

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal

Vincent GAUTRAIS, Karim BENYEKHFLEF
et Pierre TRUDEL*

Résumé

En dépit de plusieurs textes issus de traités ou de lois nationales qui prévoient certaines conditions formelles et procédurales, les auteurs ont souhaité démontrer dans le présent article que l'arbitrage est une forme de justice privée qui peut s'effectuer par le seul moyen du cyberspace. En effet, à travers l'expérience du Cybertribunal, il est possible de considérer que l'exonération du papier traditionnellement utilisé est envisageable, dès lors qu'une substitution de formalisme est opérée, d'un formalisme propre au

Abstract

Regardless of texts arising from treaties or national laws that set forth certain formal and procedural conditions, the authors wished to demonstrate in the following article that arbitration is a type of private justice which can be accomplished wholly through the medium of cyberspace. In fact, given the experience of the Cybertribunal, it is possible to imagine a paperless environment from the moment that the medium is substituted, a transition occurs to a new electronic formalism. Admittedly, limits to cyber-

* Vincent Gautrais est docteur en droit et agent de recherche au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Karim Benyekhlef et Pierre Trudel sont professeurs au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

médium électronique. Certes, il existe des limites au cyberarbitrage et, notamment, quant aux thèmes des différends proposés aux arbitres. Néanmoins, une étude en droit comparé nous permet d'affirmer que la notion d'arbitrabilité est de plus en plus vaste et qu'elle permet le traitement par cette forme de justice de la grande majorité des litiges reliés au commerce électronique.

arbitration exist, and notably with respect to the issues in dispute before the arbitrators. Nonetheless a comparative law study allows us to assert that the scope of arbitration has grown, and that arbitration can accommodate electronic dispute resolution in the vast majority of disputes linked to e-commerce.

Plan de l'article

Introduction	541
I. L'arbitrabilité des différends cybernétiques	543
A. Une approche comparative	544
1. La situation en droit international.....	544
2. Les pays de droit civil.....	546
a. France.....	546
b. Québec.....	551
3. Les pays de common law	552
a. États-Unis.....	552
b. Angleterre	554
c. Canada anglais.....	555
B. Illustrations des domaines à risques.....	555
1. Le domaine du droit d'auteur	557
2. Le domaine de la consommation	558
C. Vers l'élaboration de critères amplifiant le domaine de l'arbitrabilité	560
1. Le caractère international.....	560
2. La connaissance effective des signataires de la convention d'arbitrage.....	562
3. Les compromis plutôt que les clauses compromissoires	564
4. La prise en compte des intérêts de la partie la plus faible.....	565
5. Les modalités de confection du contrat de consommation	566
6. La qualité du demandeur.....	566
7. Les considérations pratiques	567
II. Le respect des exigences procédurales dans le traitement des différends cybernétiques	568

A. La validité formelle de la convention d'arbitrage.....	569
1. L'importance de l'écrit dans le domaine de l'arbitrage.....	569
a. L'état du droit quant à la perception de l'écrit.....	569
b. Les solutions envisageables pour l'adaptation de l'exigence de l'écrit au contexte cybernétique	572
2. L'état du droit quant à la perception de la signature.....	575
3. L'état du droit quant à la convention d'arbitrage par référence.....	576
4. L'obligation de l'original	577
B. Quelques choix procéduraux du Cybertribunal	579
1. L'étendue du mandat dévolu à l'arbitre du Cybertribunal.....	580
2. L'inconstance reliée à l'absence de loi du for devant le Cybertribunal.....	581
3. Le respect des principes fondamentaux par le Cybertribunal.....	585
4. La procédure d'appel d'une sentence du Cybertribunal.....	586
Conclusion.....	587

L'arbitrage est une matière où, comme beaucoup d'autres, les « pro » et les « contre » affrontent leurs opinions face au développement de cette pratique. En effet, de par l'importance du rôle dévolu à l'arbitre agissant en lieu et place du juge, il va de soi que les méthodes alternatives de règlement des différends doivent être soumises à des règles rigoureuses. Ainsi, pour ne pas qu'une distorsion trop grande ne se fasse entre justice étatique et justice privée, les États, au moyen de traités, lois¹ et jurisprudences, ont établi des principes et des limites au développement de ces méthodes. Pourtant, face à la toute puissance des États, un certain désengagement apparaît, qui se ressent même jusque dans ce pouvoir régalien généralement associé aux instances étatiques : la justice. Aussi, et même si des exemples importants de médiation et d'arbitrage sont apparus à travers les siècles², les dernières décennies ont consacré le pouvoir du juge comme administrateur habituel de la justice. Une rupture est pourtant perceptible établissant ainsi le retour de ces modes alternatifs de règlement des différends.

Ces limites peuvent être au départ scindées en deux groupes : d'abord il y a celles de nature matérielle selon lesquelles certaines questions ne sont pas du ressort de « juges privés » de par leur nature même reliées à une certaine forme « d'ordre public » (I); ensuite, le traitement des affaires présentées devant une cour d'arbitrage se doit, en plus, de respecter plusieurs règles ou principes directeurs (II)³. Au sein de cette deuxième catégorie de limi-

1 Pour une vision presque exhaustive et mise à jour des législations relatives à l'arbitrage, voir : [<http://www.internationaladr.com/e.htm#A>].

2 Pour un survol historique de la médiation et de l'arbitrage, voir par exemple, concernant le droit romain : Éric LOQUIN, « Arbitrage : principes généraux », (1998) *J.C.I. Procédure*, fasc. 1010 et, concernant la période révolutionnaire : Raymond MARTIN, « Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation », J.C.P. 1996.3977.

3 Cette dichotomie se retrouve notamment dans le traitement offert par Kathleen DELANEY-BEAUSOLEIL, « Articles 940 et suivants C.p.c. : l'arbitrage et l'ordre public », dans CENTRE D'ARBITRAGE COMMERCIAL NATIONAL ET INTERNATIONAL DU QUÉBEC, *Les journées Jean Robert : cours de perfectionnement en arbitrage le 25 septembre 1987*, Québec, CACNIQ, 1987, p. 1, à la page 4 : « Nous passons maintenant à l'étude de l'intervention de l'ordre public dans le processus de l'arbitrage, en premier lieu, quant à l'arbitrabilité du différend, et en deuxième lieu, quant au déroulement de l'arbitrage. »

tes, il existe, en premier lieu, des considérations de nature formelle portant davantage sur la nouveauté communicationnelle (preuve, signature et écrit) que les environnements électroniques mettent en place. En second lieu, des principes procéduraux doivent être respectés, reproduisant plus ou moins fidèlement et plus ou moins utilement ceux qui existent devant les cours nationales. C'est par une vision appliquée, celle apportée au Cybertribunal, que nous évoquerons l'incorporation de ces principes dans les réseaux dématérialisés.

Le respect de ces exigences quant à la nature des différends, la forme des communications, la procédure à suivre, ainsi que leur étendue, est d'autant plus important pour une cour d'arbitrage spécialisée comme peut l'être le Cybertribunal⁴. En effet, cette institution est d'abord le produit d'une communauté issue du cyberspace et constitue avant tout un outil offert aux internautes⁵. C'est, en effet, la spécificité de ce secteur d'activité qui a suscité le besoin de mettre en place un processus de traitement des conflits autonome et indépendant des États⁶.

Quoi qu'il en soit, et sans que la présente analyse ne se démarque d'une approche autre que scientifique, il nous est possible de prétendre que nos propos, tendance largement suivie dans la doctrine spécialisée, visent à établir la pertinence de l'arbitrage⁷. Par voie de conséquence, il nous semble clair que les limites étudiées ici sont surmontables et ne constituent pas un empêchement au développement de l'expérience d'arbitrage spécialisé du Cybertribunal.

⁴ [<http://www.cybertribunal.org>].

⁵ Le Cybertribunal est d'abord prévu pour les acteurs du cyberspace. Certaines spécificités de cet espace de communication apparaissent notamment dans la procédure. Néanmoins, il n'est nullement impossible d'offrir ce forum de règlement des différends à des entreprises qui n'évoluent pas dans le domaine du commerce électronique. Celles-ci pourraient, par exemple, être intéressées par la rapidité du processus, l'anationalité des procédures et, de façon plus générale, les fonctionnalités proposées. En fait, la seule condition à un cyberarbitrage par le Cybertribunal est l'accès à l'Internet.

⁶ Voir à ce sujet : Vincent GAUTRAIS, Karim BENYEKHLEF et Pierre TRUDEL, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du Cybertribunal », (1998) 3 *Droit de l'informatique et des télécoms* 46.

⁷ Par exemple : Patrice LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992.213, 215; Kenneth-Michael CURTIN, « Redefining Public Policy in International of Mandatory National Laws », (1997) *Def. Counsel J.* 271, 275.

I. L'arbitrabilité des différends cybernétiques

Il apparaît que la plupart des pays accueillent favorablement le principe de l'arbitrage. Il a su en effet, du fait de ses qualités propres, gagner en indépendance par rapport aux cours nationales et étatiques. Néanmoins, cette capacité d'isolement des parties et de l'arbitre, n'est pas complète car, dans tous les systèmes de droit, l'État, par ses tribunaux, s'arroge un droit de regard sur certaines matières à caractère plus ou moins sensible. À titre d'exemple, les clauses d'arbitrage, compromis et clauses compromissoires disposèrent graduellement d'une réception favorable par les juges mêmes qu'elles sont censées concurrencer. Point ultime de leur maturité, la jurisprudence accueille les clauses dites « parfaites », à savoir celles qui interdisent le recours ultérieur devant une cour étatique⁸. Ainsi, arbitre et juge peuvent être amenés à statuer sur la compétence de l'arbitre à entendre une affaire ou sur la validité de la sentence qui est rendue par lui. En effet, et conformément à Bernard Hanotiau⁹, la question de l'arbitrabilité peut se présenter sous quatre formes : soit, c'est l'arbitre qui établit sa propre compétence, ce qui est le cas le plus fréquent en matière d'arbitrabilité; soit, c'est un juge qui évalue l'arbitrabilité de l'affaire; soit c'est un juge qui, sur cette même base, fondera l'annulation d'une sentence; soit, enfin, c'est un juge qui, au moment où le défendeur conteste la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, statue préalablement sur le sujet.

Encore faut-il savoir où s'arrête cette intrusion. Pour ce faire, nous procéderons à une courte étude comparatiste (A) qui se concrétisera, d'une part, dans la présentation des domaines illustrant généralement cette cohabitation entre justice privée et

⁸ En ce qui concerne le Québec, cette acceptation a été consacrée dans l'arrêt *Zodiak International Production c. Pologne*, (1983) 1 R.C.S. 529, 533 : « une clause compromissoire est parfaite si elle remplit deux conditions : la mention de l'obligation d'avoir recours à l'arbitrage excluant par là même la simple faculté, et la reconnaissance par les parties que la sentence à intervenir sera finale et liera les parties. » Voir notamment : Alain PRUJINER, « Validité et efficacité des conventions d'arbitrage », (1995) *C.P. du N.* 251, 260; même perception par K.H. BOCKTIEGEL, « The Role of Party Autonomy in International Arbitration », 52 *Dispute Resolution Journal* 24, 25 (1997) : « This is today recognized by national legislators all over the world to the effect that the jurisdiction of national courts can be excluded by arbitration agreements. »

⁹ Bernard HONATIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », (1994) 4 *J.D.I.* 899, 903.

contrôle étatique (B) et, d'autre part, nous énumérerons un certain nombre de situations dans lesquelles il est communément établi que les arbitres disposent d'une flexibilité et d'une indépendance importantes relativement à un contrôle éventuel d'un juge national. Plus que des débats parfois abscons sur la notion « d'ordre public », il nous paraît intéressant d'adopter une approche plus fonctionnelle en identifiant certains critères qui, s'ils sont présents, assurent encore davantage à l'arbitre sa possibilité de traiter une affaire sans qu'il soit nécessaire de se référer à un juge national (C).

A. Une approche comparative

L'approche comparative que nous souhaitons envisager maintenant est particulière dans la mesure où, bien souvent, les développements sont les mêmes d'un pays à l'autre¹⁰. De par la nature même de l'arbitrage ainsi que par sa prolifération particulièrement sensible en matières internationales, un survol s'impose néanmoins prenant en compte les différences entre pays de droit civil (2) et pays de common law (3). Avant cet exposé sur les divers droits nationaux, il importe d'examiner la situation en droit international (1). En effet, il faut reconnaître que certains traités forment une composante essentielle du droit des États.

1. La situation en droit international

La *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*¹¹ doit avant tout être citée concernant les limites à l'arbitrage. Ce sont, précisément, les articles 2 et 5 de cette convention que l'on utilise dès lors que l'on s'intéresse à la question de l'arbitrabilité¹². La lec-

¹⁰ B. HONATIAU, *loc. cit.*, note 9, 931; voir également une recension de la jurisprudence en matière d'arbitrabilité à l'adresse suivante : [<http://www.epms.nl/arbit/M020302.HTM>].

¹¹ Disponible à [<http://juripole.u-nancy.fr:80/braudo/arbmed/droit-international/ny-1958.html#>].

¹² *Id.*, **Art. 2 (1)**. *Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.*

ture proposée est quelque peu décevante quant à la détermination du domaine de l'arbitrabilité : les expressions utilisées étant « question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage », « non susceptible d'être appliquée », « l'ordre public »; autant de références qui laissèrent les commentateurs sur leur faim. Sur le débat précis, soit le domaine de l'arbitrabilité et non le droit applicable¹³, il est même possible de dire que la Convention de New York est sans utilité eu égard à la généralité des formules utilisées¹⁴.

L'arbitrabilité est de plus traitée différemment dans les deux articles : alors que l'article 2 considère uniquement l'arbitrabilité, l'article 5, pour sa part, fait une distinction entre arbitrabilité et ordre public, le premier étant une sous-catégorie du second.

Art. 2 (3). *Le tribunal d'un État saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.*

Art. 5 (1). *La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (a) que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicables, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue;*

Art. 5 (2). *La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : (a) que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou (b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. (L'emphase est de nous)*

¹³ Voir par exemple : Trib. Com. Bruxelles, 5 oct. 1994, Rev. arb. 1995.311, note Bernard Honatiau.

¹⁴ La même référence à la notion d'ordre public est présente à l'article 36 de la *Loi-modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* qui prévoit : « 1. La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que [si] : [...] b) le tribunal constate : i) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou ii) que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État. [...] » (On peut consulter cette loi dans Alain PRUJINER, *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 517). Face à ces difficultés terminologiques, il est à craindre, selon Philippe Fouchard, qu'aucun changement ne sera fait d'ici longtemps étant donné les risques de recouvrements contradictoires : Philippe FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », 4 *Rev. arb.* 1998.653, 659.

Quoi qu'il en soit, il apparaît clair que l'ouverture offerte par la Convention de New York quant au contrôle des tribunaux étatiques sur les sentences arbitrales est minimale et ne peut être invoquée que dans les situations de violation flagrante. Comme l'affirme une cour américaine :

*We conclude, therefore, that the New York Convention's public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral award may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice.*¹⁵

Ceci est d'autant plus vrai dès lors que le conflit est international, condition d'application de ladite convention, dans la mesure où une portée moindre est donnée à l'ordre public international¹⁶.

2. Les pays de droit civil

a. France

Au départ, il y a la loi et, comme nous le verrons en droit québécois¹⁷, une série de dispositions qui prévoit expressément la question du domaine d'application de l'arbitrage. Néanmoins, la loi témoigne pour le moins, en l'espèce, d'une insuffisance de clarté.

Deux articles sont d'abord généralement invoqués en la matière : les articles 2059 et 2060 du *Code civil* français (ci-après C.c.fr.).

¹⁵ *Parsons & Whittemore Overseas v. Société générale de l'industrie du papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (1974), référence citée par W. GRANTHAM, « The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes », 14 *Berkeley J. Int'l L.* 173, 193 (1996). Sont également citées une décision allemande qui considère que cette notion est utilisable « *in extreme cases only* » et une décision suisse selon laquelle l'ordre public ne peut être invoqué que lorsque survient « *a violation of fundamental principles of the Swiss legal order, hurting intolerably the feeling of justice* ». L'auteur conclut (p. 194) que « *although parties should be aware of any arbitrability questions that might arise under the laws controlling their arbitration, it is unlikely that a properly-made arbitration award will be denied enforcement on ordre public grounds in a New York Convention signatory state.* »

¹⁶ W. GRANTHAM, *loc. cit.*, note 15, 193. *Infra*, I, C, 1.

¹⁷ *Infra*, I, A, 2, b.

Art. 2059. *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.*

Art. 2060. *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*

De ces articles ressortent deux éléments de détermination de l'arbitrabilité en droit français : la notion de « droits disponibles » et celle « d'ordre public ». D'une manière générale, alors que la première recueille un avis favorable de la doctrine, la seconde, au contraire, est sujette à bien des critiques¹⁸.

- La disponibilité des droits

Selon Patrice Level, « un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer »¹⁹.

La provenance de cette disposition est ancienne. Elle est une réplique quasi parfaite de l'ancien article 1003 du Code civil de 1806. La référence est utile dans la mesure où, en ce début de dix-neuvième siècle beaucoup plus que maintenant, le contrat était la loi des parties et ce qui pouvait faire l'objet d'un contrat était indépendant de l'ordre juridique environnant. Cet état de fait n'est plus... et le contrat s'est « publicisé »²⁰ sous l'intervention croissante de l'État. Par conséquent, la question de la disponibilité des droits pose un problème majeur de délimitation. Il est possible néanmoins d'introduire trois catégories de droits par

¹⁸ Le point de vue le plus construit à cet égard est celui de P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, 216 et suiv.; Laurence IDOT, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *R. de J. comm.* 1996.6. Vers une position qui tend également à reconnaître la primauté du critère de la disponibilité sur celui d'ordre public, voir : Bruno OPPETIT, « L'arbitrage en matière de brevet d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », *Rev. arb.* 1979.88; *contra* : Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, « Bibliothèque de droit privé », t. 272, Paris, L.G.D.J., 1996.

¹⁹ P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, 219.

²⁰ Conformément à l'expression de Louis Josserand : Louis JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », D.1940.5. Voir à ce sujet : Vincent GAUTRAIS, « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés (EDI) », (1996) 37 *C. de D.* 121.

rapport à leur disponibilité²¹. Il y a d'abord les droits qui ne sont aucunement susceptibles de disponibilité, et ce, sans nuance. Les matières d'état et de capacité (comme l'indique de façon non exhaustive l'article 2059 C.c.fr.), plusieurs questions en droit de la famille et le droit criminel font notamment partie de cette première catégorie. À ce premier groupe, il faut aussi ajouter les domaines qui ont été déclarés par une loi nationale comme étant du ressort exclusif des juges étatiques²². Ensuite, il existe « des droits partiellement disponibles ». Ce peut être, par exemple, le cas de questions relatives à des domaines qui sont, par nature, indisponibles mais portant sur des aspects strictement patrimoniaux²³. Enfin, en plus des différends qui portent sur des droits naturellement disponibles, il y en a qui sont « indisponibles à l'état de droit éventuel » et qui deviennent « disponibles à l'état de droit né et actuel »²⁴.

- La question de l'ordre public

La question de l'ordre public est sujette également, et même sans doute davantage, à une multitude de commentaires et l'article 2060 C.c.fr., conformément à cette non-opposition au concept de disponibilité, constitue un complément de l'article 2059 C.c.fr. Néanmoins, malgré ce lien évident entre les deux, la doctrine va manifester une réelle opposition à la pertinence de cet article. Deux raisons principales sont évoquées : en premier lieu, l'énumération proposée à l'article 2060 C.c.fr. est bien inutile étant donné qu'elle est, d'une part, forcément indicative et non exhaustive. D'autre part, elle est partiellement fautive, certaines questions patrimoniales du droit de la famille²⁵ ou d'autres,

²¹ P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, 222.

²² Ce qui n'est pas sans poser de sérieuses questions de droit applicable. Certes fondamental, nous n'évoquerons pas ce sujet dans la mesure où, en plus de traitements multiples par des auteurs autorisés, le débat ne présente pas un grand intérêt pour ce qui est des conflits cybernétiques.

²³ Pascal ANCEL, « Convention d'arbitrage : conditions de fond; litiges arbitrables », (1986) *J.Cl. procédure*, fasc. 1024, p. 9.

²⁴ P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, 222-226. Nous traiterons plus loin de ces questions relativement aux critères de détermination de l'arbitrabilité (*infra*, C).

²⁵ Voir par exemple : Pierre CATALA, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.* 1994.279.

concernant les personnes morales de droit public²⁶, pouvant en effet être soumises à un arbitre. En deuxième lieu, la formulation selon laquelle on ne peut soumettre à arbitrage « toutes les matières qui intéressent l'ordre public », est particulièrement maladroite même si, depuis quelques années maintenant, la jurisprudence française a offert une lumière salvatrice sur la question. En effet, on peut résumer le débat par une formule de la Cour d'appel de Paris, instance reconnue pour la qualité de ses interventions en la matière, selon laquelle « la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé »²⁷.

Cette violation de l'ordre public doit pourtant être appréciée avec circonspection dans le cadre d'un débat sur l'arbitrabilité car, en l'occurrence, il ne s'agit pas d'analyser la nature du domaine présenté devant l'arbitre mais plutôt de juger de la licéité d'une clause contractuelle litigieuse, ce qui est de son ressort, sous réserve de certaines conditions²⁸.

Pourtant, au-delà de cette situation de violation, en dehors de l'arbitrabilité, la notion d'ordre public correspond à un concept, certes vague, qui entend endosser à travers le temps les évolutions quant à la place de l'État sur cette question précise de l'administration de la justice. C'est la raison pour laquelle nous avons considéré comme pertinent de faire référence à cette notion dans le fonctionnement du Cybertribunal²⁹, et ce, même s'il est très clair qu'en droit français, comme nous le verrons dans la totalité des droits étudiés, elle fut interprétée restrictivement par

²⁶ Voir par exemple, en ce qui concerne « l'arbitrabilité subjective » : B. HONATIAU, *loc. cit.*, note 9, 903-908.

²⁷ Paris, 15 juin 1956, J.C.P. 1956.9419, note Motulsky.

²⁸ Pierre MAYER, « Le contrat illicite », *Rev. arb.* 1984.205, 213 : « la non-arbitrabilité devrait être l'impossibilité d'examiner une question, indépendamment de la réponse qu'elle comporte ». Il s'agit en effet de savoir si l'arbitre peut annuler une clause litigieuse conclue entre deux parties alors que son mandat n'est pas celui-ci. Conformément à l'auteur précité, il faut répondre par l'affirmative dès lors que l'une des parties allègue de faire ainsi. Il ne peut pas, par contre, comme un juge, soulever la question d'office.

²⁹ Voir à plusieurs endroits du site, et notamment à [<http://www.cybertribunal.org/html/projet.htm>], que « le Cybertribunal ne tranchera pas les questions d'ordre public ». Cette formulation générique doit s'expliquer selon la compréhension développée dans le présent article.

la jurisprudence (arbitrale et étatique) et la doctrine³⁰. Au-delà du simple débat strictement juridique sur la notion d'ordre public, on devine une mutation sociologique et politique cautionnant le fait qu'un juge privé est tout aussi capable qu'un juge étatique pour exercer cet office. Il est vrai que le désengagement progressif de l'État que l'on constate généralement favorise grandement le processus.

Ces critiques sur cette notion d'ordre public permettent-elles, comme le pensent certains, de considérer que la seule notion de disponibilité suffit pour apprécier s'il y a arbitrabilité ou non d'un différend³¹? Nous croyons nécessaire d'apporter une certaine réserve à cette opposition « disponibilité *versus* ordre public », les deux concepts constituant, selon nous, des balises pour déterminer l'indépendance de l'individu face à l'ordre juridique auquel il est attaché. Car un contrat, conformément à l'article 1134 C.c.fr., correspond à cette association symbiotique de l'accord de volonté avec l'ordre juridique qui lui tient lieu de cadre d'évolution. Relativement au débat sur l'arbitrabilité, la question de la disponibilité, qui se place davantage sur le plan de l'individu, de sa capacité à oeuvrer, doit donc être analysée en conjonction avec l'ordre public, qui se place plutôt sur le plan de l'ordre juridique. Deux composantes situées sur un même *continuum* qui, ensemble, offrent des critères de délimitation entre domaine « privé » et domaine « public ». Une question qui s'est nettement complexifiée depuis les dernières décennies³².

³⁰ Voir par exemple : Pierre MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994.615.

³¹ P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, 218. Cette approche se retrouve également dans les législations de la Hollande (art. 1020 de la *Loi sur l'arbitrage*, citée dans B. HONATIAU, *loc. cit.*, note 9, 932) et du Portugal (*Loi portugaise sur l'arbitrage volontaire*, n. 31/86 du 29 août 1986, *Rev. arb.* 1991.487, art. 1).

³² À titre d'exemple, la législation finlandaise possède elle aussi cette ambivalence en utilisant à la fois le critère de la disponibilité et celui de l'ordre public (art. 2 de la loi). Voir à cet effet : Petri TAIVALKOSKI, « Le nouveau droit finlandais de l'arbitrage international », dans Laurent GOUIFFÈS, Pascal GIRARD, Petri TAIVALKOSKI et Gabriele MECARELLI, *Recherche sur l'arbitrage en droit international comparé*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 127, aux pages 140-144.

b. Québec

Le droit québécois ne présente pas, à cet égard, le même degré de complexité que le droit français, même si, en bien des cas, et l'arbitrage en est une illustration, il manifeste des liens de ressemblance avec lui³³. Le *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) le fait d'ailleurs ressortir. Ainsi, on peut lire :

Art. 2639. *Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.*

*Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.*³⁴

L'expression « phare » de cette disposition est évidemment celle « d'ordre public », débattue précédemment. Or, de la même manière, des critiques caractérisées apparaissent étant donné le flou afférent à ce concept³⁵. Par contre, sa confrontation avec le concept de disponibilité n'est pas expressément reprise dans ce système de droit et les auteurs québécois qui le mentionnent ne le font que par le biais du droit français³⁶. En comparant avec l'ancien droit, c'est-à-dire le *Code civil du Bas Canada* (ci-après C.c.B.C.), il est surprenant de constater que la disponibilité apparaissait relativement à la transaction uniquement (art. 1919³⁷), mais que cette formulation a été abrogée dans le C.c.Q. (art. 2632) pour justement intégrer comme en matière d'arbitrage, la

³³ John E.C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) *C.P. du N.* 485, 529 : « il n'en est pas moins vrai que le droit français est, à maints égards, toujours pertinent. La raison en est simple. L'arbitrage dans les deux droits, se situe dans le cadre de systèmes juridiques dont les principes généraux de droit privé sont les mêmes. »

³⁴ L'emphase est de nous.

³⁵ Donald BÉCHARD, « Homologation et annulation de la sentence arbitrale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 115, aux pages 130 et suiv.; K. DELANEY-BEAUSOLEIL, *op. cit.*, note 3, p. 5; Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec - Droit interne - Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 39.

³⁶ S. THUILLEAUX, *op. cit.*, note 35, p. 39.

³⁷ Art. 1919 C.c.B.C. : « Ceux-là seuls qui ont la capacité légale de disposer des objets compris dans la transaction peuvent en transiger. »

notion « d'ordre public »³⁸. Concernant la question de la capacité de l'arbitre à remettre en cause une clause contractuelle litigieuse pour violation de l'ordre public, on perçoit une totale identité de traitement avec le droit français³⁹.

Sans que l'on puisse recenser un débat plus approfondi pour délimiter cette notion floue, nous nous limiterons à constater que l'ordre public est, en droit québécois comme en droit français, une technique de moins en moins efficace, tant pour l'arbitre pour nier sa compétence, que pour le juge dans le cadre d'une censure d'une sentence⁴⁰.

3. Les pays de common law

a. États-Unis

La question de l'arbitrabilité en droit américain, très présente dans la jurisprudence et la doctrine (le débat ayant été escamoté dans le *Federal Arbitration Act*⁴¹), correspond avant tout, au-delà des débats théoriques du droit français, à une frontière à ériger entre public et privé. Cette délimitation se matérialise dans une seule expression : celle d'ordre public. En effet,

*[t]he concept of arbitrability, properly so called, relates to public policy limitations upon arbitration as a method of settling disputes. Each state may decide, in accordance with its own economic and social policy, which matters may be settled by arbitration and which may not.*⁴²

³⁸ Les commentaires du ministre qui ont suivi l'adoption du *Code civil du Québec*, s'ils mentionnent le rapprochement de la transaction avec l'arbitrage, n'en expliquent nullement la cause : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1645.

³⁹ J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 33, 545.

⁴⁰ S. THUILLEAUX, *op. cit.*, note 35, p. 37. La démonstration s'effectue principalement, il est vrai, sur la seule base du droit français.

⁴¹ Disponible à [http://www.adr.org/statutes/federal_act.html]. La seule référence que l'on retrouve quant à l'arbitrabilité concerne le transport, et notamment les contrats de travail dans le domaine (c. 1, §. 1).

⁴² Alan REDFERN et Martin HUNTER, *International Commercial Arbitration*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 137; voir aussi : M.A. BUCHANAN, « Public Policy and International Commercial Arbitration », 26 *Am. Bus. L.J.* 511 (1988).

Relativement à cette large question de délimitation, essence même du problème de l'arbitrabilité et quelque peu laissée pour compte⁴³, un auteur, William Grantham, établit une distinction intéressante selon laquelle l'arbitre est susceptible d'agir dans des domaines partiellement « indisponibles », pour reprendre une terminologie qui n'est pas utilisée en droit américain, dès lors que deux situations peuvent être isolées⁴⁴. D'une part, lorsqu'il apparaît que l'arbitre agit comme « agent » d'un tribunal national et, d'autre part, lorsque l'arbitrage est perçu comme une renonciation contractuelle (*waiver*) des parties à leur droit de recourir à une instance judiciaire nationale. Dans le premier cas, le concept de « mandat » (*agency*) qui est développé réfère, en fait, à une certaine collaboration entre l'arbitre et le juge. Relativement à la question classique des brevets (*patent*), l'auteur donne l'exemple de deux illustrations, l'une issue de la législation américaine et l'autre d'une jurisprudence suisse, où la validité dudit brevet est jugée par l'arbitre et confirmée ensuite par une décision d'une cour nationale⁴⁵. Ainsi, assurant le rôle traditionnel de l'État, l'arbitre ne peut aller à l'encontre de l'ordre public. Dans le second cas, il s'agit d'analyser les modalités selon lesquelles les signataires à la convention d'arbitrage ont renoncé au droit d'évoquer un recours auprès d'un juge national. Or, si les conditions strictement formelles de cette expression sont importantes⁴⁶, il est également fondamental que la formalisation de l'expression se manifeste aussi quant à un certain « *degree of deference given to the parties' choice before public policy is implicated* »⁴⁷. Sans trop développer un concept que nous reverrons⁴⁸, il

⁴³ J.W. STEMPEL, « A Better Approach to Arbitrability », 65 *Tul. L. Rev.* 1377, 1379 (1991) : « *Despite the obvious importance of preventing arbitration contracts from becoming oppressive, courts have failed to develop a doctrine of arbitration contract defenses. When courts refuse to enforce an arbitration agreement, they apply the unnecessarily blunt hammer of public policy all too often, wrongly viewing it as the only tool available for policing the Act* (Federal Arbitration Act). » L'auteur cite notamment : COMMENT, « Just Saying No: Avoiding Pre-dispute Agreements to Arbitrate in Securities Cases », *Journal of Dispute Resolution* 117, 120 (1990) : « *courts have given no explicit guidance regarding arbitration contract avoidance* ».

⁴⁴ W. GRANTHAM, *loc. cit.*, note 15, 184 et suiv.

⁴⁵ *Id.*, 185 et 186.

⁴⁶ *Infra*, II.

⁴⁷ W. GRANTHAM, *loc. cit.*, note 15, 186.

⁴⁸ *Infra*, I, C, 5.

importe, dès lors que l'on est dans un domaine où l'arbitrabilité est une question sensible, que les parties aient manifesté ostensiblement ce renoncement, dans le domaine où la question de l'arbitrabilité est plus sensible qu'ailleurs.

Quoi qu'il en soit, comme dans la plupart des pays étudiés, un glissement certain s'établit vers l'acceptation de l'arbitrage dans les domaines sensibles⁴⁹.

b. Angleterre

Cette tendance globale à l'indépendance de l'arbitre se retrouve également en droit anglais dans la Loi de 1979 sur l'arbitrage (*Arbitration Act*), remise à jour depuis peu⁵⁰. Le parcours historique de cette question est d'ailleurs particulier car si, aux origines, un respect généralisé de l'autonomie de la volonté des parties, et donc des clauses d'arbitrage, était consacré, on a constaté, par la suite, une réticence à cet égard⁵¹. Ce dernier texte, même s'il en est un parmi d'autres, traduit donc une « nouvelle philosophie de l'arbitrage »⁵² dont l'essence première est de laisser à l'arbitre la latitude nécessaire pour un traitement efficace du différend⁵³.

⁴⁹ Pour un aperçu historique de la question, voir : K.-M. CURTIN, *loc. cit.*, note 7, 272 et suiv.; voir aussi : S.E. STERK, « Enforceability of Agreements to Arbitrate: An Examination of the Public Policy Defense », 2 *Cardozo L. Rev.* 481 (1981).

⁵⁰ Voir à [http://ra.irv.uit.no/trade_law/doc/England.Arb Arbitration.Act.1996.html].

⁵¹ T. CARBONNEAU, « International Commercial Arbitration », 18 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 143, 164 (1988).

⁵² Stewart BOYD et V.V. VEEDER, « Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979 », *Rev. arb.* 1991.209.

⁵³ Une décision importante, *K/S A/S Bill Biakh c. Hyundai*, [1988] 1 Lloyd's L.R. 187, amène le juge Steyn à affirmer que, « dans l'intérêt de sa rapidité et de son irrévocabilité, il est primordial que toute intrusion judiciaire dans la procédure arbitrale reste minimale. L'idée que l'ordre judiciaire puisse intervenir pour corriger les décisions prises par un arbitre en matière de procédure, décisions qui relèvent de sa compétence, et ce durant le déroulement de l'instance, est inconnue des systèmes juridiques évolués. » Cette décision est citée et traduite dans : S. BOYD et V.V. VEEDER, *loc. cit.*, note 52, 211.

c. Canada anglais

Concernant le partage des compétences de la question de l'arbitrage entre les États fédérés et l'État fédéral, il est vite apparu que cela relevait de la juridiction des premiers, même si la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴ n'est pas explicite à ce sujet⁵⁵. Cet état de fait fut l'occasion de certains délais dans la mesure où la ratification de la Convention de New York, par exemple, exigea l'accord du gouvernement fédéral et des dix provinces. La « révolution » s'opéra en fait avec l'intégration, quasiment sans la moindre modification, de la Loi-modèle de la CNUDCI dans les différents droits et « in one swoop Canada went from the Dark Ages in terms of arbitration law to being one of the most up-to-date arbitration jurisdictions »⁵⁶.

Un glissement apparaît donc et le monopole du droit des États tend, aussi bien sur le plan international que sur le plan national, à devenir un simple contrôle *a posteriori*. Le phénomène du cyber-arbitrage ne change rien à la tendance. Il profite seulement d'une acceptation généralisée envers l'arbitrage qui s'affirme même, nous le voyons maintenant, dans certains domaines traditionnellement dévolus aux États.

B. Illustrations des domaines à risques

Les domaines qui sont généralement sujets à un contrôle d'arbitrabilité plus ou moins important sont nombreux; on peut citer, par exemple, le droit de la concurrence⁵⁷, le droit du tra-

⁵⁴ 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

⁵⁵ K.-H. CURTIN, *loc. cit.*, note 7, 274; voir aussi : Paul J. DAVIDSON, « Symposium: Current Issues in International Commercial Arbitration: International Commercial Arbitration Law in Canada », (1991) 12 *J. Int'l L. & Bus.* 97, 99.

⁵⁶ K.-H. CURTIN, *loc. cit.*, note 7, 274.

⁵⁷ Par exemple : Yves DERAIS, « Arbitrage et droit de la concurrence », (1982) *Revue suisse de droit international de la concurrence* 45; Jean-Hubert MOITRY, « Arbitrage international et droit de la concurrence, vers un ordre public de la *lex mercatoria* », *Rev. arb.* 1989.124; E.J. FUGLSANG, « The Arbitrability of Domestic Antitrust Disputes: Where Does the Law Stand? », *DePaul L. Rev.* 779 (1997); J.T. MCLAUGHLIN, « Arbitrability: Current Trends in the United States », *Albany L. Rev.* 905, 936 (1996); C. JARROSSON, « L'arbitrage et le droit de la concurrence », *Rev. arb.* 1990.947; L. Von ZUMBUSCH, « Arbitrability of Antitrust Claims under US,

vail⁵⁸, le droit des brevets⁵⁹, le droit des procédures collectives⁶⁰ et la fiscalité⁶¹. Voilà plusieurs matières où l'État recherche, au moyen de dispositions statutaires, à instaurer un besoin de protection des parties ou de l'intérêt général.

Néanmoins, c'est relativement à deux domaines en particulier que nous voulons apporter un regard plus approfondi : le droit de la consommation (2) et le droit de la propriété intellectuelle (1). En effet, alors que le cyberspace accentue les différends afférents à ces matières, les réponses qui doivent être proposées sont très souvent de nature assez technique et spécifique. Cette technicité et cette spécificité s'expliquent dans chaque cas. D'abord, dans les deux cas, il s'agit de domaines où l'État se reconnaît une prérogative particulière eu égard aux intérêts à protéger. Ensuite, en matière de consommation, le droit substantiel est presque toujours d'origine nationale, certains pays protégeant le consommateur plus que d'autres. Or, le cyberspace, par sa fonctionnalité, facilite des relations entre acheteurs et vendeurs de plusieurs pays. Certes, il existe des mesures spécifiques, tant pour les conflits de lois que pour les conflits de juridiction, mais celles-ci sont problématiques étant donné la modicité des enjeux et les critères d'application basés sur les transactions papier⁶². Enfin, en matière de droit d'auteur, outre certains motifs évoqués relativement à la consommation, il est possible de faire face à des questions nouvelles nécessitant une compréhension aigüe de la technique et du support dématérialisé. Voilà quelques raisons qui

German and ECC Law: The International Transaction Criterion and Public Policy », 22 *Texas Int'l L.J.* 291 (1987).

58 Grenoble, 13 sept. 1993, Rev. arb. 1994.337, note Marie-Ange Moreau; J.T. MCLAUGHLIN, *loc. cit.*, note 57, 916; A.W. VOLIN, « Recent Legal Developments in the Arbitration of Employment Claims », *Dispute Resolution Journal* 71 (1998).

59 R. NAG, « Copyright Disputes: The Case for Writing Voluntary Arbitration into the Copyright Act », *Dispute Resolution Journal* 87 (1998).

60 Paris, 20 sept. 1995, Rev. arb. 1996.87, note Daniel Cohen; Pascal ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987.127. En l'espèce, le refus à l'arbitrabilité du droit des procédures collectives s'explique par un besoin de centralisation du domaine. B. HONATIAU, *loc. cit.*, note 9, 959 et 960; J. T. MCLAUGHLIN, *loc. cit.*, note 57, 937.

61 Jean-Pierre LE GALL, « Fiscalité et arbitrage », (1994) *Rev. arb.* 3.

62 Vincent GAUTRAIS et Pierre-Emmanuel MOYSE, « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur / utilisateur », (1996) 9 *C.P.I.* 9, 66 et suiv.

justifient le recours à un arbitre plutôt qu'à un juge « généraliste »⁶³.

1. Le domaine du droit d'auteur

Le domaine du droit d'auteur est un bon exemple de difficultés relatives à l'arbitrabilité d'un différend. En effet, dans

*la mesure où le titre est donc conféré par un acte de l'autorité publique ou est consacré par un dépôt auprès d'un service public, un litige mettant en cause son existence ou sa validité n'est normalement pas arbitral. Le tribunal arbitral ne pourrait en effet déclarer nul ou inexistant un acte de puissance publique. L'objet de la contestation apparaîtrait comme contraire à l'ordre public international.*⁶⁴

La question se pose d'autant plus que le cyberspace présente de nombreux différends relatifs à cette matière. Par contre, dans la majorité des cas, le litige surviendra alors qu'aucun contrat préalable n'aura été signé entre les parties. Ainsi, en matière d'arbitrage dans le domaine de la propriété intellectuelle, la résolution des différends s'exercera au moyen d'un compromis et non par une clause compromissoire.

En l'absence de textes spécifiques, comme c'est souvent le cas dans le domaine de la consommation⁶⁵, et même si un projet d'amendement au *Copyright Act* américain semble en cours d'élaboration⁶⁶, il importe de remarquer les situations où l'arbitrage est licite. William Grantham s'est adonné à cette analyse au regard du droit américain et il aboutit à deux types de cas : lorsque l'arbitre se présente comme un mandataire de l'État,

⁶³ Même si les juges n'ont pas le monopole de la non-appréciation des faits en cause, des exemples de la difficulté pour les juges nationaux à apprécier la complexité technique de certains différends peuvent être trouvés dans les jurisprudences afférentes au cyberspace. Ainsi, dans l'affaire *Shetland* relative aux questions de « web-linking », (*Shetland Times v. Wills*, (1996) F.S.R. 604, 1997 S.L.T. 669 (Outer House Oct. 24)), le juge avoue, en effet, sa difficulté à appréhender le problème en raison de sa technicité. De la même façon, la récente ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 12 mars 1998 (*Sté Alice c. Sté Alice*, http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/decisions/ord_120398.htm), portant sur une question de nom de domaine, est unanimement décriée par les spécialistes à cause d'une confusion flagrante entre marque de commerce et droit d'usage d'un URL.

⁶⁴ B. HONATIAU, *loc. cit.*, note 9, 957.

⁶⁵ *Infra*, I, B, 2.

⁶⁶ Voir : R. NAG, *loc. cit.*, note 59.

précisément de l'organisme public qui octroie des droits à une oeuvre, désigné par les parties et lorsque les parties se sont exemptées de leur recours devant un tribunal national⁶⁷. Dans le premier cas, une collaboration est nécessaire entre l'arbitre et l'organisme en cause. Dans le second, le rôle de l'État se situe davantage dans la protection d'une partie qui pourrait être plus vulnérable et il s'agit d'analyser dans quelle mesure celle-ci peut se dessaisir de cette prérogative.

2. Le domaine de la consommation

Le droit de la consommation, comme celui du droit d'auteur, constitue une illustration qui ne paraît pas univoque⁶⁸. Par essence, il correspond à un domaine d'origine « statutaire », eu égard à la protection que l'on octroie universellement à une catégorie défavorisée de co-contractants. Les textes sont donc assez abondants en la matière pour interdire les clauses d'arbitrage, soit de façon *explicite*, comme en droit communautaire⁶⁹, français⁷⁰, anglais⁷¹ et néo-zélandais⁷², soit de manière *implicite*, comme en droit québécois⁷³, soit de façon *parcellaire* dans cer-

⁶⁷ W. GRANTHAM, *loc. cit.*, note 15, 185-187.

⁶⁸ Voir par exemple : Vincent GAUTRAIS, « Commerce électronique et émergence de normes juridiques : l'avènement d'instances arbitrales dans le cyberspace », (1997) *Revue d'études juridiques* 1, 22 et suiv.

⁶⁹ *Directive 93/13 du Conseil des Communautés européennes du 05 avril 1993* (JOCE, 21 avril 1993, L. 95).

⁷⁰ *Loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*, J.O. 2 févr. 1995, p. 1755, intégrée à l'article L. 132-1 du *Code de la consommation* : al. 3, annexe, par. 1 : « Clauses ayant pour objet ou pour effet [...] q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales [...] ».

⁷¹ *Consumer Arbitration Agreements Act* (1988); Geraint G. HOWELLS, « A Note on the UK Consumer Arbitration Agreements Act 1988 », 10 *Company Lawyer* 20 (1989).

⁷² *Arbitration Act* (1996) à [http://www.knowledge-basket.co.nz/gpprint/acts/public/text/1996/an/099.html], précisément à la section 11 s'intitulant « Consumer Arbitration Agreements ». Voir les commentaires à ce sujet à : [http://www.rmmb.co.nz/papers/arbact2.html].

⁷³ La référence habituellement donnée est l'article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 : « À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi. »

tains secteurs du droit de la consommation, comme, par exemple, en droit américain⁷⁴.

Or, malgré cette kyrielle de documents, il apparaît que la question de l'arbitrabilité dans le domaine de la consommation n'appelle pas une réponse automatique et inéluctable⁷⁵ mais réclame plutôt une approche factuelle et circonstanciée. En effet, dans chaque cas et souvent de façon similaire, le traitement des affaires varie, que ce soit devant un arbitre ou devant un juge, selon des situations que nous évoquerons une à une plus loin⁷⁶. Cette approche est d'autant plus vraie que, dans le cyberspace, en raison de la nécessaire prise en compte du caractère international et de la relative modicité des enjeux⁷⁷, la saisine d'un pareil forum, non étatique, est souvent la seule solution viable et pratique⁷⁸.

Un ajout néanmoins : il apparaît que certaines variantes sont à constater entre différents droits nationaux. Ainsi, sans aller plus loin et à la lumière de la décision *Hill c. Gateway 2000* que nous commenterons plus loin⁷⁹, les pays de common law sem-

74 Voir par exemple le *Magnuson-Moss Warranty Act* (1975), loi de protection du consommateur quant aux opérations de crédit. Voir aussi l'ensemble des références apportées dans J.T. MCLAUGHLIN, *loc. cit.*, note 57, 921 et suiv. Il cite notamment une jurisprudence de la Cour suprême américaine (*Terminix*, 115 S. Ct. 843 (1993)) qui invalide une loi de l'État de l'Alabama qui rendait les clauses d'arbitrage inapplicables.

75 Philippe FOUCHARD, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », (1994) *Rev. arb.* 147; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (refondu par Éric LOQUIN), « Compromis et clause compromissoire », (1995) *J.CI. Procédure*, fasc. 1020, 23.

76 *Infra*, I, C.

77 Quant à la difficulté de concilier le droit « consommériste » avec le contexte international, voir : V. GAUTRAIS et P.-E. MOYSE, *loc. cit.*, note 62, 66 et suiv.

78 P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, note 21 bis; voir aussi : Peter FINKLE et David COHEN, « Consumer Redress through Alternative Dispute Resolution and Small Claims Court; Theory and Practice », (1993) 13 *Windsor Y.B. Access Just.* 81, 82 : « *One of the most frequently mentioned complaints made by consumers is their perceived difficulty in obtaining redress when their expectations in relation to purchases or other acquisitions of goods or services are disappointed.* » Guillermo CRESPO PARRA, « Quelques réflexions sur les solutions extra-judiciaires des litiges de consommation et en particulier sur l'arbitrage de consommation transfrontière », (1996) *Revue européenne de droit de la consommation* 273.

79 *Infra*, I, C, 2.

blent traiter avec moins de rigueur les clauses d'arbitrage dans le domaine de la consommation⁸⁰ que les pays de droit civil.

Quoi qu'il en soit, l'élaboration de critères de délimitation semble donc nécessaire. C'est ce que nous voyons maintenant.

C. Vers l'élaboration de critères amplifiant le domaine de l'arbitrabilité

La difficulté qui apparaît donc en l'occurrence, fléau du droit en général, c'est de devoir utiliser une approche casuistique. Les deux exemples précédemment donnés le montrent bien : l'appréciation du caractère d'ordre public d'un domaine du droit, et par voie de conséquence de sa non-arbitrabilité, donne lieu à interprétation et nuance. Afin d'éviter cela, nous avons fait ressortir de la jurisprudence certains critères qui tendent, lorsqu'ils sont présents, à étendre le domaine d'application de l'arbitre.

1. Le caractère international

Dans tous les systèmes de droit envisagés, la nature internationale du différend constitue souvent un facteur justifiant davantage le dépôt d'une affaire devant un arbitre⁸¹. Ceci s'explique par différentes raisons. En premier lieu, la notion d'ordre public est interprétée différemment selon que le litige est national ou international. Dans ce dernier cas, il semble qu'une interprétation moins rigoureuse doive être apportée⁸². En effet, une distinction est souvent faite entre ordre public interne et ordre public en droit international privé, le second constituant seulement une

⁸⁰ Une kyrielle de jurisprudence a été identifiée par J. W. STEMPEL, *loc. cit.*, note 43, 1383 et suiv., ainsi que 1410-1412. Il cite l'exemple de la décision *McMahon v. Shearson/American Express*, 618 F. Supp. 384 (1985), où l'argument d'injustice (*unfairness*) envers une clause compromissoire dans un contrat d'investissement fut jugé (386) « wholly unconvincing »; voir aussi : J.A. PILK, « Arbitration and the DTPA (*Texas Deceptive Trade Practices-Consumer Protection Act*) », 26 *Texas Tech L. Rev.* 881 (1995); J. T. MCLAUGHLIN, *loc. cit.*, note 57, 921.

⁸¹ L. Von ZUMBUSCH, *loc. cit.*, note 57, 291.

⁸² Civ. 19 nov. 1991, Rev. arb. 1992.76, 79, note Laurence Idot : « l'ordre public français applicable aux relations internationales [...] doit être apprécié de manière moins rigoureuse que l'ordre public interne ».

partie du premier⁸³. Ainsi, comme par exemple dans la décision **Arnold**⁸⁴ de la Cour provinciale, il est prévu qu'une « loi d'ordre public interne ne doit pas automatiquement s'appliquer avec la même force en droit international privé »⁸⁵. En deuxième lieu, il semble, même si c'est moins vrai maintenant qu'il y a quelques années, que les parties supposées plus faibles dans un contexte national, le sont moindrement dès lors qu'elles s'aventurent sur le marché international⁸⁶. En troisième lieu, il est manifeste que les États recherchent à favoriser un marché qui ne soit pas confiné aux seules limites du pays, et donc, pour ce faire, il importe que la prévisibilité contractuelle soit assurée et ne soit pas remise en cause par des considérations d'ordre public⁸⁷. Cet objectif essentiel, favoriser le commerce international et la prévision qui s'y attache, constitue un argument qui fut souvent invoqué par les juges nationaux pour refuser leur intervention⁸⁸. Enfin, dans un contrat international plus que dans le cas d'un contrat entre deux nationaux, et comme mentionné précédemment, le rattachement à une instance non nationale, permet de garantir une certaine impartialité du décideur. Il est, en effet, souvent difficile de déterminer un juge national plutôt qu'un autre sans risquer de favoriser une partie plutôt qu'une autre, notamment sur le plan financier⁸⁹. D'ailleurs, cette distinction entre litige national et

⁸³ Gérald GOLDSTEIN, « L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur : commentaire de G.M.A.C. c. Arnold », (1984) *McGill L.J.* 143, 149.

⁸⁴ *General Motors Acceptance c. Arnold*, [1984] R.L. 513 (C.P.).

⁸⁵ G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 83, 149. L'auteur cite Jeffrey A. TALPIS, « Notions élémentaires de droit international privé québécois », [1977] *C.P. du N.* 115,   la page 145.

⁸⁶ Grenoble, 13 sept. 1993, précité, note 58, 347, note M.-A. Moreau.

⁸⁷ J.R. SEVER, « The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on U.S. and Foreign Arbitration : Arbitration out of Control? », 65 *Tul. L. Rev.* 1661, 1664 (1991) : « *Frequently, because of the need for coherence and predictability in international commerce, a state's laws regulating international arbitration are more liberal, that is, less restrictive than those regulating domestic arbitration* ». Plus loin, à la page 1667, il évoque la jurisprudence de la Cour suprême américaine qui « *reflected a global trend: the relaxation of restraints on the freedom to contract in order to facilitate international trade and business transactions* ».

⁸⁸ Voir par exemple : *Scherk v. Alberto Culver*, 417 U.S. 506 (1974).

⁸⁹ *Mitsubishi v. Soler*, 473 U.S. 614, 629 (1985). La Cour considéra qu'il était, dans certains cas, plus facile pour une partie de se rendre devant un tribunal arbitral que de devoir argumenter devant une cour étrangère, qui plus est, une cour qui est celle de l'autre partie.

international est très souvent reprise dans les lois nationales sur l'arbitrage⁹⁰.

Notons, sans plus de développements, que la nature internationale du litige s'évalue généralement au regard des intérêts en jeu et non de la volonté des parties⁹¹.

2. La connaissance effective des signataires de la convention d'arbitrage

Un courant de pensée que l'on retrouve de façon assez soutenue dans la plupart des systèmes de droit tend à considérer que la convention d'arbitrage est uniquement basée sur la volonté des parties signataires. Illustration ultime de cette idée, un auteur, Jeffrey Stempel, établit même que la notion d'ordre public n'est pas utilisable eu égard au flou qui la caractérise et que, surtout, seule la volonté permet de déterminer ce qui est arbitral et ce qui ne l'est pas⁹². Son approche peut donc se résumer ainsi :

*I suggest that courts confronted with arbitrability questions should enforce written agreements to arbitrate without regard to the subject matter of the dispute or to the legal claims in the dispute unless the party resisting arbitration can demonstrate, by a preponderance of evidence, that the arbitration « contract » between the parties is voidable because it was not the product of sufficiently genuine consent between the parties.*⁹³

Par conséquent, si la volonté est omniprésente dans la détermination de l'arbitrabilité, cela sous-tend qu'une matière est arbitrale par nature⁹⁴ et donc, dès lors que certaines conditions

⁹⁰ C'est, par exemple, le cas en France, où le *Code de procédure civile* introduit cette distinction, les articles ne traitant que de la spécificité internationale. C'est également le cas en droit anglais avec la loi de 1979; voir : W.W. PARK, « National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration », 63 *Tul. L. Rev.* 647, 649 (1989).

⁹¹ Paris, 24 avr. 1992, *Rev. arb.* 1992.598, note Charles Jarrosson; Paris, 7 déc. 1994, *Rev. arb.* 1996.245, note Charles Jarrosson.

⁹² J. W. STEMPEL, *loc. cit.*, note 43, 1377 et suiv.

⁹³ *Id.*, 1426.

⁹⁴ *Id.*, 1379 et 1380 : « *Rather than hammering out ad hoc exceptions according to the nature of the dispute, courts employ the more varied tools of common law contract expertise to examine the quality of consent in arbitration agreements.* » Pour une vision similaire, voir : J.W. STEMPEL, « Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements », 22 *St. Mary's L. J.* 259 (1990).

pour faire connaître aux parties l'existence de la clause compromissoire sont réunies, une présomption simple (*rebuttable*) en faveur de la validité de ladite clause doit être consacrée⁹⁵.

Il importe d'apporter un tempérament à cette opinion dans la mesure où la notion de volonté comme condition unique du contrat est *de facto* très largement artificielle puisque les parties, dans bien des cas, n'apportent pas une réelle attention au contrat d'adhésion auquel elles souscrivent⁹⁶. Même dans les contrats de gré à gré, il est capital de rechercher l'attention et le formalisme utilisés par les parties pour traiter de cette question. Cette remise en cause du « vouloir » a d'ailleurs été largement développée dans plusieurs études en théorie des contrats⁹⁷. De plus, cette présomption, même simple, entraîne un fardeau qui peut paraître excessif dans le cas, par exemple, d'un contrat de consommation⁹⁸. Plus généralement, il importe de bien concevoir la convention d'arbitrage, au même titre que tout contrat, au regard du cadre d'évolution auquel elle appartient et qui participe à sa définition. Un contrat n'est en effet compréhensible qu'à travers l'environnement qui lui sert de cadre d'analyse. Cela n'empêche pas de croire à l'utilisation, et à sa pertinence, de la

⁹⁵ *Id.*, 1433 et 1434. Notons que le juge O'Connor dans *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220, 227 (1987), a déclaré que le *Federal Arbitration Act* américain établissait une présomption de validité sauf si le Congrès faisait valoir une loi qui en déciderait autrement.

⁹⁶ Voir par exemple : J.P. TOMASZEWSKI, « The Enforceability of Adhesive Arbitration Clauses in International Software Licenses », 3 *J. Tech. L. and Pol.* 4 (1997). Également disponible sous forme électronique à : [<http://journal.law.ufl.edu/%7Etechlaw/3-1/tomaszewski.html>]; voir notamment le paragraphe 5.

⁹⁷ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 20, 121. Un tel courant, très organisé, a d'ailleurs été notamment perceptible aux États-Unis mais Jeffrey Stempel se refuse d'en faire mention, préférant, au contraire, référer aux auteurs comme Randy E. Barnett, qui évoquent des prétentions opposées : R.E. BARNETT, « A Consent Theory of Contract », 86 *Colum. L. Rev.* 269 (1986).

⁹⁸ J.W. STEMPEL, *loc. cit.*, note 43, 1434-1447. Même si l'auteur met à la disposition du plaignant cinq motifs pour remettre en cause la présomption de validité de la clause compromissoire, à savoir : 1) l'ignorance non préjudiciable (*blameless ignorance*); 2) l'existence de pratiques non justes (*dirty-dealing*); 3) l'adhésion obligatoire (*inescapable adhesion*); 4) l'injustice en général (*substantive unconscionability*); 5) la représentation déficiente (*defective agency*), une charge considérable pèse sur ses épaules.

notion de connaissance effective, que l'on retrouve, par exemple, à l'article 1435 C.c.Q.⁹⁹.

Relativement à la connaissance effective des parties envers la clause compromissoire, l'affaire *Hill v. Gateway 2000*¹⁰⁰ d'une Cour d'appel américaine, mérite d'être citée. Dans cette affaire, le juge considéra que les consommateurs ayant eu à leur disposition une copie papier du contrat pendant une période d'essai de 30 jours, « the plaintiffs were given adequate notice of the arbitration clause »¹⁰¹. Sans reprendre expressément le critère de la connaissance effective, il est clairement prévu dans cette décision que le fait pour le consommateur d'avoir l'opportunité de prendre connaissance de la stipulation est un élément déterminant.

3. Les compromis plutôt que les clauses compromissoires

Le présent critère n'est pas très éloigné du précédent étant donné que la connaissance effective du signataire du compromis sera forcément meilleure que celle du signataire d'une clause compromissoire. Il est même possible de dire que cette distinction est le résultat pratique de celui que nous venons de décrire. C'est la raison pour laquelle certains droits nationaux ont aménagé un meilleur accueil au compromis plutôt qu'aux clauses compromissoires¹⁰². Un autre argument est fondé sur le fait que, dès lors que le différend est né et non plus éventuel, le droit devient alors disponible et « lorsque le droit est né et actuel, il devient disponible aussi bien qu'arbitrable et la partie protégée

⁹⁹ Art. 1435 C.c.Q. : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. »

¹⁰⁰ Décision disponible à : [<http://www.law.emory.edu/7circuit/jan97/96-3294.html>].

¹⁰¹ *Id.*, 1.

¹⁰² Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 356. Ils donnent l'exemple du droit du travail en France où seuls les compromis peuvent être, en droit interne, sujets à arbitrage.

pourrait y renoncer, sous une forme encore plus complète et définitive, par une transaction »¹⁰³.

Notons que ce critère est, par exemple, repris dans la loi anglaise, *Consumer Arbitration Agreements Act*¹⁰⁴, où la crainte d'une moindre protection du consommateur se manifeste surtout dans les clauses d'arbitrage (conflit à venir) et moins sur les compromis (conflit déjà né) où l'on considère que le consommateur agit en connaissance de cause¹⁰⁵.

4. La prise en compte des intérêts de la partie la plus faible

Donnée subjective, il est néanmoins possible de dire que les arbitres, et même les juges, tiennent compte du rapport de force qui existe entre les signataires de la convention d'arbitrage¹⁰⁶. Aussi, et même si c'est un critère qui pour certains n'est guère juridiquement satisfaisant, plusieurs jugements américains notamment, ont pris en compte le cadre général de la relation et le traitement de la partie la plus vulnérable¹⁰⁷. En fait, cela constitue pour le juge, et surtout pour l'arbitre, une possibilité de juger en équité, conformément à plusieurs dispositions législatives générales¹⁰⁸ et à la plupart des lois ou conventions d'arbitrage¹⁰⁹.

¹⁰³ P. LEVEL, *loc. cit.*, note 7, 226.

¹⁰⁴ Précitée, note 71.

¹⁰⁵ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 68, 23.

¹⁰⁶ T. CARBONNEAU, « Arbitration and the Supreme Court: A Plea for Statutory Reform », 5 *Ohio St. J. of Dispute Resolution* 231 (1990); T. CARBONNEAU et F. JANSON, « Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability », *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 193 (1994).

¹⁰⁷ M.Z. GREEN, « Preempting Justice Through Binding Arbitration of Future Disputes: Mere Adhesion Contracts or a Trap of the Unwary », 5 *Loyola Cons. Rep.* 112 (1993); voir également : A. BRAFFORD, « Arbitration Clauses in Consumer Contracts of Adhesion: Fair Play or Trap for the Weak and Unwary », 21 *J. Corp. L.* 331, 348-350 (1996).

¹⁰⁸ Par exemple, en droit québécois, on trouve l'article 1434 C.c.Q. qui dispose : « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, **l'équité** ou la loi. »

¹⁰⁹ Par exemple, voir le *Federal Arbitration Act* américain (précité, note 41), à la section 2. Cette notion est également maintes fois reprise dans la Loi type de la CNUDCI.

5. Les modalités de confection du contrat de consommation

Un autre critère qui doit vraisemblablement être pris en compte pour juger de l'arbitrabilité d'un contrat est la façon selon laquelle il est confectionné. À cet égard, il importe de remarquer qu'un contrat de « cyberconsommation » ne se fait pas de la même manière qu'un contrat de consommation sur support papier. Ainsi, un élément important distingue ces deux modes de communication : le caractère moindrement intrusif du premier. En effet, sauf exception¹¹⁰, le contrat de « cyberconsommation » exige une démarche active et « volontaire » d'un consommateur qui, en se déplaçant d'un site à un autre, parvient à conclure un contrat sans avoir eu le même degré de sollicitation que l'on trouve, par exemple, lorsqu'on est en présence d'une vente par téléphone¹¹¹. L'ordre public de protection pourrait-il être différent selon le risque et la démarche active que le consommateur entreprend? Même si aucune jurisprudence n'a, à notre connaissance, expressément pris ce critère en compte, on peut imaginer une suspicion plus grande envers une clause d'arbitrage qui aurait été imposée à la suite d'une sollicitation soutenue du « cybermarchand ». Ce critère correspond en fait à une composante du rapport de force évoqué plus haut.

6. La qualité du demandeur

Un autre critère qui existe déjà dans l'arbitrage traditionnel est celui de la qualité du demandeur. À cet égard, le professeur Jarrosson propose qu'une modification du C.c.f. soit apportée, en établissant que « [l]a clause compromissoire est valable. Toutefois, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels et dans les contrats de travail, elle est réputée non écrite à la demande du non-professionnel ou du salarié »¹¹².

110 Quelques exceptions existent quant à la démarche active du « cyberconsommateur ». La plus connue est ce qui s'appelle le « *spamming* » et qui correspond justement à une offre de services non sollicitée et en grand nombre, en utilisant notamment les groupes de discussion.

111 À cet égard, voir les développements sur la notion de « sollicitation » dans : V. GAUTRAIS et P.-E. MOYSE, *loc. cit.*, note 62, 63 et suiv.

112 Charles JARROSSON, « La clause compromissoire, (C. Civ., art. 2061), perspective d'évolution du droit français de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1992.274.

Ainsi, la possibilité d'invoquer un compromis, la question ne se posant pas pour une clause compromissoire, serait selon cette acception une possibilité à sens unique. Seul le consommateur, ou si l'on étend le principe, seule la partie la plus faible pourrait s'en prévaloir.

7. Les considérations pratiques

Enfin, dans cette quête de critères disposés à étendre l'arbitrabilité des différends, il est possible de dégager des éléments divers, plus circonstanciés. Un des premiers éléments, plus pratique, que l'on peut ajouter en la matière est celui qui a été invoqué par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en 1989 selon lequel il est préjudiciable de séparer le traitement d'une question qui, sans être totalement d'ordre public, est associée à d'autres questions qui, pour leur part, sont clairement arbitrables¹¹³.

Une autre considération peut aussi être utilisée, et cette fois dans un sens qui limite l'arbitrabilité. Ainsi, il est impossible pour l'arbitre de statuer *erga omnes*, c'est-à-dire en dehors de la situation entre les signataires de la convention d'arbitrage.

*Indeed, the most convincing argument for limiting the arbitrability of certain types of intellectual property dispute focuses not on the state's interest, but on the arbitrators' power.*¹¹⁴

Ainsi, si un litige apparaît entre deux individus, la clause d'arbitrage n'est applicable que dans la limite de ses stipulations. Si le différend est, par conséquent, en dehors de ce champ d'application, les parties n'auront d'autre recours que de s'adresser à un juge national.

Au regard de ces développements, l'objectif de nos propos a été de démontrer que cette limite traditionnelle de l'utilisation de l'arbitrage qu'est l'inarbitrabilité, demeure de plus en plus circonscrite étant donné les avantages procurés. Mais cette permissivité n'est pas totale et elle s'analyse dans cette première partie en recherchant des critères d'application. Aussi, ce premier

¹¹³ Sentence I.C.C. préliminaire dans le cas 6097 (1989), citée par W. GRANTHAM, *loc. cit.*, note 15, 187.

¹¹⁴ C.J. AESCHLIMANN, « The Arbitrability of Patent Controversies », 44 *J. Pat. Soc.* 655, 663 (1962).

point susceptible de limiter l'usage des cybertribunaux n'est pas le seul et doit être analysé en conjonction avec d'autres. En effet, ce dernier ne suffit pas; encore faut-il que la cour d'arbitrage respecte des exigences procédurales et que celles-ci soient, le cas échéant, harmonisées avec les spécificités du cyberespace. C'est ce que nous voyons maintenant.

II. Le respect des exigences procédurales dans le traitement des différends cybernétiques

Nous savons que l'arbitrage constitue un mécanisme de résolution des conflits très prisé par les acteurs commerciaux. Il n'est pas nécessaire de revenir sur l'efficacité, la rapidité et la souplesse de ce mécanisme. Ces avantages ont maintes fois été mentionnés. Toutefois, on ne peut s'empêcher de constater une judiciarisation de l'arbitrage. Voilà une tendance certaine dénoncée par plusieurs auteurs en ce qu'elle est le fruit de « *“unimaginative practitioners” who cannot escape a confrontational litigation style* »¹¹⁵.

Dans cette optique, il est apparu important pour le Cybertribunal de veiller à ce que soient prises en compte non seulement les particularités fonctionnelles du cyberarbitrage mais également les spécificités que le cyberespace présente¹¹⁶. Ceci amena à considérer certains ajustements tant sur le plan des modalités formelles de la convention d'arbitrage (A) que sur les choix procéduraux faits par le Cybertribunal (B). Alors que la première question porte sur la validité de la convention d'arbitrage, compromis ou clause compromissoire, la seconde entend examiner les modalités d'édition de la sentence rendue.

¹¹⁵ Stephen J. TOOPE, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius Publications, 1990, p. 8.

¹¹⁶ Voir à ce sujet : V. GAUTRAIS, K. BENYKHELF et P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 6.

A. La validité formelle de la convention d'arbitrage

1. L'importance de l'écrit dans le domaine de l'arbitrage

Si l'arbitrage présente des caractéristiques propres selon les pays, il est une série d'éléments qui semble faire l'unanimité : la nature nécessairement écrite de la convention d'arbitrage, de la sentence et, éventuellement, de certains documents comme la récusation, voire le remplacement, des arbitres. En fait, la nécessité de ces exigences intervient dès lors que l'on souhaite attacher une touche de formalisme à une opération en particulier eu égard à l'importance qu'elle requiert. Mais « formalisme » n'est pas antinomique à « électronique ». Au contraire, et au-delà d'une perception généralement souple de la notion d'écrit (a), certaines solutions idoines peuvent être proposées en l'occurrence (b).

a. L'état du droit quant à la perception de l'écrit

Dans les documents relatifs à l'arbitrage, la notion d'écrit se retrouve donc différemment selon la date à laquelle la convention, le traité ou la loi a été élaboré¹¹⁷. En droit international tout d'abord, on perçoit, par exemple, une différence sensible entre la Convention de New York¹¹⁸ et la Loi-modèle de 1985¹¹⁹ quant à

¹¹⁷ Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYEKHLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 547, 560-562.

¹¹⁸ Précitée, note 11 : **Art. 2** :

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. 2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

¹¹⁹ Précitée, note 14 : **Art. 7.2** :

La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de toute autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut

cette question précise. En effet, la première, plus ancienne (1958), démontre une exigence plus grande que la seconde quant à l'exigence de l'écrit; cette dernière pressentait au contraire l'avènement prochain de la dématérialisation¹²⁰. Ce constat se retrouve ailleurs dans d'autres textes où l'intégration des nouvelles technologies comme support de convention d'arbitrage est souvent le principal argument qui suscite une reformulation de ces textes¹²¹.

Dans les droits nationaux ensuite, on perçoit également des variations importantes d'un pays à l'autre. En droit québécois, même si l'on exige un écrit pour la convention d'arbitrage et la sentence¹²², le Code civil prévoit expressément, concernant la première, qu'elle « est réputée l'être [par écrit] si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre »¹²³. En droit français, une distinction doit être faite entre la convention

convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Voir aussi les articles 2-1-c) (Mode de constitution du Tribunal en l'absence d'accord antérieur); 3-2 (Nomination des arbitres à un Tribunal constitué conformément à l'article 37(2)(b) de la Convention); 31 (La procédure écrite); 36 (Témoins et experts : règles particulières); 43 (Règlement amiable et désistement mutuel); 44 (Désistement sur requête d'une partie); 47-1 (La sentence); 49 (Décisions supplémentaires et corrections); 50 (La demande) et 55 (Nouvel examen d'un différend après une annulation).

¹²⁰ *Id.* Cette intégration de la nouveauté est significative quant à l'expression « ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence ».

¹²¹ Voir notamment le nouveau règlement de la Chambre de commerce internationale : [<http://www.iccwbo.org/html/rulesfra.htm>]. Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Dans ce document, où l'exigence d'écrit est mentionnée aux articles 3-1 et 3-2 (Notifications et communications écrites); 7-2 et 7-3 (Dispositions générales du tribunal arbitral); 11-1 et 11-3 (Récusations des arbitres); 12-3 (Remplacement des arbitres); 20-2 (Instruction de la cause) et 22-1 (Clôture des débats), la référence à retenir est l'article 3.2 qui prévoit : « (2) Toutes les notifications ou communications du Secrétariat et du tribunal arbitral sont faites à l'adresse ou à la dernière adresse connue de la partie qui en est le destinataire ou de son représentant, telle que communiquée par celle-ci ou par l'autre partie le cas échéant. La notification ou la communication peut être effectuée par remise contre reçu, lettre recommandée, courrier, télécopie, télex, télégramme ou par tout autre moyen de télécommunication permettant de fournir une preuve de l'envoi. »

¹²² Art. 2640 C.c.Q. et art. 945.2. C.p.c.

¹²³ Art. 2640 C.c.Q.

d'arbitrage nationale et internationale, la première réclamant un écrit alors que la seconde pas¹²⁴. Néanmoins, dans ce pays et sauf évolution récente¹²⁵, un certain formalisme est accordé à l'écrit qui, dans le texte même du C.c.f., témoigne d'une relation certaine avec le papier¹²⁶. En droit américain maintenant, il est remarquable de constater qu'en plus d'un certain modernisme apparent pour admettre des formes alternatives à l'écrit¹²⁷, la perception de l'écrit lui-même a été analysée de façon très extensive par la jurisprudence, dans des domaines externes ou non à l'arbitrage¹²⁸. Ainsi, les définitions de l'écrit données par les lois, et notamment le *Uniform Commercial Code*¹²⁹ (ci-après U.C.C.), ainsi que les interprétations jurisprudentielles qui en découlent, sont tellement extensives que le support électronique est facilement intégré dans le concept d'écrit. L'exigence de l'écrit, appliquée au cyberspace, est donc un faux problème même si pour éviter toute difficulté, les dernières versions du U.C.C. ont abrogé cette notion¹³⁰. On peut percevoir la même tendance en droit an-

124 Art. 1443 Nouv. C. pr. civ. (clause compromissoire) et 1449 Nouv. C. pr. civ. (compromis) alors que dans les articles 1499 Nouv. C. pr. civ. et suiv. relatifs à l'arbitrage international, aucune exigence de forme n'est demandée. Cela ne veut pas dire que la preuve orale suffit. Il est, en effet, nécessaire, selon Philippe Fouchard, que la preuve se fasse dans une forme qui permette à l'arbitre de constater *prima facie* l'existence de la convention d'arbitrage : Philippe FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », (1982) *Journal de droit international* 375, 385.

125 Pierre CATALA et Pierre-Yves GAUTIER, « Actualité - l'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libéralisation de la preuve contractuelle », J.C.P.1998.905. Ce commentaire est relatif à un arrêt de la Cour de cassation qui établit qu'une preuve écrite peut être faite par une télécopie : Comm., 2 déc. 1997, D. 1998.192.

126 Vincent GAUTRAIS, *La formation et la preuve des contrats par télécopieur*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1994, p. 98 et suiv.

127 *Federal Arbitration Act*, précitée, note 41.

128 Par exemple, V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 126, p. 98. Voir notamment l'article 1-201 (46) U.C.C. qui prévoit : « *“written” ou “writing” includes printing, typewriting or any intentional reduction to tangible form.* » L'on peut également citer l'article 1001 (1) du *Federal Rules of Evidence* qui dispose : « *“Writings” and “recordings” consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation.* »

129 Disponible à [<http://www.law.cornell.edu:80/ucc/ucc.table.html>].

130 On peut penser notamment au projet du U.C.C. 2B qui remplace la notion d'écrit par celle d'enregistrement (*record*) : [<http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2b/2bAlId98.htm>].

glais avec la nouvelle loi de 1996, où une permission des documents électroniques est consacrée¹³¹. Au-delà de la présente analyse linéaire, on peut constater une telle tendance à la recevabilité des inscriptions informatisées¹³².

b. Les solutions envisageables pour l'adaptation de l'exigence de l'écrit au contexte cybernétique

Cette perception extensive est susceptible de prendre forme au moyen des solutions suivantes.

La première approche possible est celle qui vise à adopter, comme nous l'évoquions précédemment, une vision extensive de la notion d'écrit (assimilation entre « écrit » et « documents informatisés »). Cette approche a parfois été retenue par la jurisprudence en matière d'arbitrage, mais surtout dans le domaine commercial en général¹³³. En ce qui concerne les différents droits nationaux, on constate des différences sensibles d'un pays à l'autre. La « palme » de la contorsion de la notion d'écrit doit être décernée au droit américain où le concept n'est en aucun cas

¹³¹ *Arbitration Act* 1996, disponible à : [http://itl.irv.uit.no/trade_law/doc/England.Arbitration.Act.1996.html]. Eu égard à la prise en compte du caractère technique de cette disposition, nous croyons pertinent de la citer : « *Agreements to be in writing. (1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly. (2) There is an agreement in writing – (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing. (3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing. (4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement. (5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged. (6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.* »

¹³² On peut citer par exemple l'article 178 de la *Loi sur le droit international privé* du droit suisse, le *Arbitration Act* en Nouvelle-Zélande : [http://www.knowledge-basenet.co.nz/gp/print/acts/public/text/1996/an/099.html], etc.

¹³³ *Supra*, II, A, 1, a.

attaché au support papier¹³⁴. Cette vision est également suivie, avec sans doute plus de retenue, dans la plupart des pays de common law¹³⁵. Par contre, on peut se demander si le C.c.Q. entend permettre cette extension entre les deux concepts. En effet, l'introduction d'un régime particulier pour les inscriptions informatisées, aux articles 2837 à 2839 C.c.Q.¹³⁶, crée des règles propres qui empêchent une assimilation trop rapide¹³⁷. C'est d'ailleurs la même chose en droit français où la jurisprudence considère la notion d'écrit avec une certaine rigueur¹³⁸. Il est donc nécessaire de trouver d'autres solutions que la simple approche extensive.

La deuxième approche s'appuie sur des considérations historiques. Cette approche historique est simple : il existe, en effet, une multitude de conventions ou dispositions nationales qui imposent l'écrit parce que ce mode de communication constituait, d'une part, la technique habituelle pour élaborer les documents en matière d'arbitrage, et, d'autre part, parce qu'à l'époque où lesdites dispositions furent édictées, il n'existait pas vraiment de modes alternatifs de communication. Tant les conventions internationales les plus récentes¹³⁹, que celles spécifiquement relatives à l'arbitrage, nous permettent donc de remarquer que, depuis les années 1980, une atténuation de l'exigence de l'écrit et de l'original se ressent, pour voir apparaître des formulations moins directement attachées au support. Une illustration peut, par exemple, être trouvée dans la loi suisse¹⁴⁰ qui fait, en l'espèce, figure de modèle.

134 ELECTRONIC MESSAGING SERVICES TASK FORCE, « The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report and Model Trading Partner Agreement », *Bus. Law.* 1717 (1990).

135 *Id.*

136 Ce régime des inscriptions informatisées est en effet distinct de celui de l'écrit, le premier étant celui de la liberté probatoire (2839 C.c.Q.) et le second étant soumis à certaines exigences (2863 C.c.Q.).

137 Vincent GAUTRAIS, (1999) « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois », [<http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article3.htm#1>].

138 *Supra*, II, A, 1, a.

139 V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYKHLEF, *loc. cit.*, note 117, 547.

140 Attention, cela n'est vrai que dans l'hypothèse d'un arbitrage international, l'article 6 de la loi suisse imposant l'exigence d'un écrit pour l'arbitrage interne. En effet, l'article 178 prévoit : « quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex,

Enfin, nous voulons mentionner la vision fonctionnaliste¹⁴¹ qui est une des approches qu'il est également possible d'adopter quant à la question de savoir si l'écrit constatant l'existence de la convention d'arbitrage, de la récusation ou de la sentence arbitrale, est exigé *ad validitatem* ou *ad probationem*. Ainsi, cette exigence est-elle une condition nécessaire à la validité de l'acte ou constitue-t-elle plutôt une simple condition probatoire en cas de différend? Selon une perception classique du droit, la différence est sensible dans la mesure où, s'il s'agit d'une condition de validité, la convention d'arbitrage est nulle, alors que s'il s'agit d'une condition de preuve, celle-ci peut se faire d'une autre manière. En pratique, la distinction est généralement ténue. Il est même possible de constater que certains systèmes juridiques considèrent que l'écrit répond à une exigence probatoire minimale, à savoir, comme en droit français, « ne fait qu'exiger que le requérant mette le juge de l'exequatur en mesure de constater *prima facie* l'existence d'une convention d'arbitrage »¹⁴².

Mais une fois que l'on s'est dégagé de l'exigence formelle de l'écrit, il est important de substituer une autre forme de formalisme, électronique cette fois. La liberté de preuve ne veut pas dire absence de preuve. C'est pourquoi le Cybertribunal offre aux personnes qui décideraient de conclure, soit un compromis, soit une clause compromissoire, de garder une copie des deux engagements constitutifs. L'arbitre qui souhaite ensuite étudier leur véracité n'aura qu'à les examiner et vérifier que les obligations

télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. [...] ». Voir : Pierre LALIVE, Jean-François POUDRET et Claude RAYMOND, *Le droit de l'arbitrage suisse interne et international en suisse*, Lausanne, Payot, 1989, p. 312.

¹⁴¹ Ou ce que la CNUDCI appelle « l'équivalence fonctionnelle ».

¹⁴² P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 102, n° 608 : « C'est la raison pour laquelle la plupart des commentateurs du décret du 12 mai 1981 ont déduit de ces dispositions que le droit français de l'arbitrage international n'impose aucune exigence de forme. Ainsi MM. Bellet et Mezger observent-ils qu'au rang des causes d'annulation des sentences pour absence de convention d'arbitrage valable, « la nullité pour cause de forme est à écarter d'emblée ». Pour ces auteurs, il s'agit d'une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international. Aussi affirment-ils qu'« il résulte de l'article 1493 qu'en matière d'arbitrage international il ne doit y avoir ni forme particulière ni contenu minimum »; voir dans le même sens : « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », (1981) *Rev. Cri. dr. internat. privé* 611; Bernard AUDIT, « A National Codification of International Commercial Arbitration: the French Decree of May 12, 1981 », *Sixth Sokol Colloquium*, 1983, p. 116.

sont complémentaires, c'est-à-dire d'une partie envers l'autre, et que son rôle entre dans les paramètres du mandat qui lui a été confié.

2. L'état du droit quant à la perception de la signature

La signature est généralement un élément indispensable dans deux types de documents que l'on retrouve dans le domaine de l'arbitrage : la convention d'arbitrage, par les parties, ainsi que la sentence, par le ou les arbitres. Dans le premier cas, il a, par exemple, été considéré en droit français que l'absence de signatures des parties occasionnait nullité d'un compromis¹⁴³. Néanmoins, à la différence de l'écrit, la signature pose assez peu de difficultés dans la mesure où généralement, elle n'est pas directement reliée au médium « papier »¹⁴⁴. C'est par exemple vrai en droit québécois¹⁴⁵, américain¹⁴⁶ ainsi qu'en droit international¹⁴⁷. Seul le droit français présente quelques signes de conservatisme¹⁴⁸. La raison de cette meilleure adaptation de la signature aux nouvelles technologies par rapport à l'écrit, est que

¹⁴³ Civ. 17 nov. 1993, Rev. arb. 1995.78, note Philippe Fouchard.

¹⁴⁴ Voir à ce sujet : Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 59 et suiv.

¹⁴⁵ Art. 2827 C.c.Q. : « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. » Cette définition suffisamment large permet sans aucun doute la validité des signatures électroniques ou numériques dès lors que les deux fonctions essentielles ont été réunies. Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 19 et suiv.

¹⁴⁶ L'article 1-201 (39) U.C.C. prévoit que « *“signed” includes any symbol executed or adopted by a party with present intention to authenticate a writing.* » Ce à quoi le commentaire de cet article ajoute : « *The inclusion of authentication in the definition of “signed” is to make clear that as the term is used in this Act a complete signature is not necessary. Authentication may be printed, stamped or written: it may be by initials or by thumbprint.* »

¹⁴⁷ Par exemple, citons le récent projet de la CNUDCI de juillet 1998, « Draft Uniform Rules on Electronic Signatures », à l'adresse suivante : [http://www.un.or.at/uncitral/english/sessions/wg_ec/wp-76.htm#TOP]. Également, le « General Usage for International Digitally Ensured Commerce » (GUIDEC) orchestré par la C.C.I., disponible à l'adresse suivante : [<http://www.iccwbo.org/guidec2.htm>].

¹⁴⁸ La jurisprudence relative à l'article 1326 C.c.fr. est assez significative à cet égard.

ses fondements, soit l'authentification et la manifestation du consentement, existaient déjà avant que le papier ne soit le mode traditionnel de commercer¹⁴⁹.

3. L'état du droit quant à la convention d'arbitrage par référence

Les clauses par référence sont celles où la clause compromissoire est simplement mentionnée sans être expressément nommée dans le corps du contrat. Cette pratique courante est notamment utilisée dans le cadre de relations suivies entre initiés, et où la seule mention à une institution en particulier est faite.

Ainsi, même si l'on reconnaît, en certaines circonstances, la validité des clauses d'arbitrage par référence¹⁵⁰, il nous a semblé plus sûr de proposer aux titulaires du sceau de formaliser davantage ladite clause directement dans le contrat entre les parties. Ainsi, plutôt que de permettre à des commerçants, et non à des consommateurs¹⁵¹, de faire référence au Cybertribunal, il leur est loisible d'incorporer une clause de deux façons : soit ils incorporent la clause compromissoire qui est inscrite sur le site du Cybertribunal¹⁵², soit ils apposent le sceau Cybertribunal sur leur site « web »¹⁵³. Le Cybertribunal s'est penché sur la question des clauses d'arbitrage par référence en ce qui concerne le sceau du Cybertribunal. Ce dernier, en effet, fait un lien avec le règlement

¹⁴⁹ P. TRUDEL, G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, *op. cit.*, note 144, p. 60.

¹⁵⁰ Claude RAYMOND, « La clause arbitrale par référence », (1984) *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international* 85; Bruno OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990.551.

¹⁵¹ Ce n'est pas vraiment possible, conformément à ce que nous avons précédemment développé, qu'un consommateur puisse être engagé devant une cour arbitrale par une clause compromissoire. Plus précisément, car il existe des exceptions, notamment en droit américain, ce n'est pas l'option que nous avons choisie devant le Cybertribunal, à moins que ce ne soit le demandeur qui demande l'exécution de la clause (*supra*, I, C, 4). Par contre, le compromis demeure envisageable.

¹⁵² Voir : [<http://www.cybertribunal.org/html/clauses.asp>] : « Tout différend ou litige qui viendrait à se produire à la suite ou à l'occasion du présent contrat sera tranché définitivement par voie d'arbitrage, sous l'égide du Cybertribunal, conformément à la procédure d'arbitrage du Cybertribunal. La langue de la procédure d'arbitrage sera [...]. La décision rendue est finale et sans appel. »

¹⁵³ [<http://www.cybertribunal.org/html/sceau.asp>].

des différends proprement dit en obligeant les cybermarchands, titulaires dudit sceau, d'insérer une clause dans tout contrat qu'ils signent avec leurs clients. Dans les deux cas, il y a incorporation expresse de la clause d'arbitrage.

Ainsi, dans l'hypothèse où deux parties inséreraient une référence aux clauses compromissoires du Cybertribunal¹⁵⁴, sans mentionner directement dans le contrat la clause en question, comme cela est pourtant conseillé, il est généralement établi, en dépit de la nébulosité de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹⁵⁵, que la clause par référence est néanmoins valide dès lors qu'elle s'insère « dans des rapports professionnels où l'accord compromissoire correspond aux attentes légitimes des parties »¹⁵⁶.

Pourtant, si la clause par référence est, en effet, une solution possible, il nous a semblé important d'agir avec plus d'assurance et d'exprimer clairement l'engagement auquel les parties se soumettent. D'autant que cette sécurité, par voie d'incorporation, n'est pas difficile à obtenir.

4. L'obligation de l'original

L'original, enfin, pose un problème majeur dès lors qu'on le confronte au commerce électronique en général. En effet, cette exigence qui apparaît au gré de certains textes, soit nationaux¹⁵⁷, soit internationaux¹⁵⁸, constitue en fait un complément de l'écrit

154 Il existe en effet, outre une clause de médiation, une clause d'arbitrage et une autre, mixte, qui reprend les deux clauses précédentes.

155 L'article 7 (2) prévoit en effet : « La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat. » Relativement à cet article, Philippe Fouchard parle d'une « mystérieuse » clause difficile à interpréter : Philippe FOUCHARD, (1987) *Clunet* 884.

156 B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 149, 559.

157 On peut citer, par exemple, l'article 1499 Nouv. C. pr. civ. (France) qui dispose : « L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité. »

158 La Convention de New York, précitée, note 11, art. 4 : « 1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande : (a) l'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de

et du papier que nous avons déjà évoqués et il est impossible de transposer cette condition aux environnements électroniques¹⁵⁹. Les approches qui sont donc susceptibles d'être suivies sont doubles. D'abord, l'approche historique, identique à celle perçue relativement à l'écrit. Selon celle-ci, si la fonction de l'original se comprenait bien autrefois, conformément aux standards de sécurité en vigueur et conformément à l'utilisation du papier, elle a perdu de sa pertinence dès lors que l'on souhaite la transposer à la situation d'aujourd'hui. Ensuite, une vision « fonctionnaliste » est également transposable à l'original. Selon cette approche, on tente d'identifier les fonctions que l'original apportait au papier et on vérifie après si la technique permet au document électronique de remplir les mêmes fonctions. Cette approche fut notamment choisie dans la Loi-modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique à son article 8 portant spécifiquement sur ce sujet¹⁶⁰. À cet égard, la largesse des exigences prévues pour satisfaire la condition d'original selon la Loi-modèle nous permet de croire que

cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité; (b) l'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité. »

159 Isabelle de LAMBERTERIE, « La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C.E.E. », (1992) 44 *R.I.D.C.* 641, 682 : « La notion d'original et de copie ne peut s'appliquer aux nouvelles technologies de l'information. Qu'est-ce que l'original d'un enregistrement informatique? » Voir aussi : Éric E. CAPRIOLI, « Contribution à la définition d'un régime juridique pour la conservation des documents : du papier au message électronique », (1993) 3 *Droit de l'informatique et des télécoms* 5, 7.

160 Art. 8 de la *Loi-modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique*, précitée, note 14 : « (1) *Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if: (a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and (b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented. (2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being presented or retained in its original form. (3) For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1) : (a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and (b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances. (4) The provisions of this article do not apply to the following: [...]* » : [http://eclips.osc.edu/eclips/undocs/model_law.html].

la plupart des documents électroniques remplissent les conditions de substitution¹⁶¹.

Quoi qu'il en soit, un certain bon sens nous permet de croire que cette exigence formelle, tout comme les autres préalablement citées, ne peuvent constituer un obstacle à un règlement des différends comparable à celui préconisé par le Cybertribunal.

B. Quelques choix procéduraux du Cybertribunal

De plus en plus, que ce soit dans les textes internationaux¹⁶² ou nationaux¹⁶³, il est clairement exprimé que l'arbitre est maître du litige dont il est saisi, conformément au principe communément dénommé « Kompetenz – Kompetenz »¹⁶⁴. Ceci vaut principalement pour la procédure. Concernant le Cybertribunal, l'élaboration d'une procédure spécifique¹⁶⁵ laisse apparaître plusieurs difficultés. En premier lieu, il importait de savoir quelle était l'étendue du rôle de l'arbitre. De façon plus précise, peut-il aller au-delà du rôle que les parties lui ont confié (1)? En deuxième lieu, comment traiter la question de la loi du for, qui apparaît souvent dans le domaine de l'arbitrage, alors que justement, le cyberspace, tout comme le Cybertribunal, ne sont pas géographiquement localisés (2)? En troisième lieu, quels sont les principes fondamentaux que le Cybertribunal se doit de respecter pour que les sentences rendues sous son égide soient inattaquables (3)? Enfin, il importe de traiter expressément de la question de l'appel d'une sentence arbitrale devant une cour nationale (4). Ainsi, au-delà du contrôle possible sur l'arbitrabilité,

¹⁶¹ Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998, p. 153 et 154.

¹⁶² Voir, par exemple, la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* à son article 16 (1) : « Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. »

¹⁶³ En droit québécois, il s'agit de l'article 943 C.p.c. : « Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence. »

¹⁶⁴ Voir notamment : Pierre MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », (1989) 217 *Recueil des cours de La Haye* 339.

¹⁶⁵ [<http://www.cybertribunal.org/html/procedure.asp>].

une cour nationale peut intervenir sur une sentence arbitrale lorsque l'un des principes présentés plus haut est bafoué¹⁶⁶, et ce, même si une renonciation à l'appel est insérée dans la clause d'arbitrage.

1. L'étendue du mandat dévolu à l'arbitre du Cybertribunal

Plusieurs questions se posent quant à l'étendue du rôle de l'arbitre dans le cadre d'une procédure devant le Cybertribunal.

La première concerne la capacité de l'arbitre d'invoquer, en l'absence de mandat spécifique des parties, un argument qui n'a pas été présenté par les parties elles-mêmes. Dans la procédure du Cybertribunal et avant de déclarer les raisons de ce choix, nous avons pris le parti de dire que cela était possible. L'intervention de l'arbitre ou du Secrétariat peut, dans certains cas, se manifester, par exemple, dans le rappel des délais avant la forclusion de leurs actions (demande, défense, etc.)¹⁶⁷, dans la capacité de poser des questions aux parties afin d'avoir un complément d'informations, et donc, dans l'apport d'arguments non développés par les parties. En effet, l'une des spécificités des différends cybernétiques est de mettre en relation des parties qui s'opposent dans des litiges qui sont souvent d'une moindre importance financière. Ainsi, la procédure a été conçue pour octroyer un rôle actif aux arbitres dans la mesure où les parties,

¹⁶⁶ Matthieu DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Joly, 1990, p. 383 : « ces six cas d'ouverture à un recours en annulation correspondent à la préoccupation de sanctionner les vices les plus graves qui peuvent entacher la sentence arbitrale, en dépit de la possibilité, offerte aux parties, de renoncer à l'appel de la sentence. » Ces six cas sont en effet relatifs à 1° la forme ou l'expiration de la convention d'arbitrage (traité dans II, A); 2° la composition du tribunal (nous ne traitons pas cette hypothèse dans la mesure où elle ne présente pas de spécificités propres au cyberspace); 3° l'étendue de sa mission (voir II, B, 1); 4° le respect du contradictoire (voir II, B, 3); 5° certaines exigences de forme de la sentence (les exigences sont les mêmes que pour la convention d'arbitrage vue dans II, A); 6° la violation d'une règle d'ordre public (principe plus général traité dans II, B, 3).

¹⁶⁷ Cette fonctionnalité a été introduite dans la procédure d'arbitrage du Cybertribunal. En substance, cela constitue une icône qui apparaît sur le site de l'affaire en cours des parties et qui indique combien de jours chacune des parties dispose pour produire tel document. Cela constitue une des formes d'assistance possible, qui peut même être automatisée, que le Secrétariat propose aux protagonistes.

souvent non représentées, ne sont pas toujours au fait du droit et des cultures applicables dans le cyberspace. Ainsi,

*[c]et élément central constitue, nous semble-t-il, une source d'indétermination, d'imprécision, qui oblige à revisiter la portée traditionnellement autoritaire et formaliste du juridique. [...] Ainsi, sur la base de ce que prétendent les processualistes, Jacques Lenoble en tête, il est possible de prétendre que les procédures d'arbitrage se doivent de correspondre à un élément dynamique plutôt que statique.*¹⁶⁸

Or, cette dynamique nécessite un moteur, un chef d'orchestre, qui se doit d'être l'arbitre. Sur le plan juridique, le discours classique sur cette question semble pourtant montrer une certaine réticence à cette approche « proactive ». En effet, le fait que l'arbitre s'octroie un droit de support auprès d'une partie en litige risque d'être perçu comme un manquement à son obligation de partialité. Pourtant, il s'agit d'une hypothèse de rectification face à l'éventualité d'un déséquilibre entre les parties, l'une, un consommateur par exemple, pouvant être peu habituée à un processus de règlement des différends. Sans remettre en cause l'existence de nombreux éléments juridictionnels dans la procédure d'arbitrage devant le Cybertribunal, une souplesse imposée par les caractéristiques du cyberspace nous incite à favoriser ce rôle actif du « cyberarbitre ». Le lien entre les parties, dont l'absence de représentation a été favorisée ou au moins permise, et l'arbitre constitue la relation de base de chaque affaire d'arbitrage devant le Cybertribunal.

2. L'inconstance reliée à l'absence de loi du for devant le Cybertribunal

Justement, afin de faciliter les parties à agir elles-mêmes dans le processus d'arbitrage, le Cybertribunal a mis en oeuvre dans la procédure ce qui est appelé « le site de l'affaire en cours »¹⁶⁹. En

¹⁶⁸ Voir à ce sujet : V. GAUTRAIS, K. BENYEKHLEF et P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 6 (les notes de bas de page ont été omises).

¹⁶⁹ **Art. 15 Site de l'affaire en cours :**

(1) Le demandeur choisit son code secret pour accéder au site de l'affaire en cours au moment de remplir sa demande d'arbitrage. Dès que le Secrétariat accepte la demande d'arbitrage, conformément à l'article 4(3), il invite le défendeur à choisir son code secret lui permettant d'avoir accès au site de l'affaire en cours.

effet, il est apparu fondamental, afin de garder un lien avec la réalité cybernétique qui nous intéresse, que l'arbitre ne soit pas situé ailleurs que dans le cyberspace lui-même. Cette exigence ne s'imposait pas, certains textes faisant souvent référence à la loi du lieu où l'arbitrage est exercé¹⁷⁰. Ainsi, le droit de l'instance arbitrale est celui du lieu de sa localisation. Ce principe, on le devine clairement, pose problème et l'on est en mesure de se demander où l'arbitrage se situe. Face à cela, il est possible d'identifier différentes solutions.

En premier lieu, la position classique de lieu ou de siège, « qui présuppose un espace, des distances, des territoires, des frontières, perd son sens. Il n'y a pas de lieu géographique d'un arbitrage en ligne »¹⁷¹. La position traditionnelle¹⁷² semble donc, en

(2) *Tous les documents, rapports, pièces, renseignements et informations qu'une partie désire présenter en preuve doivent être déposés dans le site de l'affaire en cours.*

(3) *Lors d'un tel dépôt, le Secrétariat avise, par courrier électronique, le tribunal arbitral et les parties.*

(4) *Toutes les données versées dans le site de l'affaire en cours sont confidentielles et ne peuvent être consultées que par le Secrétariat, le tribunal arbitral et les parties ou leurs représentants dûment autorisés.*

¹⁷⁰ On peut citer, par exemple, l'article 36 de la Loi-modèle de la CNUDCI qui élabore des motifs pour le refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence dès lors qu'une partie présente en preuve (1.i) « [q]u'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ». Dans la même veine, l'article 5 (1) (a) de la Convention de New York, précitée, note 11, prévoit que : « *The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made* ». Mais la loi du for intervient également lorsqu'il s'agit de déterminer, si la volonté des parties ne s'est pas exprimée, la loi applicable au fond. Néanmoins, dans bien des cas, on laisse dans ce cas la liberté à l'arbitre d'apprécier la pertinence du droit de rattachement (comme dans l'article 28 (2) de la Loi-modèle de la CNUDCI).

¹⁷¹ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aube de la mondialisation : réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », (1998) 3 *Rev. arb.* 517, 532.

¹⁷² William W. PARK, « The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration », (1983) 32 *I.C.L.Q.* 21; William W. PARK, « Judicial Controls in the Arbitrals Process », (1989) 5 *Arbitration Int'l* 230; W.W. PARK, « Private Adjudicators and the Public Interest : the Expanding Scope of International Arbitration », 12 *Brooklyn J. Int'l L.* 629 (1986).

dépit d'un support qui, il est vrai, s'appliquait à des situations autres que cybernétiques, est difficile à suivre.

En deuxième lieu, à l'instar d'un courant de pensée qui n'est pas très éloigné d'une perception anationale de la *lex mercatoria*, et éventuellement de la *lex electronica*, il serait possible de prétendre à une certaine délocalisation du lieu de l'arbitrage¹⁷³. Même si les avantages sont en effet nombreux pour justifier que la loi du for ne soit pas nationalement identifiée¹⁷⁴, qu'est-ce que cela voudrait-il signifier? Un siège de l'arbitrage dans le cyberspace, une position difficile à tenir également. Non, cette délocalisation implique que la détermination du droit applicable doit se faire d'une autre manière.

Il apparaît donc que le siège de l'arbitrage « tend de plus en plus à devenir une fiction, sans lien matériel nécessaire avec le territoire où s'accomplissent les opérations arbitrales. [...] Si l'on admet que le siège peut être fictif, la problématique de la délocalisation est dépassée, car, bien qu'indirectement, la délocalisation est réalisée »¹⁷⁵.

Non que les fictions juridiques ne soient pas souvent utiles, nous ne voyons pas en l'occurrence la pertinence d'un tel critère pour déterminer le droit applicable. En effet, en premier lieu, la référence à la loi du for paraît quelque peu « arbitraire », les parties, surtout si elles ne sont pas des spécialistes, ne faisant pas forcément attention à l'importance du lieu d'arbitrage et à ses implications, d'autant plus que le choix du lieu est généralement déterminé en fonction de considérations pratiques d'accessibilité pour les parties. En deuxième lieu, le fait de faire référence à un « site de l'affaire en cours », sans référence à un système national de droit en particulier, permet de mettre de l'avant les usages et normes informelles qui ne manquent pas d'être de plus en plus

¹⁷³ Références citées par J. R. SEVER, *loc. cit.*, note 87, 1689 : Jan PAULSSON, « Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin », (1981) 30 *I.C.L.Q.* 358; Jan PAULSSON, « Delocalisation of International Commercial Arbitration : When and Why it Matters », 32 (1983) *I.C.L.Q.* 53; F. DE LY, « The Place of Arbitrator in the Conflict of Law of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning », 12 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 48 (1991).

¹⁷⁴ Voir par exemple : M. DE BOISSÉSON, *op. cit.*, note 166, p. 581 et 582.

¹⁷⁵ G. KAUFMANN-KOHLER, *loc. cit.*, note 171, 534 et 535.

souvent cités en commerce électronique¹⁷⁶. En troisième lieu, et sans que ce soit un argument strictement juridique, la délocalisation offerte par le Cybertribunal permet de déterminer un « lieu », un espace neutre et véritablement non relié à l'une ou l'autre des parties.

Quoi qu'il en soit, les textes de lois précités ne font référence à la loi du lieu d'arbitrage que de façon subsidiaire et même, dans certains cas, concernant la détermination des règles de procédures, la Loi-modèle indique à l'arbitre de considérer la loi qui paraît la plus « appropriée »¹⁷⁷. Ceci amène certains auteurs à déclarer que ce texte constitue « a victory for the theory of delocalization »¹⁷⁸, à tout le moins, à l'amointrissement de la thèse classique¹⁷⁹.

Des propositions peuvent alors être faites : soit le droit de rattachement peut être déterminé par les parties, soit l'arbitre détermine lui-même quelle est la loi applicable en se conformant aux circonstances de l'espèce¹⁸⁰, soit en se conformant au droit de son pays. L'arbitre étant nommé par les parties, il paraît logique de prétendre que les parties aient voulu également le droit de rattachement de celui-ci, qui plus est, le droit qu'il connaît le mieux. C'est, par exemple, l'esprit qui se dégage dans la nouvelle loi anglaise de 1996 qui, dans son article 3, établit le concept d'un droit du siège qui n'est pas directement relié au for, et qui

¹⁷⁶ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYKHEF, *loc. cit.*, note 117, 547. Ce qui ne veut pas dire que l'affaire doit être détachée de tout droit national.

¹⁷⁷ Art. 19 de la Loi-modèle de la CNUDCI. Notons que cette option a notamment été choisie par certains droits nationaux, comme le droit belge (cité dans J. R. SEVER, *loc. cit.*, note 86, 1690) ou le droit français, mais seulement en ce qui concerne l'arbitrage international.

¹⁷⁸ C. LECUYER-THIEFFRY and P. THIEFFRY, « Negotiating Settlement of Disputes Provisions in International Business Contracts: Recent Developments in Arbitration and Other Processes », 45 *Bus. Law.* 577, 602 (1990).

¹⁷⁹ P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 14, 653, 667 : « ceci implique non pas de supprimer toute localisation, mais de réduire fortement le rôle du siège de l'arbitrage dans le déroulement et la sanction de celui-ci, ou, plus exactement, de le concevoir autrement, comme une facilité, comme un fait, et non comme un enracinement, une contrainte. »

¹⁸⁰ Ce qui apparaît clairement à l'article 17 de la procédure du Cybertribunal : « (1) Les parties peuvent déterminer les règles du droit national que le tribunal arbitral appliquera au fond du conflit. À défaut d'une telle détermination, le tribunal d'arbitrage choisit le droit national avec lequel le conflit possède les liens les plus étroits. »

est déterminé par divers facteurs¹⁸¹. Cette perception fait référence à ce que l'on appelle le « floating arbitration » ou « floating award »¹⁸².

3. Le respect des principes fondamentaux par le Cybertribunal

Il apparaît que la qualité du traitement apporté par la cour d'arbitrage nommée par les parties importe grandement pour la recevabilité par les juges nationaux de la sentence arbitrale. Ainsi, par exemple, le *Magnuson-Moss Warranty Act*¹⁸³, loi de protection du consommateur quant aux opérations de crédit, prévoit que la procédure d'arbitrage est licite dès lors qu'elle remplit les standards de *fairness* requis dans la procédure, la nomination des arbitres, etc.

Le premier principe fondamental qu'il importe de noter est celui du contradictoire. Celui-ci apparaît à plusieurs endroits dans la procédure d'arbitrage devant le Cybertribunal. D'une manière générale, tout d'abord, il existe une affirmation du principe dans le préambule¹⁸⁴. De façon plus spécifique, ensuite, les dispositions relatives à la demande ou à la défense répètent l'importance et l'omniprésence de ce principe fondamental¹⁸⁵.

Un autre principe que l'on peut également citer, en dépit de sa généralité, est celui du respect de l'ordre public. Ce principe doit être distingué de celui que nous avons déjà vu concernant l'arbitrabilité, l'analyse ne portant pas cette fois sur la nature du différend mais sur le déroulement de la procédure. Mais si ce

181 [http://ra.iry.uit.no/trade_law/doc/England.Arbitration.Act.1996.html] :
« *In this Part, "the seat of the arbitration" means the juridical seat of the arbitration designated – (a) by the parties to the arbitration agreement, or (b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard or (c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties, or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties' agreement and all the relevant circumstances.* »

182 Michael E. SCHNEIDER et Christopher KUNER, « Dispute Resolution in International Electronic Commerce », (1997) *J. Int'l Arb.* 5, 15.

183 15 U.S.C. § 2301 (1975).

184 Préambule, al. 2 : « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chacune d'elle doit avoir la possibilité de faire valoir ses droits. »

185 Catherine KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 1995.381; voir aussi : Paris, 24 mars 1995, *Rev. arb.* 1996.259, note Jean-Marc Talau.

principe général doit être effectivement respecté, il doit détenir par contre, pour être sanctionné, un caractère manifeste : « c'est une sanction trop grave pour que la violation incriminée soit incertaine »¹⁸⁶. On pense alors à un manque d'indépendance de l'arbitre, à une atteinte de confidentialité manifeste, au rejet d'une preuve, etc.¹⁸⁷

4. La procédure d'appel d'une sentence du Cybertribunal

Selon l'article 23 (4) de la procédure du Cybertribunal, « [l]a sentence prononcée par l'arbitre est finale et sans appel » et, pour plus d'assurance, la mention de cette caractéristique est inscrite dans la clause compromissoire proposée par le Cybertribunal¹⁸⁸. Même si la nécessité d'une mention expresse est jugée comme étant « archaïque »¹⁸⁹, certains droits, comme le droit anglais par exemple, oblige dans certains cas à cette exigence¹⁹⁰. Pour plus de sécurité, nous avons donc préféré faire preuve d'une diligence particulière.

Cela ne veut pas dire qu'aucun recours ne peut être intenté contre la sentence, nous l'avons vu, par exemple, relativement à la question de l'arbitrabilité et peut être plus généralement de l'ordre public. Ainsi, il faut mentionner une doctrine qui, comme son nom l'indique, est d'origine anglo-saxonne : celle du « second look doctrine »¹⁹¹. Ce principe a également été réaffirmé dans l'affaire *Mitsubishi*¹⁹², une sentence pouvant être remise en cause dès lors qu'une violation flagrante est constatée concernant la

¹⁸⁶ Paris, 9 juin et 20 déc. 1977, Rev. arb. 1978.476.

¹⁸⁷ Pour consulter quelques illustrations, voir : M. DE BOISSÉSON, *op. cit.*, note 166, p. 380-383.

¹⁸⁸ Voir : [<http://www.cybertribunal.org/html/clauses.asp>].

¹⁸⁹ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 102, p. 930. Concernant un arrêt de la Cour de cassation, Civ. 1^{er} juil. 1992, (1995) Rev. arb. 63, l'auteur d'une note, Charles Jarrosson, critique sévèrement la décision du juge qui permet l'appel dès lors que la volonté de renonciation des parties n'est pas expresse.

¹⁹⁰ S. BOYD et V. V. VEEDER, *loc. cit.*, note 52, 252-256.

¹⁹¹ K. - M. CURTIN, *loc. cit.*, note 7, 5.

¹⁹² *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985). Voir notamment, sur cette décision maintes fois reprises : J.A. PIETROWSKI, « Comment, Enforcing International Commercial Arbitration Agreements: Post Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth », 36 *Am. Univ. L. Rev.* 57 (1986).

question de l'arbitrabilité, la formation de la convention d'arbitrage ou l'un des principes précités.

*

* *

Les nouveautés factuelles, qu'elles soient technologiques ou non, obligent souvent à être confrontées au droit existant. Et c'est ce que nous avons tenté de faire dans le cadre de cet exposé en ce qui concerne le cyberarbitrage. Le résultat nous semble donc la possibilité de développer ce processus, et ce, malgré les empêchements qui peuvent être présents. Néanmoins, nul concept ne constitue une fin de non recevoir à la cyberjustice, les procédures justement porteuses de ces impératifs, généralement d'origine formelle, se devant d'être, conformément à l'expression de Bertrand De Jouvenel, reprise par le juge Pigeon, « la servante et non la maîtresse de la justice »¹⁹³. Ceci est vrai dans certains domaines du droit quant à la question de l'arbitrabilité; cela est vrai également relativement à certaines exigences formelles étudiées dans la seconde partie.

Cela ne veut pas dire que le cyberarbitrage soit identique à l'arbitrage et que la nouveauté cybernétique ne nécessite pas une certaine évolution en raison des différences quant à l'enjeu des litiges, le type de différends, les distinctions communicationnelles, etc.¹⁹⁴. Simplement, les principes généraux applicables à l'arbitrage nous apparaissent suffisamment souples pour négocier avec succès le virage technologique.

¹⁹³ *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147, 156.

¹⁹⁴ V. GAUTRAIS, K. BENYEKHFLEF et P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 6.