

# REFLEXIONS ET PERSPECTIVES AUTOUR DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET DU COMMERCE ELECTRONIQUE: VERS UNE NOUVELLE GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX?

*Eric A Caprioli\* and Ilène Choukri\*\**

---

*L'équilibre d'un ordre économique et social est incidemment tributaire de la qualité de la justice qui le soutient.*

*Cette réalité est certes vraie à l'échelle nationale, mais tout autant à l'échelle universelle et particulièrement lorsque le développement des technologies offre l'ubiquité à chaque acteur et à chaque objet des relations socio-économiques. Voltaire déjà n'exhortait-il pas le Prince à une nécessaire uniformité judiciaire comme facteur d'équité et de bonne gouvernance?<sup>1</sup>*

*Que les lois chez vous soient simples, uniformes, aisés à entendre de tout le monde. Que ce qui est vrai et juste dans une de vos villes ne soit pas faux et injuste dans une autre: cette contradiction anarchique est intolérable.*

*Le progrès questionne nécessairement le système juridique et judiciaire pré-établi. Force est de constater qu'à l'heure où l'universalisme des techniques unifie le monde de part son affranchissement des barrières étatiques, le système juridique et judiciaire international reste constitué d'un patchwork très imparfaitement harmonisé.*

---

Sauf à l'échelle de cadre régionaux au niveau d'intégration abouti, tel qu'au sein de l'Union Européenne, le contentieux du commerce électronique reste encore captif de la résistance des Etats, jaloux de leur compétence juridictionnelle et de

---

\* Avocat à la Cour de Paris, Docteur en droit.

\*\* Avocat au Barreau de Nice, Docteur en droit.

1 André Versaille *Fragments des instructions pour le prince royal de \*\*\**, 1752, Autodictionnaire Voltaire (Ed Omnibus, 2013) p 289.

l'applicabilité de leur droit national, par l'effet de règles de conflits de lois parfois complexes et aux résultats singuliers.

Il n'en demeure pas moins que cette résistance des Etats ne sera, à un terme proche, ni satisfaisante, ni possiblement acceptable. La persistance du recours à mauvais escient au «forum shopping» par les opérateurs économiques les plus stratèges, met les Etats face aux limites de leur sacro-sainte souveraineté et face leur impérieuse responsabilité en tant que régulateurs de l'ordre international.

Ce débat n'a rien d'inédit et ravive toute la dialectique entre la notion de progrès et le droit. M. Alain Pellet relevait justement qu'«il n'est pas facile d'être «progressiste» lorsque l'on est juriste»<sup>2</sup>. Et pourtant, Virally soulignait, non moins justement, qu'«on n'échappe pas au droit»<sup>3</sup>, dans le sens où le droit n'est pas seulement à la remorque de la technique; il la soutient, la sert et en assure le plein effet utile pour la communauté des hommes concernés par elle.

Mais alors, de quel droit parle-t-on? En matière de commerce électronique, le simple renvoi aux règles de droit international privé ne suffit pas, d'ores et déjà. Yves Pouillet relève ainsi que «si les règles de droit international privé permettent encore aux tribunaux d'affirmer la prééminence des lois nationales, les solutions prônées peuvent être combattues par des juridictions étrangères et en toute hypothèse, la décision se heurtera à l'impossibilité d'en assurer l'application dans le cadre d'un réseau sans frontières»<sup>4</sup>.

Ceci étant, la dialectique plus ou moins heureuse qui se joue entre les droits nationaux peu ou prou harmonisés, d'une part, et la *lex electronica* ou *lex numerica*<sup>5</sup>, d'autre part, n'est pas encore épuisée. Pourtant, force sera de constater l'irrésistible attraction de la *lex numerica* face au pragmatisme des échanges

---

2 Et l'auteur d'ajouter «(...)Et l'on comprend aisément que le juriste doit faire violence à l'homme de progrès pour défendre un concept dont le moins que l'on puisse dire est qu'il ne traduit pas une vision vigoureusement «sociale» de la société internationale alors qu'il sert admirablement les intérêts ploutocratiques des pouvoirs économiques privés», Alain Pellet, *Lex mercatoria*, «Tiers ordre juridique»? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn* (Litec, 2000) p 53.

3 Michel Virally, «Dès qu'une pratique tend à se prolonger, à s'imiter elle-même, à se rationaliser, elle donne naissance à du droit». "La notion de Programme – un instrument de la coopération technique multilatérale"; Michel Virally, *Annuaire français de droit international*, Année 1968, Volume 14, Numéro 14, pp 530-553.

4 Y Pouillet «Les aspects juridiques des systèmes d'information» *Lex Electronica*, vol 10, n 3, 2006: <[www.lex-electronica.org/articles/v10-3/pouillet.htm](http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/pouillet.htm)>.

5 Eric A Caprioli and R Sorieul "Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales", *Clunet*, vol 2000, 2000, 323-393.

économiques immatériels(I).

Le développement de l'arbitrage, y compris au travers du cyber-arbitrage<sup>6</sup>, et l'apparition, envers et contre tout, de principes généraux du droit dédiés au commerce électronique international, permettent d'évoquer, voire affirmer, la réalité d'une nouvelle gouvernance juridique et judiciaire en la matière (II).

## ***I REFLEXION AUTOUR DE L'INTERNATIONALITE ET DE L'ARBITRABILITE DES LITIGES EN MATIERE DE COMMERCE ELECTRONIQUE***

Le développement inéluctable du contentieux des activités immatérielles et en premier lieu du commerce électronique relance la sempiternelle problématique de la compétence territoriale et matérielle des juridictions. Les interrogations autour de l'internationalité par essence du contrat électronique avaient posé des défis majeurs aux défenseurs de l'application des règles classiques de droit international privé<sup>7</sup>.

S'il est vrai que le droit international privé ne se résume pas à un simple conflit de territorialisme<sup>8</sup>, il est tout aussi vrai que le périmètre géographique du commerce électronique interroge par son caractère variable et ajustable, à la fois dans l'espace et dans le temps.

Il reste donc encore permis de s'interroger: le juge national n'est-il pas «condamné» à défendre sa compétence territoriale en usant de critères discutables et fluctuant d'une tendance à l'autre<sup>9</sup>? Le droit matériel national ne manque-t-il pas

6 Sur le sujet, J Huet and S Valmachino "Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international" Gazette du Palais, 09/01/2000, p 6-18; Eric A Caprioli "Arbitrage et médiation dans le Commerce électronique" (L'expérience du "CyberTribunal") Revue de l'arbitrage n°2, 1999, p 225-248.

7 Voir Olivier Cachard "La régulation internationale du marché électronique", above n 2 à la p 124. et Sylvette Guillemard "Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial", Cowansville; Yvon Blais, 2006, p 289. La synthèse devrait être trouvé dans l'analyse de Marc Fallon et Johan Meeusen: «la preuve de l'internationalité du [contrat électronique] ne devrait pas s'avérer problématique, dès lors qu'il suffira d'établir tout élément indiquant que la situation ne se cantonne pas à l'intérieur d'un seul État». Voir Marc Fallon et Johan Meeusen "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé" (2002) 91 Rev crit DIP 435 à la p 439.

8 Olivier Cachard *La régulation internationale du marché électronique* (LGDJ, Paris, 2002) p 12.

9 Le critère de l'accessibilité en droit français, en matière de contrefaçon notamment, permet de supplanter les autres critères d'extranéité et d'aboutir à une compétence systématique des juridictions françaises: en matière de diffusion internet, dès l'instant où le site est accessible sur le territoire français, le préjudice allégué, ni virtuel, ni éventuel, subi sur ce territoire, peut donc être apprécié par le juge français, sans qu'il soit utile de rechercher s'il existe ou non un lien suffisant, substantiel ou significatif entre les faits allégués et le territoire français. (Cass Ire civ, 9 décembre 2003, n° 01-03.225, Roederer: JurisData n° 2003-021338; JCP G 2004, II, 10055, note

de hauteur lorsqu'il se réduit à l'expression surannée de la posture défensive de l'Etat à l'encontre de la face cachée du progrès?

L'émergence de la *lex mercatoria* avait également déjà mis en effervescence la réflexion doctrinale autour de la nécessité de trouver des règles matérielles universelles applicables aux litiges transnationaux: ces règles étaient vouées à passer d'une fonction de subsidiaire à celle de lignes directrices principales.

La rencontre entre la *lex mercatoria* et l'arbitrage international est censé décupler la force de propagation de ce nouveau *corpus* du droit.

L'arbitrage international constitue, en effet, un facilitateur, pour ne pas dire un générateur de règles internationales applicables en matière de commerce électronique.

L'arbitrage est l'émanation de la volonté des parties en litige et s'exprime dans une convention d'arbitrage ou une clause compromissoire<sup>10</sup>. Pour reprendre la définition de René David, la notion d'arbitrage renvoie, en général, à «une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes - l'arbitre ou les arbitres - lesquelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat»<sup>11</sup>. Les sentences rendues par les arbitres sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et s'imposent aux parties. Pour rappel, l'effectivité et l'efficacité des sentences arbitrales sont garanties par les dispositions de la Convention de New York de 1958, ratifiée par 146 Etats, permettant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>12</sup>.

L'arbitrage commercial international, quant à lui, est régi par des règles juridiques spécifiques. Les sources formelles sont composées de législations nationales et de conventions internationales sur l'arbitrage commercial international<sup>13</sup>. Les sources informelles et pratiques comprennent les règlements de

---

C Chabert; D 2004, p 276, obs C Manara; Comm com électr 2004, comm 40, note C Caron; JDI 2004, p 872, note A Huet; Rev crit DIP 2004, p 632, note O Cachard).

10 Voir Eric A Caprioli *Droit international de l'économie numérique* (Litec 2e éd, 2007) §.145 et s.

11 René David *L'arbitrage dans le commerce international* (Economica, 1982) p 9.

12 Voir <[www.cnucci.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.cnucci.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>.

13 Notamment: la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985; l'Acte Uniforme de l'Ohada relatif au droit de l'arbitrage du 11 mars 1999; la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, etc.

procédure des institutions permanentes d'arbitrage<sup>14</sup> ainsi que la jurisprudence arbitrale.

Le simple recours à l'arbitrage international constituerait, pour certain, une cristallisation du choix de la *lex mercatoria* et *a fortiori* de la *lex electronica*, comme droit applicable.

C'est ainsi que, suivant une approche alors audacieuse, Bertholt Goldman soulignait déjà qu'en cas de silence des parties devant une juridiction arbitrale, la *lex mercatoria* trouve pleinement à s'appliquer pour leurs litiges internationaux: «[...] le recours à l'arbitrage international est à lui seul considéré, de manière générale, comme un instrument d'internationalisation du contrat, et par là, de référence aux principes généraux du droit international [...]».<sup>15</sup>

Il est vrai que l'«enthousiasme» de Goldman n'a pas fait l'objet d'un consensus plein et entier et d'aucuns considèrent que cette analyse «paraît excessive car, pas plus qu'en matière interne, le recours à l'arbitrage n'écarte en matière internationale l'application de la règle étatique et [ne sont] pas convaincus que la clause compromissoire inscrite dans pareil contrat signifie autre chose que le choix de la technique arbitrale pour le traitement de litiges éventuels»<sup>16</sup>.

De même, concernant plus spécifiquement le commerce électronique, certains auteurs défendent la thèse selon laquelle la dématérialisation des échanges n'est que le simple résultat de la «disparition du support matériel»<sup>17</sup> qui n'impacte en rien sur la réalité du contenu et le régime juridique qui devrait lui être appliqué. La mise en œuvre d'une *lex electronica*, inspirée de la *lex mercatoria*, ne serait qu'un artifice qui ne saurait supplanter les règles académiques du droit international privé déjà établies<sup>18</sup>.

---

14 Entre autres, les règlements d'arbitrage de la CCI, de la London Court of International Arbitration (LCIA), de l'American arbitration association (AAA) et de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA.

15 B Goldman *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives* (JDI, 1979) p 475.

16 J-M Mousseron, J Raynard et R Fabre *Droit du commerce international* (Litec, 2000) p 68.

17 F MAS *La conclusion des contrats du commerce électronique* (LGDJ, Paris, 2005) p 20.

18 «While technology changes how parties communicate, it does not and can not change the fact that parties themselves exist in physical space-the key to any jurisdictional analysis. Cyberspace may be a "place", but it is inhabited by bits and bytes, not by people. It may change how people understand their boundaries, and thus affect their state of mind, but in the end it is a means of communication» American Bar Association - Global Cyberspace Jurisdiction Project - «Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: a Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet» London Meeting Draft (Juillet 2000) en ligne: <[www.abanet.org/dch/committee.cfm?com=CL320060](http://www.abanet.org/dch/committee.cfm?com=CL320060)>; Dans le même sens, Kaufmann-Kohler

Il s'agit là possiblement d'une vision restrictive de la richesse et de la complexité du commerce électronique.

Au-delà des tiraillements doctrinaux, la pratique et les réalités des échanges économiques électroniques ont permis l'émergence de règles communes à vocation internationale spécifiquement dédiées.

L'apparition de modes alternatifs de règlement des litiges adaptés aux contentieux internationaux des noms de domaine en est une des manifestations le plus remarquable. Même si elles ne constituent pas à proprement parler des procédures d'arbitrage<sup>19</sup>, les procédures UDRP offrent un creuset riche, dynamique et inédit pour le règlement des litiges internationaux en matière de noms de domaine.

Nier les signes d'une dynamique propre à un ordre juridique spécifique au commerce électronique cantonnerait à un manque de lucidité dommageable aussi bien pour les opérateurs économiques que pour les individus.

Cette émergence d'une *lex numerica* n'est certes pas parvenue à un seuil de consécration suffisant pour pouvoir atteindre le statut de référence absolue du contentieux international du commerce électronique.

Il est vrai qu'en l'état, ces règles présentent un profil de lignes générales éparées, préparatoires à un ordre juridique qui devra être plus cohérent et à consolider. De même, il est vrai qu'à l'instar de la *lex mercatoria*, la *lex numerica* ne peut toujours pas prétendre à une valeur équivalente aux règles de sources étatiques dans la mesure où elle ne s'impose qu'à ceux qui l'invoquent. De l'autre côté, l'arbitrage lui-même souffre du même écueil puisque sa sentence ne trouve son effectivité et sa force contraignante qu'à travers le recours aux ressorts de l'Etat, nonobstant la convention de New-York de 1958.

---

«Internet: Mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?» dans Katharina Boele-Woelki et Catherine Kessedjian, dir, *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* La Haye, Kluwer Law International, 1998 à la p 90. Le professeur Passa considère, quant à lui que: «On ne trouve plus guère aujourd'hui, heureusement, de partisans de l'application au contrat électronique international d'une loi du cyberspace, ou *lex electronica*, qui, en raison de la prétendue inexistence d'un droit suffisamment adapté à cet espace, constituerait une réglementation transnationale applicables aux activités en réseau, équivalent de la *lex mercatoria* pour des relations qui n'ont en réalité de virtuel que le nom; rien n'établit l'existence, ni la nécessité d'une telle «loi», «Le contrat électronique international: Conflit de lois et de juridictions» (2005) 5 *Comm com électr* Étude 17, introduction.

19 Christophe Caron "La procédure UDRP ne rime pas avec arbitrage!", *Communication Commerce électronique* 2005, *Comm n°38*.

Mais, le véritable enjeu ne réside pas dans l'existence d'une contrainte. Eric LOQUIN a utilement recentré la question en indiquant que «la *lex mercatoria* est un nouvel ordre juridique, qui se forme au sein d'une communauté internationale d'hommes d'affaires et de commerçants suffisamment homogène et solidaire pour susciter la création de ces normes et en assurer l'application.»<sup>20</sup>

L'enjeu est donc celui de la définition d'une gouvernance juridique et juridictionnelle à l'échelle des bouleversements de paradigme auxquels l'immatérialité des relations et des échanges contemporains expose.

L'arbitrage international offre des perspectives en la matière.<sup>21</sup>

Il est vrai que l'arbitre dispose d'une marge de manœuvre telle que l'applicabilité de la *lex mercatoria* et de la *lex electronica* n'est plus un sujet de dissertation doctrinale, par certains aspects anachroniques, mais bel et bien une alternative de droit matériel pleinement applicable<sup>22</sup>.

Les progrès en matière d'arbitrage international, et en particulier le développement de l'arbitrage international électronique, permettront certainement de donner une contenance jurisprudentielle utile au bloc de principes généraux du droit du commerce électronique qu'il est d'ores et déjà possible de recenser.

## **II L'EMERGENCE D'UN FAISCEAU DE PRINCIPES GENERAUX DU DROIT APPLICABLES AU COMMERCE ELECTRONIQUE INTERNATIONAL**

Les principes généraux du droit constituent un socle initial fondamental en matière de règlement des litiges du commerce électronique.

Ces règles ont vocation à nourrir aussi bien la lettre des législations nationales que l'inspiration des rédacteurs des contrats commerciaux électroniques ou encore la religion des arbitres internationaux.

Si les règles de conflit de lois permettent de désigner un droit substantiel applicable, la doctrine estime que les principes généraux applicables à l'arbitrage

---

20 E Loquin *L'amiable composition en droit comparé et international* (Litec, Paris, 1980) pp 308-309.

21 B Goldman "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives" JDI, 1979, p 475.

22 Ainsi, peut-on citer, entre autre, Cass Civ 1<sup>o</sup> ch, 9 octobre 1984, *Revue d'arbitrage*, 1985, p 431. Le tribunal arbitral «a décidé, compte tenu du caractère international du contrat, d'écarter toute législation spécifique et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale». De même, le règlement de la CCI indique, en son article 17, que: «Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera des règles de droit qu'il juge appropriées.»

peuvent être tirés de conventions internationales, même si elles ne sont pas entrées en vigueur<sup>23</sup>.

Ces principes généraux ne sont bien évidemment pas propres à l'arbitrage international. Ils prennent corps au sein d'outils de réglementation et de régulation internationaux spécifiquement dédiés, tels que les conventions de la CNUDCI qui ont pleinement vocation à être reprises par les juridictions classiques de même que par les modes les plus alternatifs de résolution des litiges, y compris les tribunaux arbitraux internationaux<sup>24</sup>.

Suivant d'autres formes, ils pénètrent les droits nationaux jusqu'à la consécration jurisprudentielle; ce qui assure leur effectivité.

Cette perméabilité du droit national aux principes généraux du droit constitue un gage de la cohérence de l'ordre juridique et judiciaire idoine au commerce électronique dont les acteurs privilégiés – commerçants ou même consommateurs – ne supporteront pas longtemps les phénomènes de forums shopping opportunistes. Ces derniers fragilisent l'idée de justice et freinent l'intérêt même de favoriser le progrès technologique.

Suivant une approche éthique (lutte contre la pédopornographie, entre autres) ou suivant une ligne plus économiquement utilitariste, les échanges commerciaux dématérialisés exigent que le droit qui lui est applicable s'«enhardisse» d'un arsenal de principes généraux du droit impérieux. Ceux-là seuls assureront d'un traitement équitable et égalitaire des activités du commerce électronique pour avoir une justice efficace et préservant les effets utiles du progrès.

Le droit international du commerce électronique n'est, certes, pas totalement abouti, mais il est parvenu à un seuil de maturité qui permet de dégager les principes généraux applicables au droit du commerce électronique.

Parmi la multitude de sources, les travaux de la CNUDCI, précurseurs et toujours fer de lance en la matière, ont été entamés à l'occasion de la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 11 novembre 1985 concernant

---

23 E Gaillard "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international" in *Etudes offertes à Pierre Bellet* (Litec 1991) p 203-217. Selon l'auteur «Par principes généraux du droit du commerce international, on entendra les règles qui ne sont pas tirées d'un seul ordre juridique étatique mais qui sont dégagées soit de la comparaison des droits nationaux, soit directement des sources internationales, telles que les conventions internationales, en vigueur ou non, ou la jurisprudence des tribunaux internationaux» p 204.

24 Voir Eric A Caprioli "Arbitrage international et commerce électronique" *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, avril 2012, n° 81, p 114 et s.

l'utilisation des traitements automatiques de l'information<sup>25</sup>. Ils sont le fruit de longues réflexions dans le domaine<sup>26</sup>. C'est ce qui a conduit les Nations Unies à adopter deux loi-types: la première sur le commerce électronique en 1996 et la seconde sur les signatures électroniques en 2001. En 2005, la CNUDCI a poursuivi son travail avec l'adoption d'une convention internationale sur l'utilisation des communications électroniques<sup>27</sup>.

Ces dispositifs sont autant de forces de propositions visant à trouver des bases d'harmonisation et de réglementation efficace du commerce électronique. Ceci étant, ils constituent également et surtout un socle utile pour l'apparition de principes généraux du droit du commerce électronique.

Parmi ces principes généraux du droit émergents, qui serviront de piliers au développement de règles internationales du commerce électronique, éclairant l'arbitrage en la matière, il convient d'en citer deux, particulièrement remarquables, de part leur apparente généralité, et de par leur parfaite acuité aux activités immatérielles: le principe de la non-discrimination et le principe de la neutralité technologique.

Ces deux principes posent les bases du développement d'un faisceau d'autres principes qui viendront éclairer utilement l'appréciation des arbitres et des autres juridictions ayant à connaître des litiges en matière de commerce électronique.

### ***A Le Principe Premier: Celui de la Non-Discrimination***

Ce principe constitue la pierre angulaire de l'édifice juridique et judiciaire applicable au commerce électronique. En effet, il présente l'avantage déterminant d'assurer la transposition naturelle du régime juridique consacré du commerce classique au commerce électronique.

Par l'uniformisation du droit auquel il contribue, le principe de non-discrimination résout à lui seul le défi redouté de la création d'un régime juridique *sui generis* applicable au commerce électronique.

---

25 Documents officiels de l'Assemblée générale, Quarantième session (1085), suppl n°17 (A/40/17), §360, texte reproduit dans l'Annuaire CNUDCI, Vol. XVI, 1985, p 45 s, n°360.

26 D'autres organisations internationales ont adopté des textes qui peuvent affecter indirectement le droit matériel de l'économie numérique: l'OMC (ex la déclaration sur le commerce électronique global de 1998, disponible sur le site <www.wto.org>), l'ONU et l'UIT (à la suite du Sommet Mondial sur la Société de l'Information à Tunis, Rapport sur l'inventaire des activités au Sommet Mondial sur la Société de l'Information, Document WSIS-05/TUNIS/DOC/5-F, disponible à l'adresse: <www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/5-fr.pdf>).

27 Sur ces trois instruments, v Eric A Caprioli *Droit international de l'économie numérique* (2e éd, Litec, 2007) p 79-80.

C'est d'ailleurs toute l'œuvre fort louable à laquelle s'applique la CNUDCI. Ainsi, l'article 5 de la loi type de 1996 sur le commerce électronique développe ce principe fondamental de non-discrimination en prévoyant que les documents ne devraient pas faire l'objet de discrimination, ni de déni de conséquence juridique du seul fait qu'ils se présentent sous une forme électronique. Ce principe s'est, ainsi, par la suite propagé dans certaines directives européennes (directive «signature électronique» du 13 décembre 1999<sup>28</sup> et directive «commerce électronique» du 8 juin 2000<sup>29</sup>) mais également au cœur même des législations nationales<sup>30</sup>.

Dans le même sens, l'article 3 de la loi type de 2001 sur les signatures électroniques reprend ce principe de non discrimination, au titre de l'égalité de traitement des techniques de signatures<sup>31</sup>. La convention de 2005, quant à elle, dispose, dans son article 8, que «la validité ou la force exécutoire d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique.»

D'autres points d'identification de ce principe de non-discrimination peuvent être recensés au gré des différentes dispositions issues des travaux de la CNUDCI<sup>32</sup>.

Au-delà de la lettre, l'esprit des textes de la CNUDCI est de préserver les actes du commerce électronique d'un régime juridique plus contraignant que les actes du commerce classique.

---

28 Directive n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE L13, du 19 janvier 2000, p 12 s; EA Caprioli "La directive européenne n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques" Gaz Pal 29-31 octobre 2000, p 5 et s.

29 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, JOCE L 178 du 17 juillet 2000. V O Cachard "La régulation internationale du commerce électronique" LGDJ, t 365, 2002.

30 P Catala *Le formalisme et les nouvelles technologies* (Defrénois 2000) p 897 s; E A Caprioli "La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne" JCP éd G, 2000, I, 224 et; E A Caprioli "Sécurité et confiance dans les communications électroniques en droits français et européen" in *Libre droit, Mélanges Ph Le Tourneau* (Dalloz, 2008) p 155 et s, disponible à l'adresse: <[www.caprioli-avocats.com/pdf/securite-informatique-electronique.pdf](http://www.caprioli-avocats.com/pdf/securite-informatique-electronique.pdf)>; P Leclercq "Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge, Le droit des preuves au défi de la modernité" Actes du colloque du 24 mars 2000, éd La documentation française, 2000.

31 Sous réserve que la méthode de création de signature satisfasse aux exigences de fiabilité de l'article 6-1.

32 Voir également l'article 5 bis de la loi type de 1996 et le principe de l'incorporation.

## ***B Le Principe Corollaire de Neutralité Technologique***

Le corollaire immédiat du principe de non-discrimination est celui de la neutralité technologique. Ce principe général est, quant à lui, plus spécifiquement applicable et dédié au commerce électronique. Il optimise l'efficacité du principe de non-discrimination en le réhaussant d'un supplément de pragmatisme.

Ainsi, l'article 5-2 de la convention CNUDCI de 2005 prévoit-il qu' «un écrit ne peut dépendre ni du support matériel, ni de la façon dont les informations sont transmises». Il implique donc que les règles régissant la libre communication ne prennent pas en compte la technologie de communication utilisée sauf à ce qu'une différence de situation le justifie.

Ce principe s'est généralisé, par la suite, au sein de plusieurs législations nationales (au Québec, au sein des Etats membres de l'Union Européenne). Il convient de relever que l'article 1316 du code civil français (loi du 13 mars 2000) avait quelque peu ouvert la voie, anticipant même sur la consolidation des travaux de la CNUDCI en disposant que «la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission<sup>33</sup>.»

Quoiqu'il en soit, le principe de neutralité technologique trouvera une application privilégiée en tant qu'élément d'interprétation des dispositions essentiellement applicables par la volonté des parties pour le règlement de leurs éventuels litiges.

## ***C Le Principe d'Equivalence Fonctionnelle: Un Levier Supplémentaire de Cohérence***

Dans le prolongement du principe de la neutralité technologique, le principe d'équivalence fonctionnelle apporte un levier de tangibilité complémentaire au droit du commerce électronique et aux contentieux afférents.

Ce principe d'équivalence fonctionnelle a plus particulièrement été développé par la loi-type du commerce électronique. Il y est défini l'«analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de document papier et visant à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourrait être assurés au moyen des techniques du commerce électronique». Autrement dit, l'équivalence fonctionnelle consiste à transposer les fonctions qu'un instrument juridique tel qu'un «écrit», «une

---

33 P-Y Gautier et X Linant De Bellefonds "De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent", JCP éd G, I, 236, 2000, p 1113 et s; T Piette-Coudol, LCEN "L'écrit électronique et la signature électronique depuis la LCEN", Com Comm. Electr, n° 9, septembre 2004, étude 29.

signature» ou «un original», possède sur tout autre support qu'un document papier, de sorte qu'il soit en mesure d'endosser les mêmes fonctions telles qu'exigées par la loi. Ainsi, entre autres<sup>34</sup>, selon l'article 8 de la loi type de 1996, l'originalité d'un écrit se détermine au regard de sa fonction de conservation et de garantie fiable de l'intégrité de l'information et ce, à partir du «moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données».

La valeur juridique du document ne doit pas être indûment tributaire de sa forme, électronique ou papier.

Ce principe a reçu un large écho de la part de l'ensemble de la communauté du droit, eu égard à son effet utile de mise à niveau de la dimension électronique à celle de la dimension papier.

### ***D Une Série d'Autres Principes en Appoint***

La convention de la CNUDCI offre une batterie d'autres règles utiles à l'arbitrage en matière de commerce électronique.

Pêle-mêle, il est possible de relever:

- une série de règles relatives à la phase précontractuelle, inspirées de la *common law*: ainsi, la convention de la CNUDCI spécifie-t-elle qu'une simple proposition de conclure un contrat qui n'est pas adressé à une personne en particulier doit être considérée comme une invitation à l'offre de contracter, sauf si elle indique clairement l'intention de la partie d'être liée par l'acceptation<sup>35</sup>;
- l'article 12 de la convention de la CNUDCI indique que le contrat peut également se former par l'interaction d'un système de messagerie automatisé avec un autre système de messagerie automatisé ou avec une personne physique. Ceci étant, la convention prévoit un garde-fou en son article 11. Ainsi, le simple fait qu'une partie propose des applications interactives permettant de passer des commandes – que son système soit entièrement

---

34 S'agissant de la signature, elle est définie comme tout procédé «utilisé pour identifier la personne» et constitutif d'une manifestation de volonté, si et seulement si «la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message a été créé ou communiqué» (article 7 de la loi type de 1996). Voir Eric A Caprioli "Arbitrage international et commerce électronique" Revue Lamy Droit de l'Immatériel, avril 2012, n° 81, p 115 ou encore Eric A Caprioli "Sécurité et confiance dans le commerce électronique: signature numérique et autorité de certification" JCP éd G, 1998, I, 123.

35 La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 prévoyait déjà le même principe.

automatisé ou non – n'établit pas la présomption qu'elle avait l'intention d'être liée par les commandes passées par l'intermédiaire de ce système.

- toujours suivant une approche pragmatique aux réalités du commerce électronique, et parce que la simple équivalence fonctionnelle ne suffira pas à régir efficacement la matière, la CNUDI prend également en compte les risques et conséquences des erreurs de saisie. Ainsi entre autres, l'article 14 indique-t-il qu'une partie qui commet une erreur de saisie dans une communication peut retirer celle-ci sous certaines conditions (aviser l'autre partie et ne pas avoir tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services du fait de ladite erreur)<sup>36</sup>.

La sagacité de René-Jean Dupuy resituait les enjeux et les paramètres du droit moderne à leur juste échelle. «Cette planétarisation des réseaux communicationnels favorise la planétarisation des échanges»<sup>37</sup> et nécessairement la planétarisation des modes de règlements des litiges, dont l'arbitrage international est le plus privilégié. Les choses restent, il est vrai, à consolider. Cependant, confiant, René-Jean Dupuy indiquait que: «ce n'est point le chaos: c'est la gestation d'un ordre à partir d'un désordre»<sup>38</sup>. N'est-ce pas l'essence même du droit quand il est au service du progrès?

---

36 v Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, I.L.C, p 17.

37 René-Jean Dupuy "Le Dédoublément du Monde" Revue Générale de Droit International Public 1996-2, pp 313-321.

38 René-Jean Dupuy, Ibid.

