping décide de rompre avec la politique d'autarcie et d'« ouvrir la porte » : cette ouverture, à l'origine, ne devait être qu'économique.

En 1985, des étudiants se groupent pour dénoncer la pénétration du marché chinois par les produits japonais.

Le professeur Michel Miaille rapporte ces propos que lui a tenus un universitaire chinois à Pékin, après ce mouvement mais avant le rassemblement plus connu de la place Tien An Men (avril à juin 1989) : « personne ne peut remettre en cause l'ouverture économique car elle a, indéniablement, amélioré les conditions de vie ; mais personne ne pourra longtemps accepter les conséquences sociales qu'elle produit : il y a là un vrai problème qu'il faudra bien maîtriser ». Et, effectivement, le mouvement économique s'est accompagné d'un mouvement juridique, comme il l'a probablement fait en tous lieux et de tous temps. Mais du point de vue juridique, le problème semble avoir été maîtrisé par le consentement de la « victime » : la Chine, tant au plan international qu'en les personnes de beaucoup de ses chefs d'entreprise, de ses universitaires, de ses étudiants, de ses jeunes diplômés, est avide de systèmes étrangers, de découvertes intellectuelles, de dialogue ... à sa manière. Une dame ne se donne pas sans un peu de théâtre.

I - Histoire

L'évolution de l'époque dynastique (a) fut rapidement réduite à néant à l'avènement de la république (b).

a) Avant 1911

La Chine, en son essence, ne change guère : ce qui varie, c'est la place occupée en Chine par les influences étrangères, et le contenu de ces normes étrangères.

Confucius (- 551 à - 479) estimait que les relations humaines sont plus efficacement réglées par les « rites », c'est-à-dire les règles de bienséance, que par la menace de sanctions étatisées, prédéfinies et hiérarchisées ; pour cette raison, il était hostile à l'adoption de lois mais rédigea notamment le « Livre des rites », vaste description des règles comportementales sans sanction autre que la honte de ne pas s'y être conformé. Sa philosophie n'était pas détachée de la réalité des heurts sociaux, mais intimement liée à son expérience : il fut une sorte de « ministre des affaires pénales » dans son Etat, un des nombreux qui occupaient alors le territoire de l'actuelle Chine.

Certes, de nombreuses écoles de pensée lui ont succédé, et une de celles qui fut les plus écoutées après lui, l'Ecole dite « légaliste », prônait l'attitude contraire : la rédaction des lois, dans le but avoué de rendre irréversible la domination des propriétaires fonciers sur les aristocrates, très majoritairement confucéens. Il y avait déjà eu, du vivant de Confucius, des recueils de châtements écrits ; il y en eut encore après lui et, sous les Tang (618 à 907), le premier code non pénal apparut : « les six codes des Tang », qui réglait la hiérarchie dans la haute administration.

Dès lors, le droit chinois fut partagé entre droit pénal et droit public... qui parfois se rencontraient : au XIV^e siècle, un empereur édicta 236 articles restés célèbres sur les châtements applicables aux fonctionnaires.

L'absence de normes étatiques relatives aux rapports privés était probablement entièrement palliée par les coutumes.

Les textes se succédèrent ainsi jusqu'en 1905, dernière codification avant la république (1911).

b) Le bref bouleversement puis la disparition du droit légal pendant la République

Le droit civil républicain était inspiré des droits européens, et particulièrement du code allemand dont un des attraits, à l'époque, était la jeunesse (le BGB était entré en vigueur en 1900). Cette époque fut, synthétiquement, celle des premières lois chinoises relatives aux contrats.

En 1949, la république devient « populaire », et les codes « capitalistes » sont donc abrogés. Le droit étant « un instrument de la dictature de l'ancienne classe dominante », il devient « inutile ». L'enseignement du droit est presque totalement arrêté, les magistrats n'ont aucune formation juridique et sont choisis selon des critères politiques ; ils tranchent les litiges en se fondant sur des textes réglementaires (œuvres du gouvernement parfois conjointement avec le Parti communiste, dès septembre 1950) et sur une forme particulière de théorie des précédents.

A notre connaissance, les textes réglementaires ne visaient que les contrats publics. La matière contractuelle privée était entièrement laissée aux précédents dans leur acception chinoise.

Les précédents étaient marqués par la rencontre entre les coutumes, une doctrine des obligations élaborée des environs de 1900 à ceux de 1950 sous très forte influence étrangère, et l'intérêt qui semblait le plus important à défendre dans chaque espèce. Les décisions n'étaient pas publiées officiellement mais circulaient entre les tribunaux. Leur place dans la hiérarchie juridique est exprimée par la Cour Suprême en 1982 : la jurisprudence n'a pas de force juridique et ne doit pas s'appliquer au titre du fondement principal du jugement ; elle n'a qu'un rôle de référence.

II - La substance des normes actuelles et l'influence des doctrines occidentales

La reviviscence du droit fut interne (a) avant de se manifester dans les relations internationales (b) ; aujourd'hui elle est marquée par l'influence des étrangers sur l'ensemble du droit (c).

a) La loi contractuelle interne

La loi, aujourd'hui, reprend sa place.

C'est en 1981 que réapparaît une loi en matière contractuelle : elle vise uniquement les « contrats économiques », c'est-à-dire ceux qui sont « conclus entre des personnes morales (chinoises) qui définissent clairement leurs droits et obligations réciproques, en vue de réaliser un certain but économique ». D'autres lois suivront, élargissant à chaque fois le champ couvert par elles ; la loi du 12 avril 1986 sur les principes généraux du droit civil pose un cadre minimal valable pour tous les contrats. Elle est suivie le 15 mars 1999 d'une loi uniforme sur les contrats tant internationaux qu'internes.

Cette dernière loi reprend essentiellement les dispositions réparties entre les trois précédentes lois en matière contractuelle (sur les contrats économiques, sur les contrats économiques impliquant un élément étranger, sur les contrats technologiques), en les harmonisant quand besoin était, et ce en s'aidant entre autres des principes Unidroit (par exemple pour les dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation : c'était la première fois qu'une loi chinoise régissait ces domaines qui, comme le moment du transfert de propriété, relevaient des coutumes en droit traditionnel).

Les organes des régions autonomes chinoises ont la possibilité d'adapter et de compléter les lois, sous certaines conditions.

Les lois chinoises en matière contractuelle ressemblent fortement à celles d'Europe de l'ouest.

Le principe est celui du consensualisme avec un nombre certain d'exceptions, motivées semble-t-il par la durée ou la complexité du contrat, et concernant un ensemble de contrats très important, encore qu'en régression (les contrats de vente internationale de biens sont soumis au consensualisme depuis 1999). La loi rejette expressément les possibilités d'exploitation abusive du formalisme quand elle l'impose. Le devoir de bonne foi est général, constamment rappelé (il répond bien à la mentalité confucéenne), et renforcé le cas échéant par les devoirs d'information et de conseil. La théorie de l'imprévision est reçue. Au plan moral, en parcourant ces lois on rencontre aussi le bon père de famille, l'interdiction du contrat léonin et de l'abus de

difficulté du cocontractant, les obligations naturelles, et plus surprenants pour nous : le recours en demande d'excuses écrites, et la possibilité d'une responsabilité civile sans faute « en fonction des circonstances » (loi du 12 avril 1986, article 132) en-dehors des cas de responsabilité sans faute déjà prévus par la loi.

Les lois en matière interne ménagent à la coutume une place qui est, en théorie, la même qu'en droit interne des Etats européens. En pratique, premièrement il subsiste un fonds de coutumes et l'habitude d'y avoir recours, en raison de la longue carence législative ; deuxièmement les coutumes prennent beaucoup plus d'importance dans les régions autonomes ; troisièmement il est permis de se demander si l'on ne va pas assister à la naissance de nouvelles coutumes : l'apparition de pratiques juridiques et économiques nouvelles pour les Chinois est un terrain possiblement fertile pour leur élaboration, et la sanction de responsabilités civiles hors théorie et hors loi en est un pour leur sanction juridique.

Enfin, ces textes si proches des nôtres sont, comme partout, soumis aux pouvoirs d'appréciation et d'interprétation du juge : ici, le juge est chinois, et, selon la loi de 1999, le respect de la « morale sociale » s'impose...

b) Les normes internationales

Les normes internationales influent sur le droit chinois de manières directe et indirecte.

La manière est directe quand la norme est une convention dont le contenu s'applique directement en Chine, sans transposition, sans mise en conformité. En Chine, la convention internationale est supérieure à la loi. Ce principe n'est pas de source constitutionnelle, mais légale : c'est l'article 142 de la loi du 12 avril 1986, et il est rappelé dans des lois spéciales (par exemple l'article 268 du code maritime).

Comme l'écrivent Stanley Lubman et Leïla Choukroune, le critère de l'acceptation des normes étrangères semble être l'utilité économique pour la

Chine. La convention la plus importante est certainement celle de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée par la Chine en 1986. L'expérience montre toutefois qu'elle est appliquée d'une façon particulière. Avant de ratifier la Convention, la Chine a prétendu en introduire les mécanismes dans son droit interne en les faisant voter en 1985 sous la forme d'une loi, dite « sur les contrats économiques impliquant un élément étranger » ; or, elle avait disposé dans cette loi, par exemple, que le contrat devait obligatoirement être écrit, ce qui contredisait l'article 11 de la Convention qu'elle s'apprêtait à signer. Elle a donc émis une réserve sur l'article 11. Ainsi, quand la Convention trouvait à s'appliquer, elle s'appliquait mais conformée à la loi chinoise par la technique des réserves ; quand elle ne s'appliquait pas, c'était directement cette loi chinoise qui s'appliquait au contrat « économique impliquant un élément étranger » si elle était désignée par la règle de conflit. La solution au fond était donc la même, mais c'était la solution telle que vue par les Chinois. La loi uniforme sur les contrats de 1999 a mis un terme à ce mécanisme en se conformant de facto à la Convention sans cette réserve.

La manière est indirecte dans un cas essentiel : l'accession de la Chine à l'OMC en tant que partie contractante (11 décembre 2001) l'a obligée à élaborer et adopter un grand nombre de lois, et ce processus n'est pas encore achevé.

La Chine d'avant 1949 avait été l'un des membres fondateurs du GATT, mais les communistes ne se considéraient pas engagés par cette signature, devenue celle du gouvernement de Taïwan, qui s'est lui-même retiré du GATT avec effet au début de 1950.

Pour accéder à l'OMC, la Chine a du prendre de nombreux engagements dans un « Protocole d'accession » ; on y trouve, par exemple, l'exigence d'un contrôle judiciaire impartial et indépendant des actes administratifs, mais même cette exigence ne vise que le « régime commercial » (selon l'expression du Protocole). C'est l'état du système chinois qui est tel, que les réformes nécessaires à la satisfaction de ces exigences en la seule matière commerciale auront nécessairement un impact juridique beaucoup plus large : le vent de la doctrine étrangère qui souffle en Chine répand les réformes nées de l'OMC. Par exemple, il n'est plus concevable qu'agissent en Chine divers

organes législatifs aux compétences identiques et à différents niveaux de collectivités territoriales, puisque l'OMC exige la transparence et l'uniformité du contenu et de l'application des normes.

Les réformes issues de l'adhésion nous donnent aussi un exemple de la façon dont les Chinois peuvent pratiquer l'ouverture : en même temps que le droit interne se conformait aux engagements, la loi créait dans certains domaines « ouverts » de nouvelles conditions impossibles à remplir pour des étrangers arrivant en Chine.

c) La doctrine étrangère : du conseil à la norme substantielle

Le droit, aujourd'hui, en Chine, est souvent pensé et enseigné dans le cadre de programmes de coopération internationale.

Le développement considérable des activités économiques a mené à l'adoption de lois dont nous avons cité certaines ; mais ces lois contiennent encore des lacunes et des imprécisions. De plus en plus, dans le souci d'arriver malgré cela à une application uniforme, chaque juge chinois n'est plus laissé psychologiquement maître de ses interprétations, mais au contraire l'habitude se développe de faire appel à la doctrine. Et cette doctrine, pour l'instant, est, comme les normes qu'elle engendre et qui l'engendrent, fortement nourrie de références occidentales. Qu'elle soit mue de motifs purement juridiques ou en partie politiques, la pratique de développement des partenariats entre la Chine et l'Occident se traduit concrètement par l'activité d'un grand nombre d'experts occidentaux en Chine : ils sont conseils, enseignants...

III - Un terrain très favorable à l'arbitrage

De tous temps, les Chinois ont montré une nette préférence pour la prévention des litiges, la résolution amiable, la discrétion. C'était toute la finalité du confucianisme, et, aujourd'hui, on trouve par exemple dans la loi sur les Principes généraux du droit civil cet article 83 : « les relations de voisinage seront organisées afin de faciliter la vie quotidienne, l'unité et l'entraide, dans le respect de l'équité et de la raison ».

La loi du 15 mars 1999 incite les parties à tenter une conciliation, une médiation, puis le cas échéant un arbitrage.

A la préférence millénaire, augmentée de la bienveillance politique pour les modes préventifs et alternatifs de règlement des litiges, s'ajoute un autre facteur : l'incompétence des juges étatiques. Beaucoup des juges actuellement en fonction le sont depuis l'époque à laquelle ils n'étaient pas tenus d'avoir suivi une formation juridique complète ; jusqu'en 1999, ils étaient même ouvertement nommés sur une base politique. C'est la Cour suprême qui décida de mettre fin à ce système. Aujourd'hui, certains juges ne sont pas membres du Parti, mais ils sont très minoritaires. Depuis quelques années, la Cour suprême organise aussi à l'intention des juges des stages de formation continue à Pékin. Depuis 2002, les futurs professionnels du droit doivent passer un examen ; en 2003, 93% ont... échoué. La compétence des personnels va donc s'améliorer fortement et rapidement, car la proportion de professionnels jeunes est croissante. Cette amélioration du niveau des professionnels chinois n'est pas obligatoirement un obstacle à l'influence occidentale, car ces jeunes sont précisément ceux qui ont grandi dans l'atmosphère de l'ouverture au monde ; ils sont ceux qui sont venus étudier en Occident ou ont vu leurs amis le faire.

Seul l'arbitrage institutionnel est autorisé sur le sol chinois. La Chine possède aujourd'hui de nombreuses institutions arbitrales, la plus connue étant la CIETAC (*China International Economy and Trade Arbitration Commission*). Le choix de l'institution est libre, elle peut ne pas être chinoise.

L'arbitrage est régi en Chine par une loi de 1994. La Convention de New-York de 1958 y est en vigueur depuis 1987.

L'obtention de l'*exequatur* en Chine présente parfois, mais pas systématiquement, des problèmes liés aux relations entre les juges et l'entreprise débitrice (par la corruption) ou les juges et les autorités locales (par leur mode de désignation). La résolution de ces problèmes est un des enjeux de la vaste réforme des tribunaux en (long) cours.

Conclusion

La Chine est intéressante, notamment, des deux points de vue suivants : les normes y sont très souvent d'inspiration occidentale, et l'arbitrage y a le vent en poupe.

Certes, la Chine semble un territoire juridique à conquérir, parce que les normes y évoluent rapidement, donc offrent de nombreuses occasions d'influence. Elle offre cette chance peut-être unique de réalisation d'un grand fantasme intellectuel : créer à partir de presque rien d'indigène toute une intelligence de normes, et l'appliquer à une société déjà construite, déjà hiérarchisée.

Pourtant, la Chine n'est pas un pays sans Histoire et sans mémoire. En ce moment, sa porte est ouverte et nous nous y engouffrons ; mais il nous faut bien comprendre que nos normes qu'elle importe n'y seront pas conservées indéfiniment et sans altérations. Au plan interne, elles n'y seront certainement pas des vérités absolues que nous resterions maîtres de modifier, mais le terreau sur lequel se re-développera un système qui, après une phase de « mise en conformité » d'avec nos pratiques, redeviendra de plus en plus proprement chinois. Le paysage sera alors celui de l'union de normes issues de sources occidentales parfois empêtrées dans des débats doctrinaux dont la Chine ne s'encombrera pas. Il est à parier que la vigueur économique qui agitera ces mécanismes leur évitera l'enlisement constaté, par exemple, dans les zones de greffe juridique en Afrique subsaharienne francophone.

Bibliographie

- Constitution de la République populaire de Chine
- BORRA Pierre,
« Réflexions générales sur la nouvelle loi sur les contrats », *Gazette du Palais*, 2 au 4 juillet 2000
- CABINET GIDE LOYRETTE NOUEL,
« La lettre », *décembre 2004*
- CHOUKROUNE Leïla,
« Chine-OMC : l'Etat de droit par l'internationalisation ? », *Actualité et droit international*, mars 2002
- DING Ding,
« China and CISG », *Université de Genève*, 1999
- HUO Jianying,
« Le droit traditionnel chinois », *La Chine au présent*, avril 2002
- LAPRES Daniel-Arthur,
« Histoire du droit chinois » et « Droit civil chinois »
- LEGER Charles-Henri,
« Le droit des contrats après la loi du 15 mars 1999 », *Gazette du Palais*, 2 au 4 juillet 2000
- LUBMAN Stanley et CHOUKROUNE Leïla,
« L'incomplète réforme par le droit », *University of Berkeley*, 2004
- MAILLE Michel,
« L'ordre règne à Beijing », *Le trimestre du monde*, 3^{ème} trimestre 1989
- PIQUET Hélène,
« La Chine au carrefour des traditions juridiques », *Bruylant*, 2005
- ZHANG Liu Feng,
« Etude juridique comparative du contrat de transport maritime de marchandises en droit français et en droit chinois », *mémoire de DESS du Centre de Droit Maritime et des Transports*, 2004

Édité par SEDDITA

Dépôt légal : décembre 2007

Imprimé par Clin d'Œil

100, avenue Louis Blanc – 94210 La Varenne St Hilaire

Tél. : 01 55 97 43 11 - Fax : 01 55 97 43 12

Numéro ISSN : 1283 - 6702