

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique

par
Penda Ndiaye

Université de Montréal
Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade
de Maîtrise en droit (LLM)

Décembre 2006



© Penda Ndiaye, 2006
Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique

Présenté par :
Penda Ndiaye

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

.....Karim BENYEKHLEF.....
président-rapporteur
.....Vincent GAUTRAIS.....
directeur de recherche
.....Ejan MACKAAY.....
membre du jury

RÉSUMÉ

Le commerce électronique n'est plus un simple support promotionnel de la distribution des biens de consommation : il s'apparente de plus en plus à un marché parallèle à la distribution classique. Cependant, quel que soit le schéma emprunté, les rapports humains suscitent inévitablement des conflits et le commerce électronique ne fait pas exception à la règle. Ce nouveau vecteur n'a pas pour seule vertu le rapprochement des individus ; de la même façon qu'il a affecté nos relations, il a eu un impact sur les litiges eux-mêmes.

Le contexte particulier dans lequel s'inscrivent les transactions privées sur Internet, ont pour conséquence des litiges portant sur de faibles sommes d'argent et qui sont - qui plus est - conditionnés par certains aspects techniques ou certaines particularités du monde en ligne. A cela s'ajoute une dimension internationale qui accentue encore la complexité du règlement des litiges, dans la mesure où elle implique pour les parties de délicates délibérations sur la question du forum et du droit applicable. La dispersion des parties ne facilite pas l'exercice de l'action en justice.

Aussi l'arbitrage en ligne a-t-il pour ambition éthérée d'éluder la voie judiciaire et, plus encore, la voie judiciaire à l'étranger. La Toile, par la multitude de possibilités qu'elle offre, perturbe autant les repères de la justice classique qu'elle ne lui apporte des solutions jusqu'alors inexplorées. Par un recoupement de leurs caractéristiques, l'arbitrage fait ainsi écho au commerce électronique. En d'autres termes la gestion de la procédure arbitrale se fera à distance.

Une attention toute particulière doit être accordée aux spécificités d'Internet et à l'impact que ce contexte particulier peut avoir sur le cadre traditionnel de l'arbitrage. La transition vers le monde virtuel ne se fait donc pas sans heurts. Si l'arbitrage en ligne est techniquement praticable, juridiquement il soulève nombre de questions. L'arbitrage classique exige de nombreuses conditions de fonds et de

formes que l'arbitrage en ligne par sa nature même ne peut totalement satisfaire. Malgré cette évidence, le droit, dans un souci de perfection et de maniabilité toujours plus poussé, tend peu à peu à passer outre cet écueil. Voilà ce à quoi nous essaierons de répondre modestement au travers cet exposé.

Mots clés : commerce électronique - résolution des litiges en ligne - arbitrage-
arbitrage en ligne – consommateurs – cyberconsommateurs - droit international privé.

ABSTRACT

E-Commerce is no longer a channel in support of the standard form of trading consumption goods. It has become an alternative trading market for those consumption goods. However, whether trade takes place through e-trading or more traditional ways, human relationships are likely to entail conflicts. As a new form of trading, e-commerce fostered and strengthened the relationships between individuals, including lawsuits.

Nonetheless, the types of lawsuits related to e-commerce differ from those related to the standard trade in several ways. For example, lawsuits related to e-trading often involve relatively limited amounts of money because of the particular context in which trade takes place through the internet or some technical aspects of it. In addition, the international dimension of the trade further complicates the settlement of litigation since it implies sensitive deliberations about the place of jurisdiction and the applicable law. In this case, the difficulty in conducting the legal practice is exacerbated by the fact that parties are far apart.

Consequently, online arbitration has the noble goal of eluding the legal process, especially abroad. The World Wide Web, through its numerous possibilities, raises questions on the references of the classical justice and proposes solutions in ways that so far were unexplored. Since they share many of the same characteristics, on-line arbitration is similar to e-trading—that is, the on-line arbitration process is made from distance.

Overall, a very particular attention must be paid to the specificities of the Internet and to its possible effects on the traditional arbitration framework. For the arbitration, the transition of trade toward the electronic world has created lots of

difficulties. While online arbitration is technically practicable, it raises many legal issues. Online arbitration cannot totally fulfill the numerous conditions of content and form that standard arbitration requires. Nevertheless, the Law, with its growing concern for perfection and adaptability, is progressively overcoming this difficulty. Those are the issue that we will try to address in this study.

Keywords: electronic commerce - online dispute resolution – arbitration – online arbitration – consumer – cyberconsumer- international private law.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le professeur Vincent Gautrais pour l'attention et la confiance qu'il m'a témoigné tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Ma reconnaissance s'adresse également au corps professoral de la Maîtrise en droit des affaires.

A mes parents et ami(es).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	2
PARTIE PRELIMINAIRE : SPECIFICITES DU REGLEMENT DES CONFLITS DU COMMERCE ELECTRONIQUE.	12
CHAPITRE I: CONFLIT DES DROITS	14
<i>Section I: Différences quant à la forme des conflits du commerce électronique</i>	15
<i>Section II : Différences quant au fond du droit applicable au commerce électronique</i>	18
CHAPITRE II : CONFLIT DES LOIS	26
<i>Considérations liminaires: Le contrat cyberspatial : une définition conflictuelle</i>	26
<i>Section I : Les conflits de législations : la notion de territorialité mise à mal.</i>	30
<i>Section II: Les conflits de juridictions : la compétence étatique remise en question</i>	39
I. État des lieux: Entre les spécificités civilistes et les généralités de la Common Law.	41
II. La reconnaissance des jugements étrangers	50
PREMIERE PARTIE : UN OUTIL NOVATEUR	53
CHAPITRE I : UN OUTIL ADAPTE AU COMMERCE ELECTRONIQUE	56
<i>Section I : Un instrument efficace : la reconstruction des systèmes d'accès à la justice</i>	57
I. L'analyse sociologique	57
II. L'analyse économique du droit : « le manifeste du pragmatisme »	64
<i>Section II : Un instrument de proximité : une architecture construite autour des communautés numériques</i>	70
I. Entre particularisme et Privatisation de la justice	70
II. La généralisation de l'arbitrage en ligne	75

CHAPITRE II : UN OUTIL ÉMANCIPÉ _____	84
<i>Section I : Un arbitrage affranchi de son cadre formel classique</i> _____	85
I. L'arbitrabilité : une question de fond _____	86
II. La forme de la convention d'arbitrage _____	97
<i>Section II: Un arbitrage au cadre procédural assoupli</i> _____	106
I. L'instance _____	107
II. La sentence _____	117
DEUXIÈME PARTIE: UN OUTIL DE PROTECTION _____	124
CHAPITRE I : UN OUTIL GARANT DES DROITS DU CYBERCONSOMMATEUR ____	127
<i>Section I : La légitimité de l'arbitrage en matière de consommation</i> ____	128
I - Clause d'arbitrage en matière de consommation. _____	129
II – Le consentement à l'arbitrage _____	144
<i>Section II: La pertinence de la notion de consommateur dans le cyberspace</i>	
_____	151
I. Le cyberconsommateur existe-t-il ? _____	153
II. Les mécanismes « d'auto-exécution ». _____	160
CHAPITRE II: UN OUTIL MALLÉABLE POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES	
CONSOMMATEURS _____	167
<i>Section I: Un instrument légitimisé par une approche purement</i>	
<i>contractuelle</i> _____	169
I. l'arbitrage non-contraignant. _____	170
II. Arbitrage et cyberarbitrage : une racine commune pour deux	
mécanismes à différencier. _____	174
<i>Section II : Un instrument encadré par des mécanismes coercitifs</i> ____	183
I. Les mécanismes de contrôle. _____	184
II. Un appui nécessairement étatique. _____	189
CONCLUSION _____	194
BIBLIOGRAPHIE _____	200

ABBREVIATIONS

AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
Admin. L. Rev.	<i>Administrative Law Review</i>
ADR	Alternative dispute resolution
Akron L. Rev.	<i>Akron Law Review</i>
al.	alinéa
Alb. L.J. Sci. & Tech.	<i>Albany Law Journal of Science & Technology</i>
Am. Rev. Int'l Arb.	<i>American Review of International Arbitration</i>
Arb. Int.	<i>Arbitration International</i>
Art.	article
Brooklyn L. Rev.	<i>Brooklyn Law Review</i>
B.U. Int'l L.J. <i>Boston</i>	<i>Boston University International Law Journal</i>
Bull. CCI	<i>Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI</i>
Bus. Law.	<i>The Business Lawyer</i> (Chicago)
CA	Cour d'appel (France)
Cass	Cour de cassation (France)
CCI	Chambre de commerce internationale (Paris)
C.c.F	Code civil Français
C.c.Q	Code civil du Québec
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950
cf.	cf. confer (comparez)
Rev.	Revue
chron.	Chronique

Cir.	Circuit
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit du commerce international
Coll.	Collection
Comm. com. électr.	Communication, commerce électronique
Comp. Law	Computer Law
Conn. L. Rev	<i>Connecticut Law Review</i> (Hartford, Connecticut)
Conn L. J.	<i>Connecticut Law Journal</i>
Cour eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.P du N.	Cours de perfectionnement du notariat
CPR	Institute for Dispute Resolution
D.	<i>Recueil Dalloz</i> (Paris)
D. Cah. droit des affaires	Dalloz Cahiers droit des affaires
Droit& Pat	Droit et Patrimoine
DIT	Revue droit de l'informatique et des télécoms
Denv. U.L. Rev.	Denver University Law Review
ECODIR	Electronic Consumer Dispute Resolution
éd.	édition, éditeur
EDI	Échange de données informatisé
Emory L.J.	<i>Emory Law Journal</i>
et al. et alii	et les autres
European Bus. Org. L. Rev	European Business Organization Law Review
FAA	Federal Arbitration Act (États-unis)

FAI	Fournisseur d'accès à Internet
F. Supp.	Federal Supplement, 1st series, Federal District Court cases
F. Supp.2d	Federal Supplement, 2nd series, Federal District Court cases
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GBDe	GBDe Global Business Dialogue on electronic commerce
Geo. Wash. Int'l L. Rev.	George Washington International Law Review
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. J.L. & Tech.	Harvard Journal of Law and Technology
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Comm. & Ent. L.J.	Hastings Communications and Entertainment Law Journal
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICC Bull.	ICC International Court of Arbitration Bulletin (Paris)
Id.	le même auteur
<i>Infra</i>	infra ci-dessous
Int. A.L.R.	International Arbitration Law Review
Int'l Law.	The International Lawyer
IP	Internet Protocol
ISOC	Internet Society
JCP	Semaine juridique
JDI	Journal du droit international
J. Int. Arb	Journal of International Arbitration
J.I.L.T	The Journal of Information, Law and Technology
J. of Gender, social policy & L	Journal of Gender, Social Policy & the Law

J. Marshall J. Computer & Info. L	<i>John Marshall Journal of Computer & Information Law</i>
JO	Journal officiel des Communautés européennes
Ky. L.J.	<i>Kentucky Law Journal</i>
L.Q.	Lois du Québec
L.Q.Rev.	Law Quarterly Review
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
loc. cit	à l'endroit cité
McGill L.J.	<i>McGill Law Journal</i>
NAF	National Arbitration Forum
N.C. J. L. & Tech.	<i>North Carolina Journal of Law and Technology</i>
NCPC	Nouveau code de procédure civile
Nw. J. Int. L. & Bus	Northwestern Journal of International Law & Business
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODR	Online dispute resolution
Ohio St. J. on Disp. Resol.	<i>Ohio State Journal on Dispute</i>
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
op.cit	oeuvre citée
P.A.	Petites affiches
Penn. State Rev.	Pennsylvania State Review
PIDB	PIDB
PUF	Presse Universitaire Française
R.C.D.I.P	Revue critique de droit international privé
RDAI	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>

Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Litig.	The revue of Litigation
R.I.D.Comp.	Revue internationale de droit comparé
R.J.T	Revue juridique Thémis
RQDI	Revue québécoise de droit international
RRJ	RRJ Revue de la recherche juridique
RTD trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. dr. Com	Revue trimestrielle de droit commercial
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stan. Tech. L. Rev.	Stanford Technology Law Review
TACD	Transatlantic Consumer Dialogue
Temple L. Rev.	Temple Law Review
TCP	Transmission Control Protocol
TGI	TGI Tribunal de grande instance
Ubiquité	Revue Ubiquité
UCITA	Uniform Computer Information Transaction Act
UDRP	Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
UETA	Uniform Electronic Transactions Act
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review ()
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Reports – Supreme Court cases
U.S. App. LEXIS	United States Court of Appeals case
U.S.C.	United States Code
U.S. Dist. LEXIS	United States district case

<i>URL</i>	<i>URL Uniform resource locator</i>
<i>Va. J.L. & Tech.</i>	<i>Virginia Journal of Law and Technology</i>
<i>vol.</i>	<i>volume</i>
<i>W3C</i>	<i>World Wide Web Consortium</i>
<i>W.D. Wi.</i>	<i>Western District Court of Wisconsin</i>
<i>WL</i>	<i>Westlaw</i>
<i>Wm. & Mary L. Rev.</i>	<i>William and Mary Law Review</i>
<i>XML</i>	<i>Extensible Markup Language</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>The Yale Law Journal</i>
<i>ICCA</i>	<i>Yearbook Commercial Arbitration (La Haye)</i>

«All advances in technologies, such as the internet, are followed by periods of instability and resistance from the institutions and individuals who feel threatened by the advances. However, in addition to affording opportunities to divide and destroy, such advances also unleash opportunities for improving communication and knowledge. At this moment, the virtual world of Internet is at a crossroads¹. »

¹ Robert C. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: A systems Approach-Potential, Problems, and a Proposal », 3 Harv. Negotiation L. Rev. 175 (1998), 189.

INTRODUCTION

« Each new advance in the technology of communication disturbs a status quo². »

A l'image notamment de Thomas Kuhn³, nombre d'auteurs expriment l'idée que toute époque serait marquée d'un sceau paradigmatique, la liant de ce fait, à un modèle théorique dominant. Ce dernier est développé jusqu'à son épuisement, jusqu'au moment où l'on se heurte à des nouvelles circonstances incompatibles avec le cadre initial. Ces nouvelles situations nous obligent donc à revoir notre position initiale; à nous adapter. En conséquence, un nouveau paradigme succède à l'ancien⁴.

Ces évolutions paradigmatiques sont à l'origine des révolutions scientifiques. Le terme « révolution » témoignant d'ailleurs d'une certaine résistance lors de chaque transition. Ainsi du paradigme d'un monde mu par la machine, une immense mécanique qui, une fois lancée a un comportement autodéterminé⁵, on est passé au mécanisme darwiniste selon lequel « l'œuvre de la vie veut la mort pour continuelle semence⁶ ». Cette conception étendue aux

² Jonathan WALLACA et Mark MANGAN, « Sex, Laws and Cyberspace », cités par R. C. BORDONE, *loc.cit.*, note 1, 189.

³ Thomas KUHN, *The culture of scientific Revolution*, (1962) Chicago, The University of Chicago Press.

⁴ Jean Marie CHEVALIER, Ivar ELEKAND, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Michel KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, pp. 13-14.

⁵ Newton et Descartes concevaient le monde comme une machine inerte mais qui tourne une fois lancée. Pas de machine sans ingénieur et pas de monde sans Dieu, il faut dès lors découvrir les règles suivant lesquelles elle a été construite. Cette philosophie naturelle de la science a cependant vite montré ces limites en ce sens que si elle résout un certain nombre de problèmes, elle en soulève autant et notamment en ce qui a trait au déterminisme et à la finalité. Voir dans le monde une machine bien huilée et donc parfaitement prévisible, laisse en effet peu de place à la liberté humaine.

⁶ Jeanne GAILLARD, *Préface de Zola - Au bonheur des dames*, Paris, Gallimard, 1980, p. 25.

sciences sociales⁷ a permis de voir dans les organisations sociales un système qui doit être compris de manière globale et qui développe sa propre finalité.

Aujourd'hui avec le réseau faisant corps avec Internet, le temps est au changement de paradigme au niveau du droit⁸. Les immenses progrès accomplis ces dernières années dans les domaines scientifiques et technologiques nous obligent à nous interroger sur leurs répercussions en général mais surtout à examiner le problème du règlement de litiges d'un genre nouveau que révèle ce médium.

En effet, le but d'Internet étant de ne plus traiter l'information de manière centralisée mais de la traiter là où elle est, il a de ce fait généré un système de circulation de l'information et avec le commerce électronique, un réseau de circulation de biens offerts ou demandés.

Décrit comme un miroir, reflet du monde réel⁹ dans la mesure où l'on y retrouve toutes les institutions du monde physique sous une forme numérique, ses trois attributs sont l'ubiquité, la variété et l'interactivité. En effet l'image allégorique de cyberspace¹⁰ montre bien que le monde « décroisé, virtuel, désincarné est accessible au travers de mots de passe¹¹ ».

Il n'en reste pas moins que cette « réflexion » ou « projection » du monde laisse entrevoir certains anachronismes. C'est parce qu'il contient et reflète sans doute plusieurs aspects du monde physique - par cela on entend aussi

⁷ Cette extension a été le fait des économistes SCHUMPETER et HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973-1979.

⁸ J-M. Chevalier, I. Elekand, M-A. Frison-Roche, M. KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, *op.cit.*, note 2, pp. 7-16 ; et R. C. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution : a systems approach-Potential, problems, and a proposal », *loc.cit.*, note 1, 177.

⁹ Ethan KATSH, « Dispute resolution in Cyberspace », 28 *Conn. L.J.*, 953 (1996), 953. L'auteur fait référence au scientifique David H. GELERNTER qui écrivait en 1989.

¹⁰ Ce terme est issu du roman de science fiction « Neuromancien » de William Gibson et désigne l'espace où se déroule les activités permises par l'interconnexion mondiale d'ordinateurs et d'autres outils informatiques. New York, 1st Ace hardcover éd. Ace Books, 1994.

¹¹ Éric LOQUIN et Katherine KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, p. 116.

bien ses attraits que ses imperfections - qu'il les déforme également. Les communications y sont certes plus rapides, les transactions plus faciles, l'information toujours disponible mais il reste intangible. Un miroir peut être trompeur, un reflet est toujours insaisissable, le cyberspace ne l'est pas moins. Confronté au droit et au commerce traditionnel il remet en cause nos fondamentaux.

Le postulat kelsénien affirme que l'État et le droit reposent sur un seul et même ordre de contrainte, que l'ordre juridique devient un État dès l'instant où il représente un certain degré de centralisation et de matérialisation¹². Ce principe étant que l'État tire sa légitimité du peuple, et qu'il est par conséquent le seul à pouvoir régir l'ordonnement juridique¹³. Des lors, « il ne peut exister de droit proprement dit antérieurement à la loi de l'État¹⁴ ». Ce pouvoir est toutefois limité aux frontières territoriales en raison du contrat social qui le lie aux citoyens¹⁵. Cette incarnation de la nation dans l'État justifie en conséquence que les règles de conduite soient élaborées dans un contexte national afin de refléter les valeurs de la population visée. De cette manière, l'histoire et la culture de la communauté nationale sont mises en avant, l'appréciation des règles édictées ne pouvant se détacher de ces déterminants. Cette conception classique du droit repose sur les principes de territorialité et de souveraineté réciproquement reconnus par tous les États.

Toutefois cette conception, fondement du droit international, montre toutes ses limites face l'avènement d'un espace justement dépourvu de tous ses repères classiques. Le cyberspace n'est plus un système en vase clos. Bien au contraire, les références à l'espace connaissent des mutations et les échanges sont insensibles aux frontières nationales parce qu'insaisissables du fait de leur nature

¹² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ / Montchrestien, Coll. La pensée juridique 1999, p.25 et suiv.

¹³ Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome II, Paris, Sirey, 1922, Réédition CNRS, p. 187.

¹⁴ René CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie de l'État*, Paris, Sirey, 1920, n°298.

¹⁵ John DUNN, *La pensée politique de John Locke*, PUF, 1991, p. 154.

numérique. La perte de pertinence voire de légitimité du droit des États est un truisme face à un réseau international décentralisé.

L'antagonisme entre le modèle territorial du droit et la logique transnationale du réseau contredit les logiques d'antan. Des systèmes de valeurs différents les uns des autres sont amenés à coexister via le cyberspace¹⁶. Cette absence de stabilité temporelle et spatiale crée une nouvelle conception de la règle de droit, une règle de droit libre de toute contingence physique. Rapprochant les territoires, les cultures et abolissant les différences, le cyberspace remet en cause notre appréhension du droit. En ce sens qu'il soulève des enjeux primordiaux au niveau des ses assises, tout comme il bouleverse ses modes d'intervention et d'énonciation¹⁷. En effet l'application et la compréhension du droit sont en partie tributaires du médium par lequel ce dernier est véhiculé. C'est pour cette raison que les nouvelles modalités de production et de circulation de l'information appellent de nouvelles façons d'envisager et de concevoir les droits et les devoirs.

Malgré cela Internet reste régi par des législations nationales hétéroclites qui certes parfois se recouvrent mais souvent se contredisent. Cette complexité structurelle entraîne une incertitude juridique, véritable écueil au développement du commerce électronique¹⁸. Et bien que le problème puisse être résolu par l'adoption d'un ensemble de règles communes, ou par un code de

¹⁶ Karim BENYEKHLEF, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica*, vol. 8, n°1, automne 2002, à l'adresse: <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>.

¹⁷ Pierre TRUDEL, « les mutations du droit à l'âge numérique », *Le devoir*, édition du 4 et 5 mai 2002. Aussi disponible à l'adresse: <http://www.ledevoir.com/2002/05/04/192.html?280>.

¹⁸ R. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: a systems approach-Potential, Problems, and a Proposal », *loc.cit.*, note 1, 176: « The fundamentally unique nature of cyberspace, however, raises important and difficult questions for lawyers and policy-makers as to how to regulate this « virtual » space and how to resolve the disputes which have and undoubtedly will continue to occur in Cyberspace ». Voir aussi Nicolas BRAULT, « Le droit applicable à Internet : De l'abîme aux sommets », *Légicom* 1996.2.1, Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et K. BENYEKHLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », 5 (1997) *R.D.A.I.* 547, 547-600; P. TRUDEL, « Quel droit pour la cyberpresse », *Légipresse* 1996.II.9.; Van OVERSTRAETEN, « Droit applicable juridiction compétente sur Internet », 3 (1998) *R.D.A.I.*, 373-397; Michel VIVANT, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *J.C.P.* 1996.I.3969.

conduite internationale, les États ne semblent pas prêts, à parvenir à un accord international global sur ces questions¹⁹. Sans doute parce que l'utilité même de la réglementation a été âprement discutée.

Conçu à l'origine comme un espace de liberté, nombreux ont été ceux qui ont voulu l'associer à une zone du « non-droit²⁰ ». Toutefois le cyberespace, virtuel s'il en est, s'affirme comme un lieu social incontournable dans lequel les atteintes sont nombreuses. Le droit a donc naturellement vocation à l'appréhender.

Reste que la forme que doit revêtir la régulation est source d'importantes divergences. Auto-régulation, régulation ou co-régulation selon qu'est préconisée la souveraineté du réseau, des acteurs ou des États. De part et d'autre, des efforts²¹ sont faits pour ériger une normalisation « *soft* » qui ne contreviendrait pas aux singularités du réseau.

Singularités qui ont par ailleurs bouleversé nos perspectives en ce qui concerne le commerce *stricto sensu*. Il est vrai que l'examen de l'histoire commerciale et des bouleversements qui l'ont parcouru, nous enseigne que les grandes ruptures ont toujours été liées aux mutations des systèmes de communication. Jadis, le développement du transport ferroviaire facilita la circulation des marchandises et des personnes, ce qui conduisit à la structuration de nouveaux espaces de vente mettant ainsi en place une concurrence que ne pouvait offrir le commerce traditionnel.

Il en sera de même lors de l'essor de l'automobile. Le même schéma se produit : disqualification des formes commerciales antérieures sur un certain nombre de critères : prix, services et compétences, érosion des marges et donc

¹⁹ Andrés MONCAYO VON HASE, « les litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », Colloque International - Droit de l'internet - Approches européennes et internationales, Assemblée Nationale, 19-20 novembre 2001, disponible à l'adresse : http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Moncayo_vf.pdf, p. 7.

²⁰ Michel VIVANT, « Internet et modes de régulation », *Internet face au droit*, n°12, Cahiers du CRID, E. Montero (éd), Kluwer, 1997.

²¹ Les instances internationales telles que l'O.M.P.I., l'O.M.C., l'O.C.D.E., la C.N.U.C.E.D., la C.N.U.D.C.I., et le Conseil de l'Europe oeuvrent dans ce but.

une capacité de survie qui s'attache à la capacité d'offrir toujours plus de services, et en particulier toujours plus de nouveaux services.

Aujourd'hui, avec Internet, nous en sommes à une troisième étape dans la communication parce qu'il est, de par sa nature même, fort bien adapté aux opérations commerciales. Le réseau permet, mieux que n'ont jamais pu le faire des instruments comme le courrier ou le téléphone, de mettre en rapport des personnes éloignées dans l'espace qui désirent entretenir des liens d'affaires²². Qui plus est, l'interactivité assurée par la communication électronique favorise l'intérêt que les entreprises peuvent porter à ce mode de transmission: la sélection et la multiplicité des choix qu'offre cette interactivité font, à l'évidence, des échanges électroniques et des services en ligne un vecteur puissant et efficace pour le commerce²³.

Ainsi le commerce électronique est-il devenu l'un des grands enjeux actuels - et sans nul doute futur- de l'Internet. Le commerce électronique n'est plus un simple support promotionnel de la distribution des biens de consommation, il s'apparente de plus en plus à un marché parallèle à la distribution classique. Sans aller jusqu'à la supplanter, la coexistence entre ces deux vecteurs de distribution est aujourd'hui une réalité.

Le canal de distribution de services que propose le Réseau attire, en effet, des entreprises de tout bord. Pour le commerce électronique, le Réseau est un outil dont le coût d'investissement se révèle bien modeste face aux enjeux commerciaux que cela représente. Certains n'hésitent plus à devenir opérateurs ou à subventionner l'accès à l'Internet pour atteindre le plus grand nombre possible de clients. Internet devient un lieu d'agrégation d'une base clients de plus

²² Éric CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », 2 (1997) *J.D.I.*, 323-393, 329.

²³ Fred M. GREGURAS, « An overview of global Ecommerce legal issues, uncertain international legal rules », à l'adresse: <http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/greguras-2000-03-all.html>.

de vingt millions de consommateurs²⁴. Là encore la modification du médium impose de penser les choses sous un aspect différent : la masse d'informations qui circule, la facilité de contracter en faisant fi des contraintes géographiques, le volume des transactions, l'immatérialité des échanges etc. Tout cela modifie considérablement les données d'un commerce sans doute mal préparé à une telle évolution.

Cependant la problématique juridique du commerce électronique ne se limite pas aux difficultés soulevées par l'immatérialité des transactions. Elle doit englober les questions touchant à l'identification des intervenants, à la protection des consommateurs ainsi que des données personnelles, aux modalités de paiement des prestations. Elle doit *in fine* nous faire réfléchir sur la notion même de contrat.

Quel que soit le schéma emprunté, les rapports humains suscitent inévitablement des conflits et le commerce électronique ne fait pas exception à la règle. Ce nouveau vecteur n'a pas pour seule vertu le rapprochement d'individus. Bien plus, de la même façon qu'il a affecté nos relations, il a eu un impact sur les litiges eux-mêmes²⁵.

Le contexte particulier dans lequel s'inscrivent les transactions privées sur Internet, ont pour conséquence des litiges portant sur de faibles sommes d'argent et qui sont - qui plus est- conditionnés par certains aspects techniques ou certaines particularités du monde en ligne²⁶. Que ce soit des conflits liés à l'infrastructure

²⁴ American Bar Association's Task force on Electronic Commerce and Alternative dispute resolution in cooperation with the shilder center for law, commerce and technology, « Addressing dispute in electronic ecommerce final recommendations and report », 54 Bus. Law. 415(2002-2003), 424 et J.CHAUHAN, « Online Dispute Resolution Systems: Exploring E-Commerce and E-Securities », 15 Windsor Rev. Leg. Soc. Issues. 99 (2003), 102.

²⁵ E. KATSH, soulignait que l'augmentation du nombre de contrats, de transactions et de relationnel formés à travers Internet allait inévitablement accroître le nombre de conflits en ligne, *Law in Digital World*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p.14. Voir également Mohamed WAHAB, « The Global Information Society and Online dispute resolution: A New Dawn for dispute resolution », 21 J. Int. Arb. 143(2004), 144 -145.

²⁶ Un exemple notable, les litiges sur les noms de domaine, également connus sous le nom de *cybersquatting*, mais d'autres aspects risquent de poser problème : l'utilisation abusive

du réseau proprement dit, à la circulation de l'information ou encore à la communication et aux échanges, le moyen par lequel ils sont véhiculés accroît le caractère d'instabilité propre à tout conflit²⁷.

A cela s'ajoute une dimension internationale qui accentue encore la complexité du règlement des litiges, dans la mesure où elle implique pour les parties des frais conséquents venant s'ajouter à l'insécurité juridique, sans compter les délicates délibérations sur la question du forum et du droit applicable. La dispersion des parties ne facilite pas l'exercice de l'action en justice; bien souvent le demandeur devra obtenir la reconnaissance et l'exequatur à l'étranger. Il devra aussi surmonter les difficultés d'exécution de la décision prononcée en sa faveur. Tous ces obstacles peuvent finalement apparaître comme disproportionnés au regard du faible enjeu du litige²⁸.

Ceci est d'autant plus vrai que le droit international privé, en raison de son objet limité à la détermination d'une loi nationale, n'est pas toujours adapté. Il est avant tout - rappelons-le - une branche autonome du droit interne des États. En conséquence toute la théorie des conflits de lois qui la sous-tend ne dépasse pas la conception étatique du droit, bien au contraire, elle la conforte²⁹.

Aussi l'arbitrage en ligne a pour ambition éthérée d'éviter d'une part d'exposer les entreprises en ligne aux juridictions de tous les pays étrangers à partir desquels les internautes peuvent accéder à leur site Internet et, d'autre part

d'informations à caractère personnel (atteinte à la vie privée), la responsabilité du contenu, la diffamation, les violations de droits de propriété intellectuelle, par exemple celles de contenu Web et de logiciels.

²⁷ E. KATSH, « Dispute resolution in Cyberspace », *loc.cit.*, note 9, 955.

²⁸ Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, p. 323.

²⁹ Philippe AMBLARD, *Régulation de l'Internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruyant, 2004, p. 51.

de prévenir l'appel au tribunal d'un pays étranger - le pays du fournisseur³⁰. En d'autres termes, il élude la voie judiciaire et, plus encore, la voie judiciaire à l'étranger (Chapitre préliminaire).

Par un recoupement de leurs caractéristiques, l'arbitrage fait ainsi écho au commerce électronique. En réplique à la fulgurance des échanges, il assure une rapidité des procédures, et en réponse à la délocalisation des activités, il permet de contourner le juge étatique³¹. Et toujours dans l'optique d'une assimilation, les procédures se basent sur les mêmes moyens de communication dont se servent les intéressés pour commercer. En d'autres termes la gestion de la procédure arbitrale se fera à distance, de la saisine du tribunal au prononcé de la sentence, grâce à l'utilisation des nouvelles technologies de l'information.

Cependant, une attention toute particulière doit être accordée aux spécificités d'Internet et à l'impact que ce contexte particulier peut avoir sur le cadre traditionnel de l'arbitrage. Aussi la transition vers le monde virtuel ne se fait pas sans heurts. Le cadre juridique de l'arbitrage traditionnel, loin d'être malléable, se fissure quelque peu au contact de nouvelles données. Si l'arbitrage en ligne est techniquement praticable, juridiquement il soulève plusieurs questions et nécessite une émancipation par rapport à son cadre classique (Première Partie).

Il est certain que l'arbitrage est ainsi destiné à être un instrument privilégié de la communauté cybernétique. Par ce biais ses membres, dans leurs relations les uns aux autres, se verront garantir un cadre alliant rapidité et efficience.

Un second aspect de l'arbitrage pourra d'ailleurs être particulièrement mis en avant lorsqu'il s'agira d'assurer un équilibre entre les différents groupes en présence. Aussi, l'arbitrage réunira deux fonctions : la première plus utilitariste et

³⁰ Michael GEIST, « Il y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitudes juridiques par rapport à la compétence judiciaire sur Internet », à l'adresse : [http://cmcweb.ca/epic/internet/incmc-cmc.nsf/vwapi/geist_fr.pdf/\\$FILE/geist_fr.pdf](http://cmcweb.ca/epic/internet/incmc-cmc.nsf/vwapi/geist_fr.pdf/$FILE/geist_fr.pdf).

³¹ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 325.

la seconde plus régulatrice pour reprendre la distinction établie par Clare Dalton³².

Dans le cyberspace ces deux fonctionnalités seront nécessairement subsidiaires car ce procédé a des avantages qui sont autant d'inconvénients. Mécanisme éprouvé du commerce international, son usage va de soi dans les relations entre partenaires égaux. Mais il en va autrement lorsque le litige met en cause des opérateurs de taille inégale, et plus précisément des consommateurs. Les réticences se basent à cet égard principalement sur la crainte d'une éviction des règles impératives protectrices du consommateur. La protection de ces consommateurs d'un nouveau genre et plus généralement celle des parties faibles justifie l'adoption de solutions équitables (Seconde Partie).

³² Clare DALTON, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », (1985) 94 *Yale L. J.* 999. Le professeur Vincent Gautrais relève en effet que pour cet auteur américain le droit réunit « deux fonctions essentielles, deux objectifs qui, sans s'opposer, sont plus ou moins présents selon les domaines, selon les lois. Le premier est de considérer le droit comme un « outil » facilitant une meilleure efficacité des relations au sein d'une communauté donnée [.]; le second vise davantage à assurer un rôle de « censeur », de partage des prérogatives au gré des intérêts catégoriels en cause », dans « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », *Lex Electronica*, vol.10, n°3, Hiver 2006, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/gautrais.htm>, p. 16.

PARTIE PRELIMINAIRE : SPECIFICITES DU REGLEMENT DES CONFLITS DU COMMERCE ELECTRONIQUE.

« While the Internet ignores borders, laws and legislatures do not³³. »

Le vocable « club » traduit parfaitement cette association que génère aujourd'hui le cyberspace. Ce maillage décentralisé permet en effet la circulation de l'information quelque soit le chemin emprunté.

Moyen de communication révolutionnaire, le cyberspace fédère une population sans cesse croissante qui se réunit autour de divers centres d'intérêts à l'instar du monde réel. Cependant à l'inverse de ce dernier, nul besoin de point de rendez-vous, chacun va et vient à sa guise sans considération de temps et de lieu. C'est précisément cette immatérialité et cette intemporalité qui donnent tout son sens à l'appellation cyberspace, ainsi qu'aux termes cyberconsommation et cyberentreprise qui rendent compte des activités qui s'y développent. Internet donne ainsi la possibilité à chaque individu de s'informer, commercer ou tout simplement partager et discuter. Il répond de ce fait à la soif d'information et d'expression de la société contemporaine. Ses retombées sont telles que le journaliste et écrivain Thomas Friedman annonce la troisième phase de l'économie mondiale³⁴. En effet la première remonterait à la découverte de l'Amérique en 1492 et serait marquée par l'expansion européenne et la « mondialisation des États ». La seconde, située entre le début du 19ème siècle et la fin du 20ème, se caractérise elle, par la « mondialisation des entreprises », la

³³ Matthew BURNSTEIN, « A global Network in a Compartmentalised Legal Environment », dans *Internet Which Court Decides? Which Law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, BOELE-WOELKI Katharina, KESSEDJIAN Catherine, PELICHET Michel (dir), The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 23

³⁴ Thomas FRIEDMAN, *The world is flat*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2005.

naissance et l'apogée des multinationales. Nous voilà aujourd'hui au début de la troisième phase qui introduit :

« Une mondialisation des individus qui peuvent collaborer comme jamais et sont en compétition sur toute la planète. Le moteur n'est plus le muscle ni les machines ; mais les logiciels et le réseau mondial de fibres optiques³⁵. »

Toutefois qu'en est-il de la mondialisation du droit ? Ce dernier accuse sans nul doute un certain retard par rapport aux avancées technologiques. En raison notamment de ses caractéristiques, le cyberspace occasionne des contentieux d'un type particulier (I), alors même que la question de sa régulation n'est toujours pas à ce jour résolue (II)

³⁵ T. FRIEDMAN, *The world is flat*; op.cit., note 34, p.66.

Chapitre I: Conflit des droits

La cotation en bourse le 9 août 1996 de *Netscape*, dont le logiciel permet l'accès au grand public au World Wide Web, marque le point de départ au développement exponentiel d'Internet. La même année des *start-up* naissaient dans la *Silicon Valley*. Parmi elles quelques futurs géants tels que EBay, Amazon et Yahoo. L'expression « Nouvelle économie », popularisée par le magazine *Business Week*, était née. Cette dernière met en exergue les bouleversements issus de cette nouvelle technologie et de son expansion. Permettant de réunir via un même réseau planétaire consommateurs, producteurs et distributeurs.

Dix ans après, le secteur a connu bien des déconvenues, en particulier lors du retournement boursier de 2001. Mais Internet a changé l'idée qu'on se faisait du monde et poussé toutes les entreprises à repenser leur organisation. Nombre de secteurs ont du revoir leur stratégie. Les internautes constituent de nouveaux réseaux mondiaux qui vont à rebours de la montée de l'individualisme annoncé. Ses caractéristiques rendent son potentiel quasi infini. Comme le remarque très justement Robert c. Bordone;

« People in virtual communities use words on screens to exchange pleasantries and argue, engage in intellectual discourses, conduct commerce, exchange knowledge, share emotional support; make plans, brainstorm, gossip, feud, fall in love, find friends and lose them, play game, flirt, create a little high art and a lot of idle talk. People in virtual communities do just about everything people do in real life, but we leave our bodies behind³⁶. »

³⁶ R. c. BORDONE, « Electronic online dispute resolution: a systems approach-potential, problems and proposal » qui cite Howard RHEINGOLD, « The virtual community: homesteading on the electronic frontier », *loc.cit*, note 1, 178.

Toutefois cette citation présuppose des questions soulevées par le cyberespace lorsque celui-ci rencontre le droit. Lieu, espace ou simple moyen de communication³⁷, peu importe, l'absence de repères physiques perturbe nos archétypes. Contrairement au monde réel, le cyberespace a opéré un transfert de pouvoir aux individus.

« Mais qui règnera ou règne déjà sur Internet ?³⁸ ». Cet espace public, qui permet la transformation de toute chose en objet de droit, compromet paradoxalement l'effectivité des droits dont il permet l'appropriation (Section II). On comprend que le transfert de droits de propriété ne se fera pas aisément comme en témoignent les conflits qui y ont pris naissance (Section I).

Section I: Différences quant à la forme des conflits du commerce électronique

Dans le cyberespace, la partie émergée de l'iceberg Internet reste le commerce électronique³⁹, occasionnant nombre de litiges qu'il a fallu classer. La typologie se base sur une pyramide qui distingue les différentes atteintes qui peuvent être rencontrées sur la toile.

« At the base of the pyramid is unperceived injurious experience, moving up to perceived harms, grievances, and complaints. At the very top of the pyramid are disputes, with a subset being disputes voiced to third party and resolved through formal dispute resolution which include ADR as well as lawsuits⁴⁰. »

³⁷ Gabrielle KAUFFMANN KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges », dans *Internet Which Court decides? Which law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, *op.cit.*, note 33, p. 90. Cette dernière critique ici l'expression cyberespace arguant du fait que ce dernier n'est pas un espace ni un lieu mais uniquement un moyen de communication.

³⁸ J.-M. CHEVALIER, I. ELEKAND, M.-A. FRISON-ROCHE, M. KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, *op.cit.*, note 4, p. 12.

³⁹ Dans son acception la plus large le commerce électronique est défini comme « l'ensemble des opérations commerciales, nationales et transnationales faites au moyen de traitement et de transmission électronique de données, dans Sami KALLEL, « Arbitrage et commerce électronique », (2001) *IR.D.A.I.* 13, 14.

⁴⁰ ABA Task Force on E-Commerce and ADR and Shidler Center, « Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report », *loc.cit.*, note 24, p. 424.

Cette typologie se base sur la perception – importante ou anodine- de la transgression par la victime elle-même. Ainsi face à « unperceived injurious experience » ou à « perceived harms », les internautes n'ont pas, le plus souvent, conscience du manquement dont ils ont été victimes. Cela peut résulter d'un manque d'expérience, de connaissance du produit mais cela provient aussi d'un renoncement a priori à faire valoir ses droits en raison de l'insignifiance ou du caractère discutable de l'atteinte en question. Au second échelon, on retrouve les réclamations, griefs ou plaintes pour lesquels les consommateurs choisiront à défaut d'un accord amiable avec le marchand de ne plus revenir sur le site. Et enfin au sommet de la pyramide se situent les « différends », ou conflits, ici les deux protagonistes se rejettent la faute, une conciliation apparaît impossible. Le coût des poursuites et le temps de l'action étoufferont dans l'œuf toute velléité revendicative. Si ce n'est une mauvaise publicité, les retombées sur le commerçant seront faibles. Toutefois une infime partie des protagonistes sera disposée à se faire entendre. Elle représente dès lors le contentieux du cyberspace.

Cette terminologie témoigne du fait que les potentialités aussi riches que complexes de la Toile vont donc de paire avec les problèmes juridiques qu'elle soulève. Peu de domaines sont épargnés. Sans entrer dans une énumération fastidieuse⁴¹, les différends liés au commerce électronique, peuvent être scindés en deux catégories : les litiges de nature contractuelle et ceux qui mettent en jeu la responsabilité délictuelle. Ils visent tant les litiges entre professionnels et consommateurs que les litiges entre entreprises.

⁴¹ Ils peuvent cependant être synthétisés comme concernant principalement le droit des contrats, le droit de la preuve, la sécurité des transactions, la protection de la vie privée, le droit du consommateur, le paiement à distance, la propriété intellectuelle. Le rapport réalisé par l'American Bar Association illustre par des statistiques qu'en effet les principaux obstacles sont l'insécurité, la crainte de la fraude et la violation de la vie privée etc., dans ABA Task Force on E-Commerce and ADR and Shidler Center, « Addressing dispute in electronic e-commerce final recommendations and report », *loc.cit.*, note 24, 430.

Ces litiges du cyberspace revêtent, et nous l'avons déjà souligné, plusieurs particularités⁴². Une transaction, somme toute banale dans le monde réel, engendre une multitude de risques lorsqu'elle est réalisée sur l'Internet. Le décloisonnement opéré par le cyberspace donne accès à un marché plus concurrent mais le chemin vers la conclusion du contrat est semé d'embûches. Manque d'informations⁴³, clauses abusives⁴⁴, défaut de livraison ou livraison de marchandises défectueuses⁴⁵, les fraudes⁴⁶ se surenchérissent au sein du marché électronique.

Envahissant la vie quotidienne de millions de consommateurs, les offres de services s'échangent à prix modiques. La conséquence malheureuse réside cependant, dans l'éventualité d'un contentieux, aux modestes enjeux financiers. Le préjudice subi étant en lui-même faible, il apparaît disproportionné par rapport au coût de l'action. Les modes de paiement à distance et les modalités d'exécution des contrats électroniques offrent rarement des solutions rapides en cas d'inexécution alors même que l'urgence caractérise les cyberlitiges⁴⁷.

A tout ceci s'ajoutent des formes de litiges propres à la société d'information tels que les litiges sur les noms de domaines, le *cybersquatting*, la violation des droits de propriété intellectuelle par le téléchargement illégal, la responsabilité du contenu.

La révolution d'Internet n'a pas simplement bouleversé nos habitudes de commerce ou d'information, il a également créé un défi normatif des plus complexe.

⁴² E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du CyberTribunal », 2 (1999) *Rev.Arb.* 225-233, 225.

⁴³ K. ALBOUKREK, « Adapting to the New World of E-Commerce », 35 (2003) *Geo.Wash. Int'l L. Rev.* 425(2003), 435.

⁴⁴ *Id.*, 436.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*, 437.

⁴⁷ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 323.

Section II : Différences quant au fond du droit applicable au commerce électronique

« Internet is « a disputation arena, a forum for testing and challenging proposed visions or models of the world⁴⁸. »

Considéré à l'origine comme une civilisation de l'esprit⁴⁹, Internet ne devait être assujettie à aucune mesure étatique. Tenter de l'abstraire de la société qui le peuple (dont il est peuplé), ne serait-ce que virtuellement, est cependant vain. Internet s'assimile à celle-ci et accompagne son évolution. Garantir sa pérennité⁵⁰ c'est donc réconcilier les tenants et les pourfendeurs de la réglementation quelle que soit la forme⁵¹ qu'elle revêt.

Loin du vide juridique que les apparences peuvent laisser imaginer⁵², Internet foisonne de normes d'origines diverses qui instaurent tantôt des principes

⁴⁸ S. J. WARE et S. R. COLE, « Introduction : ADR in Cyberspace », *Ohio St. J. Disp. Res.* 589 (2000), 590.

⁴⁹ John Perry BARLOW, « A declaration of the independence of Cyberspace », www.eff.org/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration. Cet auteur s'inscrit dans la lignée du mouvement libertaire qui conteste la souveraineté des États sur l'Internet. L'analyse se base sur un espace autonome et séparé de celui des États, il disposerait dès lors d'un corpus de règles autonomes. Voir aussi D. R. JOHNSON et D. G. POST, « Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace », 48(5) *Stan. L. Rev.* 1367(1996); et J. R. REIDENBERG, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », 45 *Emory L. J.* 911 (1996).

⁵⁰ Pierre SIRINELLI précise à cet égard les dangers d'une telle liberté, prétexte aux abus de tout genre comme le montre l'exemple des noms de domaines qui ont été pendant soumis à l'adage du « premier arrivé, premier servi ». Par un retour à l'époque de la conquête de l'Ouest, la désignation des sites a créé une véritable anarchie dès lors que la première personne qui choisissait une désignation même connue pouvait s'opposer à l'usage de ce nom par son détenteur légitime dans le monde réel. Pierre SIRINELLI, « L'adéquation entre le village virtuel et la création normative - Remise en cause du rôle de l'Etat », dans *Internet Which court decides? Which law Applies? Quel Tribunal décide? Quel droit s'applique?*, *op.cit.*, note 33, 1-20, p. 6.

⁵¹ Jacques BERLIER et Tanguy EWBANK DE WESPIN, « Gouvernance de l'Internet : réglementation, autorégulation, co-régulation? », in *Gouvernance de la société de l'Information*, actes du séminaire, Namur, 15-16 juin 2001, Cahiers du CRID, n°22, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 38.

⁵² P. SIRINELLI soulignait à juste titre que « les difficultés rencontrées par les Etats tiennent moins à l'inadéquation des normes existantes qu'à la profusion de textes susceptibles de s'appliquer. Et c'est moins le contenu de la règle qui préoccupe que son effectivité ». P. SIRINELLI, « L'adéquation entre le village virtuel et la création normative - Remise en cause du rôle de l'Etat », dans *Internet Which court decides? Which law Applies? Quel Tribunal décide? Quel droit s'applique?*, *op.cit.*, note 33, p. 5.

généraux destinés aux internautes, tantôt des principes spécifiques conçus pour les acteurs professionnels⁵³. Ce pluralisme reflète la somme des pouvoirs normatifs du Réseau. Des instances gouvernantes⁵⁴ aux protagonistes de l'activité, pour tous l'objectif d'assurer la pleine efficacité de l'Internet. A ceci s'ajoutent bien sûr les règles en vigueur tant au niveau nationale qu'internationale qui ont naturellement vocation à s'appliquer au réseau.

L'examen de la réglementation dévoile cependant une hétérogénéité qui confirme que nous n'en sommes qu'« au balbutiement, au B.A.B.A d'un processus⁵⁵ ». Comme l'est la problématique juridictionnelle d'Internet, l'édification d'un droit du cyberspace est, elle aussi, complexe. Cet environnement perméable, « rend [en effet] impossible le jeu d'un acteur unique officiel pouvant prétendre organiser l'ordre juridique⁵⁶ ». Il est vrai que:

« The design of the Internet is such that even if a territorial sovereign could take legal jurisdiction of cyberspace-dwellers living in their physical geographic area, it is not clear that it could do anything to stop the influx of information across the Web into its jurisdiction⁵⁷. »

L'absence de frontières empêche la régulation de la circulation des personnes et des biens à l'entrée comme à la sortie des territoires nationaux. Ici

⁵³ A titre illustratif on peut relever: « The internet: Twelve Commandments », les recommandations du Global Business Dialogue on Electronic Dialogue (GBDe), mémorandum on self-regulation of internet content de la fondation Bertelsmann, la charte de l'édition électronique, les codes de conduite des associations professionnelles de fournisseurs de services membre du réseau européen ISPA ou les documents contractuels de fournisseurs de service tels que Excite, Geocities, Yahoo!, Global One. P. AMBLARD, *La régulation de l'Internet: L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op.cit.*, note 29, p. 2.

⁵⁴ Les acteurs techniques du réseau sont réunis au sein de structure privé. Ils assurent la standardisation technique du Réseau. Il s'agit principalement d'organismes tels que l'Internet Society (ISOC), le World Wide Web Consortium (W3C) ou encore l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN).

⁵⁵ J. BERLIER et T. EWBank DE WESPIN, « Gouvernance de l'Internet: réglementation, autorégulation co-régulation? », dans *Gouvernance de la société de l'Information*, *op.cit.*, note 51, p. 38.

⁵⁶ P. AMBLARD, *La régulation de l'Internet: L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op.cit.*, note 29, p. 3.

⁵⁷ R. c. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: A systems Approach – Potential, Problems, and a Proposal », *loc.cit.*, note 1, 184.

nul besoin d'accords de libre échange, la mobilité des ressources ne nécessite aucun accord préalable. Refaçonner la normativité est donc la seule façon de prendre en compte ses spécificités.

« [...] Nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement des différents ordres juridiques, c'est-à-dire l'interlégalité⁵⁸. »

L'absence de cloisonnement conduit à ce que Thévenot et Boltanski ont appelé le « conflit des mondes » et nécessite l'ouverture de la réflexion à la prise en compte dynamique de la pluralité des situations. Si à l'instar de Michel Alliot⁵⁹ on considère le Droit comme une mise en forme des luttes et un consensus sur le résultat de ces luttes, reste à savoir dans ce contexte cybernétique autour de quel paradigme ce *modus vivendi* va être établi. Les modèles en la matière sont en effet nombreux et le débat s'articule principalement autour de trois thèmes: la liberté, le partage et la contrainte. En d'autres termes, c'est la forme qui préoccupe : l'auto-régulation, la corégulation ou la régulation.

Si les termes diffèrent, ils sont cependant très proches dans le sens où ces variantes d'une même idée ont pour objectif de réglementer, de prescrire des normes de comportement. Les deux principes conducteurs étant la fluidité⁶⁰ et la

⁵⁸ Boaventura DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », (1988) 10 *D & S*, 379, 379-405, 382.

⁵⁹ Étienne Le ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, André LAJOIE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 37, citant Michel Alliot dans « Anthropologie et juridique, sur l'élaboration d'une science du Droit », (1983) 6 *Bulletin du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, 1990.

⁶⁰ L'auteur utilise cette notion afin d'appuyer à nouveau le constat de l'ineffectivité à tout le moins l'inefficacité du droit classique qui qualifie puis classe tout fait au sein de catégories juridiques qui sont autant de cadres spécifiques de règles attachées à l'objet qualifié. Créant de ce fait des branches de droit autonomes. Cependant sur Internet ces différentes branches interagissent ce qui accentue la difficulté d'une réglementation. P. AMBLARD, *La régulation de l'Internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op.cit.*, note 29, p. 98.

flexibilité⁶¹ afin de se détacher du modèle étatiste et moniste impossible à transposer dans le Réseau qui se regroupe dans le concept *soft law*⁶². Toutefois dans ce processus d'intervention et dans cet espace, la question du degré s'avère fondamentale, c'est en cela que ces termes témoignent de visions distinctes.

Selon la place que l'on veut donner à l'État, le terme d'autorégulation ou de corégulation sera préféré. En France, en raison d'une tradition interventionniste, le terme de corégulation sera favorisé dans la mesure où il :

« s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les "parties prenantes" et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations⁶³. »

Autrement dit, on adopte une position médiane entre l'action des acteurs et celles des États⁶⁴ et cela contrairement au concept d'autorégulation privilégié par les pays de common law.

En effet ce dernier fait prévaloir l'autonomie des acteurs en ce qu'ils élaborent eux-mêmes les règles dont ils s'assureront par la suite de leurs applications. Cet autocontrôle offrirait une plus grande efficacité par l'adéquation entre le champ de la régulation et le champ géographique du réseau, en sus des formes d'adoption et de révision plus souple librement consenties par les parties intéressées. Cependant ce système, longtemps considéré comme la seule alternative aux hiatus de la législation étatique et bien qu'il soit encore

⁶¹ Cette seconde notion renvoie et ce contrairement au droit étatique à une certaine facilité et capacité d'adaptation aux particularités du milieu qu'elles réglementent. P. AMBLARD, *La régulation de l'Internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op. cit.*, note 29, p. 100.

⁶² Ce concept est utilisé pour qualifier l'émergence de normes échappant au droit étatique et fondées sur le savoir et la pratique d'un contexte spécifique. La *lex mercatoria* en est un exemple édifiant. Gérard FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduites privés », dans *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold GOLDMAN*, Librairies techniques, coll. Litec droit Paris, 1991, p. 180.

⁶³ Bertrand Du MARAIS, « Auto-régulation, régulation et co-régulation des réseaux », Colloque « Droit de l'internet : Approches européennes et internationales », 19 novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Marais.pdf> p. 3.

⁶⁴ Le conseil d'Etat précise la notion dans ses termes : « La logique de la corégulation est d'associer en amont l'ensemble des acteurs, publics et privés, à l'élaboration et à l'application de règles permettant le respect de la réglementation ». Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998.

aujourd'hui prôné⁶⁵, a déjà montré ses limites et peut apparaître spécieux dès lors qu'il permet aux opérateurs déjà en place de régir à leur guise l'entrée des nouveaux arrivants tout en ayant la possibilité d'échapper à leur responsabilité⁶⁶.

Autant de suffixes pour appréhender la régulation, avec néanmoins un but commun, à savoir :

« [...] proposer des approches de régulation procurant à la fois une protection appropriée aux protagonistes tout en se modelant sur les usages et les contextes concrets dans lesquels se déroulent les activités de l'Internet⁶⁷. »

Pourtant l'équilibre reste délicat à trouver. Le poids de l'État dans la culture juridique considérée influe sur les modes de raisonnement. Aussi une autre voie a été recherchée dans le recours à une *Lex electronica*⁶⁸. Par analogie à la *lex mercatoria*⁶⁹, cet ensemble regrouperait « toutes les règles juridiques informelles applicables dans le cyberspace⁷⁰ ». Une précision s'impose dès le

⁶⁵ Elle est en effet encore revendiquée par les acteurs prépondérants de l'économie numérique comme la fondation Bertelsmann ou le Global business Dialogue.

⁶⁶ P. AMBLARD, *La régulation de l'Internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op.cit.*, note 29, p. 104.

⁶⁷ P. TRUDEL, « Le droit d'Internet au Canada », dans *Internet et le droit : Droit français, européen et comparé de l'Internet, Actes du colloque Victoires*, Paris, 2001, p. 160.

⁶⁸ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », *loc.cit.*, note 18, 5 ; Voir aussi sur cette question É. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *loc.cit.*, note 22, 323 ; D. R. JOHNSON et D. G. POST, « Law and Borders -- The Rise of Law in Cyberspace », en ligne : http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html ; Jean-Jacques LAVENUE, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », (1996) 3 *R.R.J.* 811, 824.

⁶⁹ Bernardo M. CREMADES et Steven L. PLEHN, « The new *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions », 2 *B.U.Int. L. J.* 317 (1984); Emmanuel GAILLARD, « Trente ans de *Lex Mercatoria* - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J.C.P.G.* 14147; Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et « *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, vol. 9, Paris, Sirey, 1964, 177-192; B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives » 3-4 (1979) *J.D.I.* 476-505; Philippe KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? », dans *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, *op.cit.*, note 61.

⁷⁰ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYEKHEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », *loc.cit.*, note 18, 3. La *lex electronica* aurait

départ, il ne s'agit pas de dire que ces usages⁷¹ occupent d'ors et déjà une place de choix dans le commerce électronique mais qu'ils seront amener inévitablement à y jouer un rôle essentiel.

L'explication réside dans leur nature intrinsèque qui se concilie aisément avec les données patentées du monde cybernétique. Ils surmontent en effet tous les obstacles liés au caractère transnational des échanges⁷², à l'évolution technologique⁷³, au caractère technique de l'environnement visé⁷⁴. En outre, et nous l'avons déjà évoqué, le cyberspace se développe à la manière d'un club, d'une communauté. Or « l'usage est à la société ce que la loi est à l'État⁷⁵ ». Partant l'élaboration des principes juridiques par le groupe n'en serait que plus efficiente comme le relève le professeur Vincent Gautrais :

« Sans interventions nationales ou internationales, des entités d'influences variables, établissent séries de normes qui par le poids de leur persuasion, souvent

des sources tant institutionnelles (conventions internationales, codes de conduite, contrats-types) que substantielles par les contrats types et les usages.

⁷¹ Les auteurs divisent les sources de la *lex electronica* en deux catégories. La première vise les sources institutionnelles qui concernent les produits d'organismes reconnus. Il s'agit notamment des traités et conventions internationales telles que la loi modèle de la C.N.U.D.C.I mais également des instruments contractuels que sont les codes de conduite (tels que les règles U.N.C.I.D), les contrats types et les instances arbitrales. La seconde concerne quant à elle les sources substantielles. Il s'agit principalement des pratiques contractuelles en matière de commerce électronique, qui par leur répétition sont susceptibles de constituer des standards normatifs, dans V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYEKHFLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », *loc.cit.*, note 18, 22-46.

⁷² V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYEKHFLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », *loc.cit.*, note 18, 7.

⁷³ *Id.*, 8.

⁷⁴ *Id.*, 9.

⁷⁵ « Customs is to society what law is to the state. Each is the expression and realization, to the measure of men's insight and ability, of the principles of right and justice. The law embodies those principles as they commend themselves to the incorporate community in the exercise of its sovereign power. Custom embodies them as acknowledges and approved, not by the power of the state, but by the public opinion of the society at large », Glanville WILLIAMS, *Salmond on Jurisprudence*, 11 éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1957, p. 234.

économique, parviennent à obtenir une reconnaissance parfois très grande auprès de l'ensemble de la communauté du cyberspace. [U]ne interaction grandissante est en train de s'établir entre les modèles proposés par les *acteurs* du médium de communication et la *communauté* elle-même, avides de sources normatives étant donné la moindre existence et pertinence de sources formelles⁷⁶. »

Les propos d'Éric Caprioli et Renaud Sorieul appuient ce constat et anticipent toute critique ayant trait à cette émergence trop soudaine des coutumes;

« Si chacun s'accorde à penser que les réseaux de communication entraînent à la fois accélération du temps et réduction de l'espace dans le village planétaire, l'impact de ces facteurs sur la formation des règles juridiques internationales ne peut être négligé. Ne fût-ce que parce qu'il est accéléré par la vitesse des moyens modernes de communication qui tend "à écarter le facteur temps nécessaire à la formation de la coutume", assimiler le phénomène à une "coutume à formation rapide, quasi-instantanée" ne semble pas abusif⁷⁷. »

Ce courant de pensée qui s'articule autour de la notion de *lex electronica* ne rallie cependant pas à lui tous les suffrages. Ainsi nous pouvons citer parmi nombre d'auteurs Olivier Cachard⁷⁸, qui dénonce, l'analogie qui est faite avec la *lex mercatoria*. Sa démonstration se base sur plusieurs arguments, notamment l'absence d'uniformité du groupe qui, à l'inverse de la *societas mercatorum*⁷⁹, réunit aussi bien des professionnels que des consommateurs ou

⁷⁶ V. GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998, pp. 292-293.

⁷⁷ É. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *loc.cit.*, note 22, 328-329.

⁷⁸ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 21.

⁷⁹ O. CACHARD souligne sur ce point que « le commerce international traditionnel met en relation des professionnels à propos d'opérations qui ne font pas nécessairement l'objet d'une réglementation impérative en droit interne. Au contraire, le marché électronique réunit non seulement des professionnels mais aussi des consommateurs et des épargnants, qui sont des sujets dignes de protection. Aussi, les opérations sur le commerce électronique font-elles souvent l'objet d'une réglementation impérative ». O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 19.

épargnants. Parler d'usages paraît des lors délicat dans la mesure où ce manque d'homogénéité modère l'essor d'usages, ou à tout le moins, les cantonne à « un segment du marché électronique ». De la même manière le domaine même de la *lex electronica* serait limité aux seuls échanges électroniques sans s'intéresser à la substance contractuelle trop vaste en ce qu'elle englobe une « pluralité de branches d'activités⁸⁰ ».

Ceci dit, ces arguments ne doivent pas servir à jeter l'anathème sur la pertinence de ce néologisme. En effet, en raison de la complexité de la dialectique du droit et de l'Internet, on ne peut écarter le fait que cette valorisation des usages est « une des solutions pour établir une liaison et pour éviter un hiatus entre le droit, dans sa conception traditionnelle, et la donnée factuelle nouvelle qu'est le cyberspace⁸¹ ».

Participant au mouvement de mondialisation, Internet a fait éclater les frontières. Sa généralisation a soulevé dès le départ la question des ajustements, tant en ce qui a trait à sa régulation, qu'au règlement de litiges qu'il ne manque pas de provoquer. Face à l'antinomie entre les règles de conflits lois et juridictions - consubstantielles à la notion d'État - et ses particularités, la question est de savoir si les règles du droit international privé peuvent encore remplir leur office (Chapitre II).

⁸¹ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYEKHEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », *loc.cit.*, note 18, 52.

Chapitre II : Conflit des Lois

Au XVI^{ème} siècle, Dumoulin se faisait le chantre de l'autonomie de la volonté⁸², qui une fois reconnue permettrait aux parties de choisir elles-mêmes la loi applicable à leur contrat⁸³ et, le cas échéant, la juridiction apte à entendre tout litige issu de ce même contrat. Il est certain que ces initiatives simplifient la tâche du juriste et évite toutes les difficultés liées aux conflits de lois et de juridictions. Pourtant cette possibilité reste peu utilisée tant dans les contrats internationaux classique qu'aujourd'hui dans les contrats cyberspatiaux. Se pose aussi, avec toute son acuité, la question de l'application des règles du droit international au réseau.

Considérations liminaires: Le contrat cyberspatial : une définition conflictuelle

La question de l'internationalité du contrat de vente sur Internet nécessite d'être soulevée en amont afin d'évoquer ensuite le jeu éventuel des règles du droit international privé. En effet, l'objet du droit international privé est d'appréhender une situation internationale litigieuse qui peut se définir selon deux points de vue. Le premier, subjectif, concerne la relation « internationale qui présente avec l'organe étatique qui la contemple un élément d'extranéité, c'est-à-dire un élément par lequel elle est en contact, ne serait-ce que partiellement, avec un ordre juridique étranger⁸⁴ ». L'indice subjectif réside dès lors dans la variation de l'identité de cet élément selon le point de vue de l'autorité à laquelle la question est soumise. Le second point de vue, quant à lui, renvoie à une relation

⁸² Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

⁸³ Henri BATTIFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Arch. Publ. de droit*, 71, Sirey, Paris, 1957, 71-86.

⁸⁴ Pierre MAYER, *Droit international privé*, 5 éd., Paris, Montchrétien, 1994, p. 10.

« qui met en cause deux ou plusieurs pays, par ses éléments intrinsèques⁸⁵ ». Là encore, ce sont des éléments d'extranéité qui serviront de référents. Ils seront objectifs, toutefois, parce que « le rattachement existe en soi, avant tout recours en justice, toute saisine d'un organe étatique quelconque, et se laisse constater même par un observateur extérieur à tout ordre juridique⁸⁶ ». Cette dernière définition étant préférée en ce qu'elle permet une intervention plus complète du droit international privé⁸⁷.

L'élément d'extranéité est l'élément par lequel le contrat est en contact, ne serait-ce que partiellement, avec un ordre juridique étranger. Il y a de nombreux éléments d'extranéités qui peuvent conférer au contrat un caractère international. Il peut s'agir du domicile, de la nationalité, de la situation géographique d'un bien ou encore du lieu de conclusion du contrat.

La détermination n'étant pas toujours aisée en matière de contrat international, ces critères juridiques ont été combinés avec le critère économique de la mise en jeu des intérêts du commerce international⁸⁸.

Moins aisée encore sera son application au cyberspace. Ce dernier est certes doté d'une ubiquité fortement liée à son caractère dématérialisé, mais cela suffit-il à conclure que « l'internationalisation [est] inhérente à la technologie employée »? L'absence de frontières lui conférerait automatiquement, dans cette optique, un caractère international⁸⁹. Certains auteurs en sont convaincus⁹⁰ comme le montre le syllogisme suivant :

⁸⁵ P. MAYER, *Droit international privé*, op.cit., note 84, p 12.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ En droit français la doctrine Matter a pendant longtemps déterminé l'internationalité du contrat par rapport à un critère du flux et reflux au dessus des frontières. Cette analyse trop précise, mettait cependant hors du champ nombres de contrats intéressant le domaine international. Elle a été donc par la suite remplacée par le critère de la mise en jeu des intérêts du commerce international. Mais celui qualifié de trop vague a du être complété par d'autres éléments plus juridiques.

⁸⁹ M. VIVANT et al., *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet*, Paris, Lamy, 2005, p. 1450.

« Le problème de la loi applicable ne se pose, par définition, qu'en cas de contrat ou de situation internationale. Or, le propre du réseau Internet est d'être international. Le problème de la loi applicable se posera donc dans la plupart des contrats conclus par le biais du Web⁹¹. »

Cependant affirmer que tout contrat conclu en ligne est international est délicat. L'expression peut apparaître, en effet, inappropriée dans la mesure où elle ne peut être détachée de la géopolitique mondiale. Cet espace par sa nature intrinsèque n'en tolérant aucun, la notion de contrat international lui est donc difficilement transposable⁹².

En outre cette qualification ne va pas nécessairement de soi, notamment en matière de commerce électronique. Ainsi, le professeur Vincent Gautrais souligne qu'exciper de l'internationalité de tous les contrats conclus dans le cadre du cyberspace revient, à l'image de la rhétorique aristotélécienne, à avancer « un lieu commun⁹³. »

Lorsqu'un contrat est conclu en ligne, il peut en effet être potentiellement international sans qu'il n'ait de prime abord ce caractère. L'observation du contrat conclu par ce médium montre que le rattachement à un droit national est

⁹⁰ N. BRAULT, « Le droit applicable à l'Internet : De l'abîme aux sommets », *loc.cit.*, note 18; Jean-Pierre BUYLE et Olivier POELMANS, « Internet : quelques aspects juridiques », 2 (1996) *D.I.T.* 10, 11; S. POILLOT-PERUZETTO, « La loi applicable au contrat par voie électronique », Travaux de l'Association Henri Capitant, 2000, cité par O. CACHARD, *La régulation du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 152; Jérôme HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », Colloque international-Droit de l'internet - Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Huet.pdf>

⁹¹ Gérard HAAS, « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998) *Juriscom.net*, en ligne : <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm>

⁹² Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse doctorat, Université de Laval Québec et de Paris Panthéon Assas, 2003, à l'adresse: <http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.pdf>; 232.

⁹³ V. GAUTRAIS, « Les cyberachats sont-ils vraiment internationaux », Paru dans *Cyberpresse.ca*, Vendredi 27 juillet 2001.

toujours possible. Les marchés présents sur le cyberspace restent souvent nationaux et notamment en matière de vente à la consommation, ces grandes antennes telles que eBay prenant le soin de créer des relais locaux. Le postulat de la transnationalité des contrats électroniques n'est pas, en conséquence, aussi clairement établi que certains auteurs s'évertuent à le démontrer. Et ce d'autant plus que la question de la définition du cyberspace n'est pas tranchée.

Le réseau Internet est-il un médium qui permet une communication faisant fi de tout obstacle physique et transcendant une territorialité par rapport à laquelle il se définit⁹⁴; ou est-ce devenu un espace d'un nouveau genre, un espace à part entière reconstitué en dehors de toutes les logiques traditionnelles de délimitation : le cyberspace⁹⁵? On l'aura compris alors que certains encouragent le maintien d'un lien avec l'espace réel d'autres réfutent tout assujettissement.

Quoiqu'il en soit, cyberspace peut difficilement constituer en lui-même un facteur de rattachement, cette notion traduisant son rapport à un ordre juridique déterminé. On retrouve ici la problématique évoquée plus avant de la capacité de cet espace à produire ces propres normes juridiques, condition indispensable à la reconnaissance de son autonomie en tant qu'entité juridique⁹⁶. Les deux concepts étant liés, l'un ne saurait aller sans l'autre⁹⁷.

A défaut de règle générale sur cette question de son internationalité, une proposition intéressante a été avancée :

⁹⁴ Laurence LESSIG, « The Zone of Cyberspace », 48 *Stan.L.Rev.* 1043 (1996); G. KAUFFMANN-KHOLER, « Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges? », dans *Internet Which court decides? Which law Applies? Quel Tribunal décide? Quel droit s'applique?*, *op.cit.*, note 32, p. 91.

⁹⁵ D. R. JOHNSON et D. POST, « Law and Borders-The rise of Law in Cyberspace, *loc.cit.*, note 49, 1367.

⁹⁶ Paul LAGARDE précise que l'existence d'un ordre juridique est soumise à deux conditions : la présence d'un ensemble de règles et d'autre part l'existence d'une société productrice de normes, citée par S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, note 451.

⁹⁷ *Id.*, 457.

« [...] il serait souhaitable de remplacer les termes habituels pour décrire le contrat – local, national, international, transnational – par l’unique terme « cyberspatial ». Ainsi, dans la notion de vente cyberspatiale, telle que nous l’avons définie, le mode de conclusion emporte la qualité. Puisque tout le monde s’accorde pour dire que le « lieu de naissance » de la relation nouée dans le cyberspace est en dehors des zones territoriales terrestres, cela revient à dire qu’il est « étranger » par rapport à elles. En ce sens, on pourrait qualifier ce contrat de « transmondial » puisqu’il a des liens avec deux mondes, le monde virtuel et le monde terrestre. Il s’agit évidemment d’un nouveau type de catégorie, *sui generis*, mais l’innovation ici se justifie en raison des difficultés inhérentes à la technique ainsi que de sa nouveauté⁹⁸. »

Cette proposition a le mérite d’instiller une certaine « certitude » en matière de localisation, certitude que les activités virtuelles rendent délicate. On dote le contrat virtuel de caractéristiques propres sans toutefois le détacher des liens terrestres indispensables à la mise en jeu des règles de conflits de lois⁹⁹.

« Le contrat de commerce électronique est un contrat qui se veut par essence mais non par nécessiter un contrat international. Il est international par essence car le réseau sur lequel il est conclu est lui-même international¹⁰⁰. »

Section I : Les conflits de législations : la notion de territorialité mise à mal.

L’arrivée des nouveaux marchés virtuels n’a pas simplement permis aux cyberconsommateurs d’accéder à une plus vaste gamme de produits.

⁹⁸ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, op.cit., note 92, 363.

⁹⁹ Id., 363.

¹⁰⁰ François JACQUOT et Barbara WEITZEL, « Le règlement des litiges », dans *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 310.

Parallèlement l'exposition et la soumission au droit et à la compétence de ces marchés en ont inévitablement découlé¹⁰¹.

Or l'objet du droit international privé est le suivant: de la méthode conflictuelle à celle qualifiée de matérielle, il a pour but de résoudre les problèmes juridiques qui résultent de l'existence d'éléments d'extranéité entre personnes privées¹⁰². Il est, *prima facie*, fortement adapté à la résolution des conflits que favorise le développement du cyberspace dès lors que ces règles de conflits de lois naissent très justement du « trop plein et non du vide juridique ». L'ajustement de ces règles au monde cyberspatial ne va pourtant pas de soi, l'asymétrie est apparente entre le réseau et les concepts internationaux.

La doctrine du droit international privé se base en effet sur un lien. Un facteur rattachant de manière certaine la situation à un ordre juridique. La localisation, si chère aux internationalistes¹⁰³, s'avère difficile sans repères physiques¹⁰⁴.

Pour autant, le cyberspace rend-t-il les règles traditionnelles du droit international privé totalement inaptes ? Nous ne le pensons pas. Cependant il complique leur efficacité et remet en cause leur utilité. Lorsqu'un acheteur est insatisfait dans le monde réel, les solutions semblent évidentes. Il connaît en général le nom et l'adresse de son fournisseur. Que cela soit en droit interne ou international, les mécanismes de résolution des conflits sont aujourd'hui établis. Ils fonctionnent, on le sait, de même que les garanties procédurales énoncées dans

¹⁰¹ S. LASKSHMINARAYAN, Juridictions compétentes et Internet, à l'adresse : <file:///G:/MEMOIRE%20D/juridictions%20compétentes%20et%20internet.htm>

¹⁰² Patrick COURBE, *Droit International Privé*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Collin, 2003, p. 1.

¹⁰³ S. GUILLEMARD dit à ce propos que la question préférée des juristes de ce droit est : où, cette question préjudicielle déterminant ou non leur intérêt et intervention à l'affaire, dans *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, 363

¹⁰⁴ R. BORDONE, « Our real space legal jurisdictions are essentially defined by geography, by the physical boundaries of space. Issues of personal jurisdiction and choice of law in the real world depend on where the action takes place. The global nature of the cyberspace medium events seem to happen everywhere at the same time raises serious jurisdictional and substantive questions », dans « Electronic Online Dispute Resolution: a systems approach-Potential, problems, and a proposal, *loc.cit.*, note 1, 176.

les grands textes internationaux sont respectées par nombre de pays. En revanche, sur Internet rien n'est simple. Ne serait-ce qu'identifier avec certitude son contractant n'est pas chose facile, le localiser encore moins. La configuration de la toile permet un accès, en principe planétaire, cette immatérialité bouscule les repères. En effet les opérateurs proposent en général à des consommateurs répartis sur différents territoires le même service au même moment, et ceci au travers d'une seule et même Interface. L'encadrement juridique de l'opération proposée sera unique pour tous les consommateurs alors que ces derniers n'auront pas eu conscience du caractère transfrontalier de l'opération¹⁰⁵.

En l'absence de conventions internationales spécialement adaptées aux particularités du commerce électronique, et ce dans une moindre mesure d'une réglementation propre à chaque pays, l'analyse des compétences législatives résultera le plus souvent du lieu où l'action en justice est introduite, autrement dit du premier forum devant lequel le litige a été soumis. Chaque juridiction dispose de fait de ses propres règles de conflits, afin de déterminer les règles de fond applicables à l'espèce¹⁰⁶.

Ainsi peut-on déterminer trois principaux facteurs de rattachement dans les relations traditionnelles.

1. Le lieu de conclusion du contrat

La *lex loci actus* a été, des le moyen âge¹⁰⁷, le rattachement de principe parce qu'approprié aux contrats de l'époque. De la France¹⁰⁸ au Québec¹⁰⁹, ce critère s'appliquait aussi bien sur la forme que sur le fond du contrat. La rencontre des volontés ayant eu lieu dans ce pays, la loi du lieu de conclusion était considérée

¹⁰⁵ Yves BRULARD et Pierre DEMOLIN, « Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet », dans *Internet face au droit*, op.cit., note 20, 1997, p. 24.

¹⁰⁶ A. MONCAYO VON HASE, « les litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », loc.cit., note 19, p.17.

¹⁰⁷ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, op.cit., note 92, p. 180.

¹⁰⁸ P. MAYER, *Droit international privé*, op.cit., note 84, p. 511.

¹⁰⁹ Article 8 du Code civil du Bas Canada.

comme la plus à même d'en « fixer les traits juridiques¹¹⁰ ». Même si elle sera par la suite partiellement délaissée, elle conserve son rôle de référent pour toutes les questions ayant trait à la forme du contrat. En sa faveur, un caractère pragmatique lui a été reconnu de façon générale :

« Le lieu de l'acte présente des avantages évidents de commodité. C'est au lieu où elles se trouvent que les parties peuvent le plus aisément se renseigner sur les formalités nécessaires; si elles font appel à un juriste local (avocat, notaire, conseil juridique), celui-ci procède normalement selon la loi du pays où il exerce¹¹¹. »

Aussi, aujourd'hui encore, elle se retrouve tant au niveau des règles conventionnelles européennes¹¹² que dans le droit interne québécois. Son efficacité est cependant spacieuse face à des échanges dématérialisés qui s'effectuent en ligne de leur création à leur réalisation. L'identification, le lieu et le moment de la conclusion d'un contrat par Internet s'avèrent délicats dans cet espace virtuel constitué uniquement par les adresses IP des machines entre lesquelles circulent les messages et l'information¹¹³. L'enjeu déborde donc du cadre de la seule théorie de la réception de l'offre dans la mesure où l'on ne peut se référer à un lieu géographique précis, mais souvent à plusieurs.

« Dans le commerce électronique, il est difficile de dire que la conclusion d'un contrat se situe dans un lieu particulier : elle est initiée [...] à partir d'un terminal, et traitée dans un ordinateur qui la reçoit, pour être éventuellement acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux généralement différents¹¹⁴. »

¹¹⁰ J-P. NIBOYET, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? » (1950) *R.C.D.I.P.* 509 -527, 516.

¹¹¹ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 2001, 509.

¹¹² En ce qui a trait à la forme du contrat : art. 3109 C.c.Q., 9 § 1 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE, en ligne http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/498y0126-3/498y0126-3_FR.doc.

S'agissant du fond du contrat Art. 3114 § 1 C.c.Q., art. 3117 C.c.Q. et art. 5 § 2 Convention de Rome.

¹¹³ D. R. JOHNSON et D. G. POST, « Law and Borders -- The Rise of Law in Cyberspace », *loc.cit.*, note 48.

¹¹⁴ J. HUET, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » (1997) 116 *P.A.*, 6, en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/pa>, § 27.

Un tel critère perd donc toute pertinence dans le cadre des contrats cybernétiques car :

« Lorsqu'un client fait parvenir son acceptation par courrier électronique, il est difficile d'établir « où » elle se trouve puisqu'elle n'est pas déposée dans l'ordinateur de l'interlocuteur mais plutôt à l'adresse numérique du serveur qui abrite le compte de l'utilisateur destinataire. En outre, il n'y a pas de correspondance réelle entre le lieu d'établissement d'une partie sur la planète et le cyberspace. En établir une consisterait en une fiction, et il est difficile de choisir où la fixer¹¹⁵. »

2. Le lieu d'exécution de l'obligation

Visé aux articles 3114 al. 2 § 2 du Code civil du Québec et 8 § 2 *b*) Convention de La Haye de 1986, un second facteur doit être évoqué à savoir son lieu d'exécution. Ce facteur, déterminant dans les opérations de ventes internationales¹¹⁶, n'échappe pas plus que le premier au recul de la territorialité. S'il est effectivement applicable lorsque l'objet de la transaction est un bien tangible, il en va autrement face aux biens intangibles qui sont fréquents dans le commerce électronique. Qu'il s'agisse de logiciels, d'abonnements, d'accès à des bases de données, la détermination de la situation géographique des intéressées sera tout aussi problématique que le critère du lieu de conclusion du contrat. Comme le souligne Olivier Cachard :

« Les parties, quoique distantes, n'ont pas besoin de se déplacer ni pour la conclusion ni pour l'exécution : on se trouve ici face aux conséquences les plus extrêmes de la dématérialisation¹¹⁷. »

Lorsqu'un contrat s'exécute entièrement en ligne, il fait alors partie intégrante du monde analogique sans assises géographiques. Le cyberspace empêche par définition toute localisation du contrat et nous oblige par la même à nous tourner vers une solution alternative.

¹¹⁵ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse doctorat, *op.cit.*, note 92, 464.

¹¹⁶ P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.

¹¹⁷ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 145.

3. La proximité avec le contrat

Ce critère participe de la volonté de ne plus fixer approximativement le contrat en un lieu¹¹⁸, mais d'en définir le centre de gravité par la prise en compte de divers indices. Ce procédé se base sur la recherche de la « loi qui présente les liens les plus étroits¹¹⁹ » avec l'opération considérée. Il ne s'agit plus de rattacher géographiquement le contrat mais bien au contraire de se concentrer sur l'aspect « relationnel¹²⁰ » de l'opération pour reconnaître, par le truchement d'une analyse à la fois juridique et économique, la loi applicable au contrat. La première permet d'identifier la qualité - créancière ou débitrice - de chacune des parties alors que la seconde détermine la fonction économique. L'acheteur, créancier, n'est qu'un client passif contrairement au débiteur de la prestation caractéristique qui a un rôle actif au niveau économique. Cette fonction sera prépondérante dans le choix de la loi applicable car elle enracine l'opération contractuelle dans le système juridique où il a son établissement. Et justifie naturellement le rattachement du contrat « à l'ordre juridique dans lequel il déploie sa fonction économique ou sociale¹²¹ ».

4. L'établissement du débiteur de la prestation caractéristique

Les opérations du commerce électronique, quoique dématérialisées, sont le fait de personnes physiques basées sur un territoire¹²². De prime abord le critère reste donc adapté en ce qu'il est « purement conceptuel [...] et lié à l'institution

¹¹⁸ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, op.cit., note 92, 195.

¹¹⁹ Article 4 § 1 de la Convention de Rome et 3112 du C.c.Q.

¹²⁰ Adolf F. SCHNITZER, le contrat n'étant pas « un phénomène du monde extérieur » mais une pure création de la pensée humaine, il est faux et vain de chercher à lui trouver des repères géographiques. Le fait qu'il ait pris naissance à telle ou telle place et qu'il soit exécuté à tel endroit sont des considérations qui se situent en dehors de la sphère contractuelle. « La loi applicable aux contrats » (1955) R.C.D.I.P. 459-484, 459.

¹²¹ Id.

¹²² L. LESSIG, « The Zone of Cyberspace », loc.cit., note 94, pp. 1403-1411.

juridique contractuelle¹²³ ». Toutefois ce n'est pas tant la prestation caractéristique qui pose problème mais l'identification de l'assise spatiale des opérateurs et partant de leur ancrage dans un ordre juridique déterminé qui soulève des difficultés au niveau du cyberspace. Les problèmes liés à la technique resurgissent dès lors qu'il s'agit d'identifier et de localiser le correspondant. Les internautes n'ont souvent pas conscience de la distance. C'est donc ce défaut de visibilité causé par l'éclatement des frontières qui va rendre les acheteurs réticents à s'engager contractuellement via Internet.

Certes pour atténuer ce problème, des obligations pèsent maintenant sur les fournisseurs. Ainsi ces derniers se sont vus imposer l'obligation d'indiquer le lieu de leur établissement sur le site transactionnel¹²⁴. Mais ces solutions requièrent une honnêteté totale quant à la véracité des données transmises que rien ne permet, à priori, de vérifier. Les acheteurs se retrouvent donc exposés aux manœuvres peu scrupuleuses de vendeurs indécents¹²⁵.

Cette solution, acceptable lorsque la transaction concerne deux professionnels, présente un inconvénient majeur dans le cadre de contrats conclus entre professionnels et consommateurs. En effet, elle fait perdre à ces derniers le bénéfice de dispositions protectrices que leurs législations nationales respectives ont pu prévoir. L'application de « la loi du pays de destination » prévaut alors dans de nombreux textes. Protéger par son cadre national, l'acheteur ingénu se

¹²³ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, 471. Elle permet d'éviter plusieurs écueils. Elle est indépendante de la nature de l'objet de l'opération, donc concerne autant les biens tangibles que ceux délivrés par voie numérique. D'autre part, elle ne comporte pas en elle-même de référence à une localisation.

¹²⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »), Journal officiel no L178 du 17/07/2000 p. 0001-0016, en ligne : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html ; OCDE, Recommandation du conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (décembre 1999) », en ligne <http://webnet1.oecd.org/pdf/M00000000/M00000360.pdf>; Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.Q., c. 32, art. 29, en ligne : http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fr/cgi/telecharge.cgi/161F0129.PDF?table=gazette_pdf&oc=161F0129.PDF&gazette=4&fichier=161F0129.PDF

¹²⁵ Ce constat est cependant atténué en raison des conséquences néfastes d'une mauvaise réputation sur le commerçant.

trouverait désappointé s'il devait à la suite d'une acquisition minime se voir appliquer la loi d'un pays dans lequel il n'a peut-être jamais mis les pieds.

La conséquence directe pour les vendeurs est cependant de les exposer à une kyrielle de législations correspondante au large marché que leurs activités électroniques leur permettent d'atteindre. Ces derniers s'y opposant vivement, préfèrent cibler une clientèle plus restreinte¹²⁶. Les répercussions seront toutes aussi importantes pour les consommateurs puisqu'elles obturent l'accès à un marché plus concurrentiel.

Le bras de fer entre partisans et opposants de l'application de la loi du « pays d'origine » fait donc des émules alors même qu'aucune solution intermédiaire n'a été trouvée. L'application de la « loi du pays d'origine » a néanmoins la faveur de la communauté économique internationale et ce, tant au niveau normatif que juridictionnel.

Cela étant, le droit international privé ne se limite pas aux règles de conflits de lois, les disparités entre les législations nationales ont depuis des décennies suscité des efforts d'harmonisation. La vente, vecteur du commerce international, a été l'un des premiers domaines de l'uniformisation des règles. L'adoption de la Convention internationale de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises¹²⁷ illustre ce mouvement. Son application aux transactions du commerce électronique demeure néanmoins restreinte. Outre le fait qu'elle peut être aisément écartée par les parties, elle comporte plusieurs restrictions inhérentes à son champ d'application matériel qui exclut de nombreuses

¹²⁶ Karen STEWART et Joseph MATTHEWS, « Online arbitration of cross border dispute », 54 *U. Miami L. Rev.* 1111(2002), 1115.

¹²⁷ Bernard AUDIT, *La vente internationale de marchandises - Convention des Nations unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990; Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, Droit uniforme, Paris, LGDJ, 2000; Claude WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris, LGDJ, 1995. Des sommaires commentés sont publiés une fois par an au Recueil Dalloz, C. WITZ (dir.) : 1997, p. 217-226 ; 1998, p. 307-317 ; 1999, p. 355-370 ; 2000, p. 433-450 ; 2002, 313-324 et 393-400.

opérations du commerce en ligne. Aussi, ni les ventes conclues entre professionnels et consommateurs, ni les contrats de service ne sont régis par ses dispositions¹²⁸. A ces réserves s'ajoute la réticence des États eux-mêmes à en permettre l'application. Rappelons pour mémoire que la Grande-Bretagne entre autres n'a pas ratifié la Convention.

Néanmoins le principe même d'une convention régissant les transactions électroniques ne doit pas être rejeté. En effet cette solution présente des avantages certains:

« Unifying substantive law has the advantage of removing the ordinary problems of choice law, because the choice is simply this body of law we call "Internet law". Unifying substantive law would allow that law to keep up with the shifting technological advancements and rapidly changing culture of the Internet. There would be a definite certainty and predictability for activities online, in that users, ISPs, court will all be able to track and interpret the same "rules of the road"¹²⁹. »

L'interrogation ne réside donc pas dans l'intérêt d'une telle convention mais plutôt dans son origine. M. Burnstein identifie à cet égard deux sources potentielles : « a common law of the Internet » ou « International Agreements ». La première rejoint l'idée décrite précédemment d'une *lex electronica* tandis que la seconde suppose l'élaboration d'un accord international. D'une manière analogue à la Convention de Vienne, celle-ci régirait spécifiquement les ventes en ligne. La loi type de la CNUDCI¹³⁰ s'inscrit dans cette approche, et peut être considérée comme un premier pas

¹²⁸ A. MONCAYO VON HASE, « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », *loc.cit.*, note 19, 5.

¹²⁹ Matthew BURNSTEIN, « A global Network in a compartmentalized Legal environment », dans *Internet Which Court Decides? Which Law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, *op.cit.*, note 33, p. 29.

¹³⁰ Cette loi type s'inscrit dans la lignée des travaux de la CNUDCI sur la dématérialisation des échanges. Elle vise à aider les États à mettre en place un cadre législatif moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter de façon plus efficace les questions du marché électronique. La loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) à l'adresse : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

vers l'établissement d'un tel codex. S'il est certain que cette dernière n'élimine en rien les conflits de lois, elle innove tout de même en établissant une esquisse de régime juridique et participe à l'ambition plus grande de « modéliser le droit privé du commerce mondialisé¹³¹. »

Section II: Les conflits de juridictions : la compétence étatique remise en question

« En ce qui concerne Internet, non seulement n'y a-t-il peut-être "aucun là là", mais le "là" est partout où il y a un accès Internet¹³². »

L'accès effectif à la justice constitue une garantie procédurale énoncée dans les grands textes internationaux des droits et libertés fondamentaux. Il n'en reste pas moins que sur la base des principes du droit international public, la compétence des tribunaux nationaux est déterminée par les États souverains. Partant ces derniers ont établi, de manière discrétionnaire, les cas dans lesquels ils estimaient que leurs juridictions devaient se voir attribuer la compétence pour connaître d'un litige international. Ces règles d'attribution se fondent, de manière générale, sur l'existence d'un lien suffisamment intense pour relier le contentieux à l'état du for. Il s'agit donc de standards permettant de focaliser le litige vers un État et ce de manière objective. La résidence, le domicile, de la nationalité ou encore le siège social de la société sont des exemples classiques. Cette prérogative est néanmoins limitée par le respect des impératifs¹³³ fixés dans les traités internationaux, auxquels l'État en question a éventuellement été partie, en

¹³¹ La loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, précitée, note 130.

¹³² Judge Nancy Gertner, dans l'affaire *Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology, Inc.*, 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997), cité par M. GEIST, « Il y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitudes juridiques par rapport à la compétence judiciaire sur Internet », *loc.cit.*, note 30, p. 2.

¹³³ C. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges », dans *Internet Which Court decides? Which law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique*, *op.cit.*, note 33, p. 94.

plus des exceptions traditionnelles formées par les immunités de juridictions ou le déni de justice.

Cet environnement cloisonné, on le devine aisément, est bouleversé par l'ubiquité de l'Internet. L'absence de frontières nuit à toute tentative de découpage territorial nécessaire à la répartition des compétences juridictionnelles.

A ce niveau, les potentialités du cyberspace offrent aux protagonistes autant d'atouts que de risques juridiques¹³⁴. A chaque action, une réaction potentielle, à savoir pour chaque société le risque d'être atraite devant une juridiction totalement étrangère et pour chaque consommateur le risque d'éviction des règles protectrices nationales. Loin d'être des hypothèses d'auteurs¹³⁵, ces écueils freinent considérablement le développement du commerce électronique.

Aussi, au même titre que pour le conflit de lois, le paradigme juridictionnel nécessite des réponses à des questions préjudicielles : Où l'action en justice peut-elle être intentée? Où l'entité peut-elle faire l'objet de poursuites judiciaires? Puis une fois la décision rendue, comment et quand une décision judiciaire ou arbitrale rendue dans une juridiction peut-elle être appliquée dans une autre?

La réconciliation entre les notions de territorialité et la dématérialisation est un défi de taille pour lequel seulement quelques principes directeurs ont été posés. Par le biais d'une description succincte, nous verrons qu'un dénominateur

¹³⁴ R. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: a systems approach-Potential, Problems, and a Proposal », *loc.cit.*, note 1, 181.

¹³⁵ LICRA c. Yahoo!, UEJF et LICRA c. Yahoo! Inc. et Yahoo France, TGI Paris 22 mai 2000, et Braintech, Inc. v. Kostiuik, 1999 ACWSJ LEXIS 1924 (C.A.C.-B. 1999) cité par M. GEIST, « Il y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitudes juridiques par rapport à la compétence judiciaire sur Internet », *loc.cit.*, note 30, pp. 1-2. Henry H. PERRIT, « Dispute resolution in cyberspace: demand for new forms of ADR », 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 675 (1999-2000), 676.

commun¹³⁶ semble toutefois se préciser entre les approches américaine, canadienne et européenne.

I. État des lieux: Entre les spécificités civilistes et les généralités de la Common Law.

L'apparente simplicité de la question de la compétence juridictionnelle a été très rapidement démentie. Confrontés à trois obstacles significatifs : l'identification des personnes, l'absence de présence physique et la localisation des personnes et des activités; les tribunaux ont tenté, à partir des principes de bases, d'élaborer des règles plus adaptées. C'est autour de critères généraux que, conformément à la tradition de la Common law, les tribunaux américains, canadiens et anglais ont répondu aux contentieux du cyberspace. Pour la jurisprudence européenne et québécoise, ce sera sur la base de critères spécifiques que le lien entre le forum et l'action devra être établi.

1. L'approche américaine et canadienne

Il semble logique, que les États-Unis étant le pays d'origine de l'Internet, leurs tribunaux aient été les premiers à connaître des litiges découlant de cette activité. Rien d'inédit non plus pour ces juridictions qui ont eu à statuer dès 1945 sur la compétence à l'égard de parties n'y ayant aucune présence physique. En effet de la décision de principe *International Shoe*¹³⁷, il ressort que l'attribution de la compétence à l'égard d'une personne nécessite :

« Des contacts minimums avec le for saisi afin de ne pas heurter les notions traditionnelles de *fair play* et de justice. Il en résulte l'exigence d'un acte par lequel le défendeur s'est volontairement prévalu du privilège d'exercer ses activités

¹³⁶ C. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges », dans *Internet Which Court decides? Which law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique*, *op.cit.*, note 33, p. 89.

¹³⁷ *International Shoe Co v. Washington*, 326 U.S. 310(1945) at 316 NBP (145).

dans l'État du for, invoquant ainsi le bénéfice et la protection de ses lois¹³⁸. »

Ces principes, qui ont le mérite de circonscrire l'exercice de la compétence, ne constituent toutefois que des balises dans le contentieux cyberspatial. Leurs limites avérées¹³⁹ ont conduit les tribunaux à les compléter par d'autres grilles d'analyses. La doctrine du stream of commerce est de celles-ci.

Ainsi l'affaire *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*¹⁴⁰ consacre une ligne de partage entre les sites passifs et actifs pour fonder la compétence. Désormais « la probabilité que la compétence puisse être constitutionnellement exercée est directement proportionnelle à la nature et à la qualité de l'activité commerciale qu'une entité conduit sur l'Internet ¹⁴¹ ». Loin d'être totalement déterminante à elle seule¹⁴², cette dichotomie a été partiellement abandonnée pour celle de la focalisation aussi appelée ciblage¹⁴³. Autrement dit, pour pouvoir se prévaloir d'un forum encore faut-il que l'activité ait été

¹³⁸ Patrick THIEFFRY, citant la décision *International Shoe & Hanson v. Dencka*, 357 U.S. 235(1958), *Commerce électronique droit international et européen*, Paris, Litec, 2002, 202.

¹³⁹ Ce critère des contacts minimums, largement interprété, permettait en effet de considérer que tous les tribunaux dans le ressort desquels un accès à Internet est possible sont compétents. Les affaires *Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc.*, 1996 US Dist. Lexis 7160 et *Mariz Inc. v. Cybergold Inc.* 947 F.Supp. 1328 (E.D. M.O.1996) sont des exemples de cette dérive.

¹⁴⁰ *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc.*, 952 F Supp. 1119 (W.D. P.a. 1997).

¹⁴¹ *Id.*, 1124.

¹⁴² M. GEIST évoque quatre raisons. Premièrement, la majorité des sites Web ne sont ni entièrement passifs ni complètement actifs. En conséquence, ils tombent dans la « zone grise », ce qui oblige les tribunaux à évaluer tous les éléments de preuve pertinents et à déterminer si le site est « plutôt passif » ou « plutôt actif ». Deuxièmement, la distinction entre les sites passifs et les sites actifs est compliquée par le fait que certains sites peuvent avoir une apparence trompeuse. Troisièmement, il importe de noter que les normes relatives au caractère passif ou actif d'un site Web sont en évolution constante. À l'époque où le critère a été formulé en 1997, on aurait pu qualifier d'actif un site Web comportant tout simplement un lien à une fonction de courrier électronique et une fonction de correspondance rudimentaire. De nos jours, les sites présentant ce degré d'interactivité seraient probablement considérés comme passifs, puisque l'ensemble du spectre de la passivité par opposition à l'activité a évolué à la hausse avec le développement de la technologie. Quatrièmement, l'efficacité du critère *Zippo* ne sera pas plus grande même si les normes relatives au caractère passif ou actif des sites demeurent constantes. Voir *Millennium Entreprises. Inc. v. Millennium Music. LP.* 33 F Supp. 2d 907 (D. Or., 1999).

¹⁴³ La jurisprudence va se tourner vers les critères de l'arrêt *Calder* largement interprété afin de fonder la compétence lorsque les agissements du défendeur, dirigés délibérément sur le ressort du tribunal saisi, causent un préjudice dont ce dernier pouvait raisonnablement s'attendre. *Blakey c. Continental Airlines, Inc.* 164 N.J. 38 (N.J. 2000); *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.* 130 F. 3d 414 (9th Cir. 1997).

intentionnellement dirigée vers celui-ci. En définitive, l'attribution ou le rejet de la compétence doit être guidée par le respect d'un certain équilibre entre les parties. Équilibre atteint grâce à un accès effectif et équitable à la justice.

En ce qui concerne la jurisprudence canadienne¹⁴⁴, bien que moins fournie que la jurisprudence américaine, on retrouve les mêmes principes d'interprétation. Ainsi la décision *Braintech Inc. v. Kostiuk*¹⁴⁵ s'inscrit dans la lignée de l'affaire *Zippo* en reprenant la distinction entre le site actif et passif. Et de la même manière, on relève dans les décisions postérieures¹⁴⁶ une évolution vers le test du ciblage. Un dénominateur commun apparaît même dans les décisions rendues par les tribunaux canadiens et américains ;

« Dans de nombreuses juridictions, le critère décisif pour déterminer s'il y a lieu pour un tribunal d'exercer sa compétence implique une analyse de la question de savoir si la compétence est raisonnable dans les circonstances, et les tribunaux américains et canadiens se laissent régulièrement guider par le critère du caractère raisonnable. Aux États-Unis, la norme du caractère raisonnable se traduit par le critère des « contacts minimaux »¹⁴⁷, tandis qu'au Canada on préfère le critère du « rapport réel et substantiel »¹⁴⁸. Bien que ces termes appellent des analyses quelque peu différentes, le principe essentiel demeure le même: le caractère approprié de l'exercice de la compétence dépend de la question de savoir si les parties elles-mêmes trouveraient cet exercice raisonnable¹⁴⁹. »

¹⁴⁴ Teresa SCASSA et MICHAEL DETURBIDE, *Electronic commerce and Internet Law in Canada*, Toronto, CCH Canadian limited, 2004, pp. 451-482.

¹⁴⁵ *Braintech, Inc v. Kostiuk.*, précitée, note 135, 169.

¹⁴⁶ *Pro-C Ltd. v. Computer City Inc.* [2000] O.J.No. 2823.

¹⁴⁷ *International Shoe Co. v. Washington*, précitée, note 135.

¹⁴⁸ *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

¹⁴⁹ Michael GEIST, « Il y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitudes juridiques par rapport à la compétence judiciaire sur Internet », *loc.cit.*, note 30, p. 13.

Cela étant, le recours à la notion de « raisonnable¹⁵⁰ », qui a par ailleurs la faveur aussi bien de la Common law que du droit du commerce international¹⁵¹, apporte-t-il plus de certitude ? Il est légitime d'en douter et ce d'autant plus, que le terme « raisonnable » n'a jamais été clairement défini. Étymologiquement: le sens premier de la *ratio* romaine procède d'une démarche intellectuelle, pragmatique. Le mot *ratio* dérive du verbe *reor*, signifiant « compter, calculer »; il s'ensuit que l'on tient pour raisonnable ce que l'on calcule, ce que l'on est fondé à croire. La raison est réflexive, l'être *raisonnable* est circonspect, sensé, sagace. Sans porter de jugement de valeur ni aucune référence d'ordre morale, *raisonner* n'est pas nécessairement une opération intellectuelle et abstraite; mais peut s'apparenter « à une prise en considération subjective d'intérêts personnels ou au contraire des intérêts communs à la société¹⁵² ».

Il y aurait donc des cas où l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'un tribunal accepte de statuer. Cette théorie est complétée par la doctrine de la courtoisie internationale qui sur la base « [des] priorités contradictoires en matière de politiques incite[raient] les pays à adopter une approche fondée sur la réciprocité en matière de coopération juridictionnelle¹⁵³. »

¹⁵⁰ « Le "reasonableness" des droits anglo-américains, qui est la racine du concept en droit moderne, tandis que les droits continentaux ont davantage puisé dans la notion romaine du *bonus pater familias* a été traduit par le « raisonnable », dans Guillaume WEISZBERG, *Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International*, Thèse, Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003, n°1, disponible à l'adresse :

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html>

¹⁵¹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^{ème} éd. L.G.D.J., 1983, n°573-1; Georges KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », *Rev.trim.dr.civ.* 1984.439; Vincente FORTIER, « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », *J.D.I.* 1996.315 ; Christine CHAPPUIS, « Les clauses de Best Efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux », (2002) *R.D.A.I.*, 281-301. Marcel FONTAINE, « Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux », (1988) *R.D.A.I.* 983-1027.

¹⁵² Guillaume WEISZBERG, *Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International*, *op.cit.*, note 149, n°7.

¹⁵³ M. GEIST, « Il y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitudes juridiques par rapport à la compétence judiciaire sur Internet », *loc.cit.*, note 30, citant Laurence LESSIG, *Code And Other Laws Of Cyberspace*, Basic Books, 1999, p. 55.

Malheureusement il ne s'agit que de courtoisie et cela ne donne lieu à aucune règle générale. Bien plus le concours de protection des législations nationales apparaît inévitable sur certains sujets délicats. Les législations nationales de protection du consommateur vont de paire avec une compétence des juridictions nationales étendue et cela au détriment de l'essor du commerce transfrontalier.

2. L'approche française et québécoise

En matière juridictionnelle, la France et le Québec favorisent, conformément à la tradition civiliste, l'adoption de critères stables pour l'exercice de la compétence. Ici, aucune règle générale d'interprétation mais des articles écrits dans le code civil. Le code civil du Québec alloue au tribunal du domicile du défendeur une juridiction personnelle générale en son article 3134. En France, les règles varient selon que le défendeur est ou non domicilié dans un état membre de l'Union européenne. En effet la communauté européenne a mis en place des règles uniformes. Il s'agit principalement du règlement communautaire du 22 décembre 2000 qui vient se substituer à la Convention de Bruxelles de 1968 et de Lugano 1988¹⁵⁴. Ce dernier, fidèle au principe *actor sequitur rei*, prévoit en son article 2 alinéa 1 que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État¹⁵⁵ ». Cependant ce principe ne s'applique que si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre. A défaut, la

¹⁵⁴ Christine BRUNEAU, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale », JCP.2001.I.304.

¹⁵⁵ Il s'agit d'une règle compétence générale en effet elle n'est pas exclusive. Ainsi, le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré valablement devant les juridictions d'un autre État contractant lorsque certaines conditions sont réunies. Sous l'appellation de « compétences spéciales », le règlement prévoit certaines règles applicables en considération de la matière. Ainsi en « matière contractuelle », le défendeur peut ainsi être attiré, non seulement devant le tribunal de son domicile, mais aussi « devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée » (art. 5.1). En matière délictuelle ou quasi-délictuelle en revanche, le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré dans un autre État contractant devant le tribunal du « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » (article 5.3 du règlement).

compétence n'est plus régie par la Convention, mais par le droit interne de chaque État contractant.

Dés lors en France les juridictions françaises détermineront leur compétence sur la base du principe de la transposition à l'ordre international des règles internes de compétence. La solution sera très peu différente puisque l'article 42 alinéa 1 du Nouveau Code de procédure Civile érige également le domicile du défendeur comme critère de base. Cependant, le Code civil a instauré en parallèle un privilège de juridiction au travers de ses articles 14 et 15, qui permet à tout Français créancier ou débiteur d'une obligation envers un étranger de valablement saisir et d'être traduit devant le juge français. La nationalité est dans cette hypothèse le seul déterminant.

Critiqué à plus d'un titre en raison de la coloration nationaliste qu'il comporte, ce principe aurait au moins le mérite dans le cadre des litiges cyberspatiaux d'apporter une certaine prévisibilité. Nous avons en effet déjà souligné la difficulté de la détermination, de l'identification et de localisation du défendeur sur l'Internet. En sa défaveur la règle *acto sequitur forum rei* concentre un important fardeau à la charge du demandeur tant au niveau de la mise en œuvre de l'action qu'au niveau de la charge de la preuve. Face à l'inertie du défendeur, l'abandon des poursuites sera souvent la seule option viable pour le demandeur.

En outre, les règles de compétence spéciales en matière contractuelle et délictuelle ne sont pas toujours d'un grand secours et accroissent bien au contraire les risques de plurilocalisation. L'application de ces solutions aux litiges du commerce électronique présente des inconvénients accrus par l'opposition des décisions dans des affaires symétriques entre les juridictions des états membres¹⁵⁶. Le renvoi aux législations nationales pour l'interprétation des

¹⁵⁶ En matière de propriété intellectuelle deux affaires illustrent ce propos. Dans la première décision PAYLINE, pour un contentieux mettant en cause un prestataire de services allemand de services de paiement sécurisé en ligne qui utilisait la marque qu'une société française pour des

concepts aboutit à des définitions à géométrie variable¹⁵⁷. La tentation du forum shopping sera d'autant plus vive qu'il est bien évidemment plus aisé de créer un site commercial sur Internet que de délocaliser une entreprise dans le monde réel dans un for aux procédés judiciaires moins contraignants ou efficaces.

En définitive il n'y a aucune certitude dans la problématique des litiges découlant de l'activité cyberspatiale, et cette précarité nuit à son développement. Notamment parce qu'on est loin de l'adoption d'une solution idoine et universelle. Si les critères traditionnels ont montré toutes leurs limites, d'autres voies louables existent néanmoins dans des doctrines somme toute plus controversée telles que le *forum non conveniens* et le *forum actoris*.

La doctrine du *forum non conveniens*, d'origine écossaise¹⁵⁸, permet à un tribunal de déclarer qu'une autre juridiction est un for plus approprié pour statuer sur le litige dont il est saisi¹⁵⁹. Aujourd'hui totalement intégré dans la législation canadienne¹⁶⁰ et américaine¹⁶¹, cette incompatibilité entre cette doctrine et les

services analogues, le juge des référés accueille favorablement la demande. L'ordonnance précise en effet qu': « il importe peu que la diffusion d'Internet soit mondiale, que l'inverse aurait pour conséquence de nier la protection d'une marque sur le territoire où elle est protégée pour enjoindre la société allemande de supprimer toute référence à la dénomination Payline sur quelque support que ce soit, notamment sur le réseau Internet. Ord. Réf., T.G.I. Nanterre, 13 oct. 1997, sté SG2 c/ Brokat Information Systèmes GmbH, PIDB Ndeg. N°645-III-19. Dans la seconde en revanche les juridictions italiennes ont, dans un cas similaire intentée par une société italienne titulaire de la marque CARPOINT et exploitante du site carpoint.it contre Microsoft pour l'usage de la marque carpoint.msn.com, rejeté la demande. La cour a en effet fait prévaloir ici le « fait que l'Italie n'était pas le lieu où se produisait le fait dommageable dans la mesure où Microsoft n'y offrait aucun service ». PIDB n° 275-II-124.

¹⁵⁷ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 387.

¹⁵⁸ Cette doctrine est née en Grande-Bretagne et a été consacrée dans la décision *Logan v. Bank of Scotland*, [1906] K.B.141. Elle a été consacrée aux Etats-Unis *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S. Ct. 839(1947).

¹⁵⁹ A.G. SLATER, « Forum non conveniens, a view from the shop floor », 104 *L.Q.Rev.* 544 (1988) 544. Allan R. STEIN, « Forum Non conveniens and the Redundancy of Court-Access Doctrine », 133 *U. Pa. L. Rev.* (1985) 781, 796.

¹⁶⁰ D'abord reconnu par l'arrêt *Amchem (Amchem Products Inc. c. British (Worker's Compensation Board)* [1993] 1 R.C.S 897, le forum non conveniens a été consacré tant par l'article 11 de la Loi uniforme sur la compétence des tribunaux Canada en 1994 et le transfert des actions que par l'article 3135 du C.c.Q. Cette disposition ne peut cependant être soulevée d'office par le juge, elle doit être préalablement invoquée par une partie au litige.

¹⁶¹ Article 84 du Restatement of the law Second, Conflict of law: « a state will not exercise jurisdiction if it is a serious inconvenient forum for the trial of the action provided that a more

droits continentaux a été très vite dénoncée¹⁶². En effet la Cour de Justice a rappelé dans l'arrêt *Shearson Lehman Huton*¹⁶³ que les « questions relatives au champ d'application de la Convention, qui déterminent la compétence juridictionnelle dans l'ordre international, doivent être considérées comme d'ordre public ». Dès lors que les conditions sont réunies la Convention doit recevoir une application d'office ce qui empêche tout « jeu éventuel de la théorie du *forum non conveniens* ¹⁶⁴ ».

Toutefois cette exclusion n'est pas absolue en raison de la présence de pays de common law dans la communauté européenne. La jurisprudence¹⁶⁵ anglaise a fait valoir la pertinence de cette théorie lorsque le litige mettait en cause un État contractant et un État tiers. L'opportunité de rejeter une action en faveur d'un for étranger ne doit pas être négligée dans la mesure où ce renvoi ne porte nullement atteinte à la Convention. Cette solution est d'ailleurs conforme au principe de l'application des règles étatiques de droit commun dans les affaires qui ne relèvent pas de la Convention¹⁶⁶. Dans le cyberspace les intérêts de cette solution seraient en effet non négligeables, car, outre le fait qu'elle est peut-être un moyen de lutter contre le forum shopping¹⁶⁷, elle s'inscrit dans une logique de

appropriate forum is available to the plaintiff ». Contrairement au droit québécois cet article soumet à l'appréciation du juge l'utilisation de cette règle.

¹⁶² La Cour d'appel de Paris a précisé dans sa décision en date du 17 novembre 1987: qu'« affirmer que le juge français n'est pas compétent parce qu'il apparaît que le juge italien est mieux placé, c'est consacrer la théorie du forum non conveniens à laquelle pourtant ni le droit international français commun ni la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ne réserve la moindre place », *Menegatti c/ Société Metallurgica Nava Stefano e Giuseppina*. Obs. Jérôme HUET I(1989) *J.D.I.*, 97.

¹⁶³ Cour de Justice des Communautés européennes, *Shearson Lehmann Huton*, 19 janvier 1993, pt. 10., aff. C-89/91.

¹⁶⁴ Hélène GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano – Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1996, p. 49.

¹⁶⁵ *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd.* [1991] 3 W.L.R. 397, commenté par BRIGGS, 107 L.Q.R., 1991, 180 et *The PO* [1991] 1 Lloyd's Rep. 206.

¹⁶⁶ Peter NORTH, « La liberté d'appréciation de la compétence selon la Convention de Bruxelles », dans *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 373-385, à la page 382.

¹⁶⁷ Gérald GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire. Etude du rattachement substantif impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Droit privé, Éditions Thémis, 1996, pp. 238-239.

prévisibilité pour les parties qui peuvent « lorsque l'objet du litige a un lien réel et substantiel avec un forum [...] en réclamer de façon légitime les avantages¹⁶⁸ ». Et ceux-ci se comptent tant au niveau financier que procédurale¹⁶⁹.

La seconde théorie, non moins critiquée en Europe, est celle du *forum actoris*, qui privilégie le for du demandeur sur celui du défendeur. Loin d'être nouvelle, cette issue est sous-jacente en droit positif européen¹⁷⁰ dans la mesure où elle est l'exception à la règle *actor sequitur rei*. Mais allant plus loin, dans un souci de garantir l'accès effectif à la justice et le respect de l'équilibre entre les droits des parties, nombre d'auteurs suggèrent que le rôle du *forum actoris* ne soit plus seulement limité à une simple exception. Instaurer cette compétence de principe permettrait d'éviter les écueils de la localisation et de l'identification. Plus encore que le *forum non conveniens*, le demandeur aurait ainsi les moyens de faire valoir ses droits et d'obtenir une réparation satisfaisante. Ce dernier, déjà victime, apparaît en effet comme « le mal aimé » dans les contentieux juridictionnels car laissé dans l'expectative du choix du défendeur et noyé dans une procédure dont il ne maîtrise encore moins les tenants que les aboutissants. Naturellement plus à l'aise dans son environnement quotidien, le renoncement ne serait plus son unique alternative.

¹⁶⁸ *Amchem (Amchem Products Inc.) c. British (Worker's Compensation Board)*, précitée, note 159, 897.

¹⁶⁹ Lucie HOULE, *Internet et le paradigme juridictionnel*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2003, p. 83.

¹⁷⁰ La convention de Bruxelles offre une option aux consommateurs lorsque ceux-ci son demandeur entre le for personnel et celui de défendeur (article 14). Cette exception est également implicite dans la règle de compétence spéciale de l'article 5.1 qui désigne le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. Ce dernier sera en effet dans la majorité des contentieux contractuels celui du domicile du demandeur. En matière délictuelle également le demandeur peut se voir octroyer le bénéfice du *forum actoris* lorsqu'une partie du préjudice est localisé dans son état de domicile. Voir Conférence de la Haye de droit international privé, Rapport de synthèse des travaux de la commission spéciale de juin 1997 sur la compétence internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, établi par C. KESSEDJIAN, Doc. Prél. N°8, Novembre 1997, n°63, p. 50, à l'adresse : http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_dp8.pdf; Jean-Paul BERAUDO, « Du bon usage des règles de compétences spéciales des Conventions de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi », J.C.P. G.2001. I.299.

Une objection a été cependant soulevée. Faire prévaloir une telle solution aurait pour conséquence de mettre le défendeur dans une situation encore moins aisée que celle initialement conférée au demandeur. Acculer de réclamations, il perdrait lui aussi son accès effectif à la justice¹⁷¹.

« Des deux maux » pourtant « nous préférons le moindre » pour garantir un cadre juridique sécuritaire et prévisible.

« Ainsi cette solution, de *lege feranda*, la compétence serait donnée au pays de l'établissement du lésé lorsque la survenance du dommage en ce lieu est prévisible pour le responsable¹⁷². »

La prise en compte du caractère raisonnable de l'attribution de compétence est d'autant plus importante que la décision doit pouvoir produire tous ses effets à l'étranger. La reconnaissance du verdict passera par le contrôle de l'exercice de la compétence. C'est dernier point que nous allons maintenant évoquer.

II. La reconnaissance des jugements étrangers

L'effet des jugements étrangers est l'autre pendant du conflit de juridictions en droit international privé. Une fois qu'une relation juridique internationale a été appréciée par une juridiction étrangère et qu'une décision à son propos a été rendue, quelle valeur doit-on lui attacher ? S'il paraît difficile de n'accorder aucune valeur à ce jugement pour un ordre juridique quel qu'il soit. Ce dernier ne peut en revanche obtenir une force exécutoire de plein droit dans un autre état. Intimement assimilée à l'ordre juridique dont elle est issue, elle en renferme les valeurs fondamentales.

¹⁷¹ G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet et mondialisation de la communication », dans *Internet which Court Decides? Which Law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, *op.cit.*, note 33, pp. 117-118.

¹⁷² O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 390 citant F. DESSOMONTET, « Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé », dans *Le droit face au défi d'Internet*, Actes du Colloque de Lausanne, p. 100.

La courtoisie internationale admet dès lors qu'avant de reconnaître, sur son sol, une décision rendue par un tribunal étranger, le juge du for la soumette à une procédure de contrôle afin de s'assurer qu'elle ne contrevient pas à ses règles d'ordre public.

Inspiré par la Convention du 1^{er} février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, tant la France¹⁷³ que le Canada¹⁷⁴, pour ne citer qu'eux, ont intégré dans leur législation les principes qui doivent guider la procédure. Le juge de l'exequatur a son pouvoir limité à la vérification de la régularité de la décision sans pouvoir en réviser le fond.

On ne saurait douter de l'importance de cette question pour les litiges du Cyberspace. Les caractéristiques de l'Internet exacerbent la matière¹⁷⁵. Une fois la décision rendue, encore faut-il qu'elle puisse être effectivement mise en œuvre. La détermination des actifs du débiteur sera dans bien des cas problématique.

L'absence d'harmonisation de cette question sur le plan international accroît les difficultés inhérentes à cette question. En effet bien qu'il existe au niveau des grandes régions une harmonisation¹⁷⁶ au niveau mondial la question

¹⁷³ En France, la Cour de Cassation a assoupli sa position dans le processus de vérification des décisions étrangères en limitant le pouvoir des juges au contrôle de l'ordre public dans l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964, *R.C.D.I.P.* 1964.344 note BATTIFOL. La convention de Bruxelles de 1968 a consacré son titre III à cette question. Aujourd'hui les États membres de l'Union Européenne bénéficient d'une libre circulation de leurs jugements à l'intérieur de la Communauté sous certaines conditions limitativement énumérées.

¹⁷⁴ La loi uniforme sur l'exécution des jugements canadiens facilite la reconnaissance des décisions d'une province à l'autre, <http://www.chlc.ca>, Article 3158 du Code Civil du Québec.

¹⁷⁵ Henri PERRITT, « Will the judgement-Proof own Cyberspace? », (1998) 32 *Int'l Law*.1121, 1131.

¹⁷⁶ Pour le Canada nous avons cité *La loi uniforme sur l'exécution des jugements canadiens*. Aux Etats-Unis l'article 117 du Restatement of the Law Second, Conflicts of Law, dans The American Law Institute, 1971 reconnaît entre les états américains les décisions de leurs cours respectives. Et pour l'Europe enfin, le règlement communautaire n°44/2001 suscite l'admet également. « Le principe de confiance réciproque entre les Etats membres justifie qu'ils accordent aux jugements émanant de l'un d'eux la reconnaissance mutuelle de plein droit, c'est-à-dire sans procédure préalable sous réserve de contestation ». P. THIEFFRY, *Commerce électronique droit international et européen*, *op.cit.*, note 138, pp. 253-260. Voir également sur la question Henri LAUFER, *La libre circulation des jugements dans une union judiciaire*, Berne, Peter Lang, 1992.

reste encore à l'état de réflexions¹⁷⁷. De fait, sortie du cadre régional, la reconnaissance des jugements s'avère plus délicate. De nombreux obstacles à la reconnaissance se rencontrent dans la circulation des jugements entre l'Europe et l'Amérique dès lors qu'ils touchent à des sujets sensibles comme la liberté d'expression¹⁷⁸ ou à la matière délictuelle¹⁷⁹.

Le commerce électronique ne prendra réellement son essor que lorsque que ses acteurs auront confiance en ce médium de communication et contractuel. Aussi le premier pas vers plus de certitudes dans ce domaine passe par l'élaboration d'un corps précis de règles juridiques applicables et par la garantie de l'effectivité des droits de ces mêmes acteurs¹⁸⁰. Car « ce qui compte ce sont les droits. Et les droits n'existent que si ils sont effectifs¹⁸¹ ». Dans cette optique d'aucuns ont appelé à recourir à des mécanismes de règlement des différends en ligne.

Nous avons en effet souligné les limites des outils classiques, le temps est peut-être au changement de paradigme. L'impossible réconciliation entre le monde virtuel et le monde réel dans cette matière a donné naissance à une ambition éthérée de justice virtuelle (Première partie).

¹⁷⁷ La conférence de la Haye s'emploie depuis 1998 à assurer une sécurité juridique aux acteurs du cyberspace. Un avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale a été élaboré en 1999 et s'inspire des solutions de la Conventions de Bruxelles. Et plus précisément sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à Internet, une réunion d'experts s'est tenue à Ottawa en mars 2000 pour étudier l'adéquation entre ce projet et le Cyberspace. Toujours dans le même but, la CCI et l'American Bar Association appellent à l'adoption de principes fondamentaux au niveau mondiale.

¹⁷⁸ L'affaire Yahoo illustre ce propos dans laquelle le 1^{er} Amendement des Etats-Unis a été utilisé pour faire obstacle à sa reconnaissance. Voir Robert CORN-REVERE, « Caught in the Seamless Web. Does the Internet's Global Reach Justify Less Freedom of Speech? », CATO Institute briefing Papers 71 (2002), à l'adresse: <http://www.cato.org/pubs/briefs/bp71.pdf>. Voir également Matusevitch v. Telnikoff, 877 F. Supp. 1(DCC 1995); Bachchan v. Indian Abroad Publications Inc., 154 Misc. 2d. 228 (N.Y. Sup. Ct 1992); Reno v. ACLU, 924 F Supp. 1, (US Sup.Ct 1997).

¹⁷⁹ Ces réticences portent notamment sur le fait que les juges américains sont généralement plus généreux dans l'octroi de dommages et intérêts.

¹⁸⁰ K. STEWART et J. MATTEWS, « Online arbitration of cross-border disputes », *loc.cit.*, note 126, 1114.

¹⁸¹ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 323, citant W. BARANES et M-A FRISON-ROSHE dans « Le souci de l'effectivité du droit », D. 1996 .Chron.302.

PREMIERE PARTIE : UN OUTIL NOVATEUR

« Le premier de nos tribunaux sera celui dont les juges auront été choisis d'un commun accord par le défendeur et le demandeur : juges auxquels il conviendrait mieux de donner le nom d'arbitres¹⁸². »

Dans sa première acception, le mot « arbitre » exprime une certaine autorité. Désigné, par un tiers ou par les parties elles-mêmes, l'arbitre est celui qui tranche un différend, qui décide, là où deux adversaires s'opposent, sans aucune contrainte judiciaire. Sa neutralité quant à l'issue du litige a très tôt démontré les attraits d'un tel procédé. N'est-ce pas l'arbitrage de *Numitor* qui départagea *Romulus* et *Remus* peu avant la fondation de Rome¹⁸³?

L'essor de l'arbitrage n'a jamais cessé depuis, connaissant d'ailleurs une constance certaine. Le développement ces dernières décennies d'un commerce international toujours plus dense a marqué l'avènement de ce mode de résolution des litiges. Il est vrai que les transactions transfrontalières se prêtent particulièrement bien à cette « justice privée ». Aussi nous pouvons dire à l'instar de Philippe Fouchard que l'arbitrage est devenu au fil des ans la justice de droit commun dans ce domaine.

¹⁸² Mathieu de BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, Gide Loyrette Nouel, 1983, citant Platon, Les lois, XII, 956 b, Œuvres Complètes, t. 2, trad. Léon Robin, La Pléiade, Gallimard, 1950, p.1110. Philippe FOUCHARD, *Arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1963; P. FOU CHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

¹⁸³ Encyclopédie Universalis, Corpus 2, p. 776.

Les législations nationales ont participé à son évolution en facilitant son recours au niveau international¹⁸⁴. Préoccupés par l'idée d'assurer le développement du commerce international, les États ont tout mis en œuvre pour apporter des solutions sûres ou à tout le moins, les moyens théoriquement les plus efficaces en vue de la résolution de litiges. Cette faveur se limite cependant à ce cadre, car dès que le litige se situe à échelon purement interne, garde-fous et réserves réapparaissent. Sur cette question, et le constat peut être entendu comme une généralité dans la plupart des systèmes que nous avons évoqués, le législateur s'est montré protecteur envers ses ressortissants. Le renoncement à la justice étatique et le choix de l'arbitrage qui par la même rend incompetent les tribunaux ont fait craindre une éviction trop radicale des règles nationales protectrices¹⁸⁵. Le déséquilibre économique entre les parties en conflit serait d'autant plus flagrant si ces dernières ne pouvaient invoquer les règles nationales destinées à le compenser¹⁸⁶.

¹⁸⁴ En mai 1986, le Canada a adhéré à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Et dans la même année la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères* (L.C. 1986, o. 21) introduit dans le droit canadien la Convention de New York et un code d'arbitrage commercial fondé sur la Loi-type de la CNUDCI. Le Québec, plus spécifiquement a modifié son code civil et de procédure civile en matière d'arbitrage avec la loi L. Q. 1986, c. 73.

¹⁸⁵ Par exemple au Québec, l'arbitrage conventionnel en attribuant une compétence juridictionnelle aux arbitres exclut la compétence habituelle de l'ordre judiciaire. Cette exclusion n'est pas contraire à l'ordre public mentionné à l'article 2629 du C.c.Q. Ce dernier énonce les exceptions au principe de l'arbitrabilité, il s'agit principalement des différends portant sur l'état et la capacité des personnes, les matières familiales et les autres questions qui intéressent l'ordre public. En France ce sont les articles 2059 et 2060 qui réglementent l'arbitrabilité des litiges. Ainsi prévoient-ils que : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. [Toutefois] 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 ».

¹⁸⁶ Au Québec l'article 262 de la loi sur la protection du consommateur L.R.Q. c. P.-40.1 établit une protection indirecte du consommateur en énonçant qu' « 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 ». En droit français, la condamnation est plus explicite en ce sens que l'article L. 132-1 al. 3 dénonce toutes « clauses ayant pour objet ou pour effet [...] 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 ouverte par des dispositions légales [...] ».

Ceci étant dit, et pour restreindre la matière, notre intérêt se porte essentiellement sur l'arbitrage en ligne. En effet, l'arbitrage traditionnel a aujourd'hui fait ses preuves, il est un mécanisme avéré. Les qualités qu'on lui compte sont nombreuses. L'une d'elles, et non des moindres, est une souplesse qui lui permet de s'adapter aux natures diverses des litiges.

Devant la difficulté que représente l'ajustement du Droit aux particularités des litiges propres au cyberspace, l'arbitrage semblerait être la solution idoine (Chapitre I).

En recourant à cette pratique, il devient possible d'échapper à la lenteur et à la complexité structurelle des justices étatiques. Solution qui s'avère donc totalement en phase avec les exigences des échanges électroniques. Dans la mesure où il s'agit par la dématérialisation du règlement du litige d'accélérer une procédure contrainte par des circonstances de temps et de lieu.

Ces atouts mis en relief, l'arbitrage suscite pourtant certaines interrogations. Ce mode de règlement des litiges peut-il véritablement exister en l'absence de tout support matériel ? Comme cela a été le cas pour certaines branches du droit, il lui faudra s'émanciper (Chapitre II).

Chapitre I : Un outil adapté au commerce électronique

Sans pouvoir considérer le cyberspace comme parallèle au monde réel, totalement détaché de ce dernier et automone, la transposition pure et simple des règles du second au premier n'apporte pas davantage de satisfaction au niveau juridique¹⁸⁷. Dans un souci d'effectivité, une sélection doit être réalisée entre les règles primaires du monde réel afin de tester leur adaptabilité au monde virtuel. A cet examen, et ce que nous avons tenté de souligner dans notre titre préliminaire, les règles du droit international privé ne résistent guère, notamment dans la résolution des conflits. Souplesse et fiabilité leur font en effet cruellement défaut. C'est donc vers un autre mécanisme qui a su montrer tous ses atouts dans les contentieux entre absents, que l'on a recherché la solution aux contentieux cybernétiques. Il s'agit toutefois d'un tout autre arbitrage que celui auquel nous sommes habituellement confrontés en raison de sa virtualité. Et c'est là que réside tout l'intérêt de ce mécanisme : la possibilité d'être utilisée sur la Toile sans perdre en rien de sa substance.

En effet comme le souligne Guy Canivet, l'organisation et le déroulement d'un procès se résume à un échange de documents de toute sorte. Unir cette fonction aux potentialités du Réseau fluidifie cet échange sans aucune restriction d'horaires ni de distances.

« Ainsi est née la technique de la justice en ligne, instrument idéal pour le traitement de litiges transnationaux, sans déplacements de personnes, sans transfert de support, sans intermédiaires de communication de pièces ou de notifications diverses, sans obligation de rencontre en temps réel, sans intermédiaire de dépôt d'écriture et de pièces ou de représentation des parties devant la juridiction¹⁸⁸. »

¹⁸⁷ R. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: a systems approach-Potential, problems, and a proposal », *loc.cit.*, note 1, 176.

¹⁸⁸ Guy CANIVET, dans préface *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, K. BENYEKHFLEF et Fabien GELINAS, Paris, Romillat, 2003, p. 11.

L'arbitrage est vu comme un prolongement des opérations électroniques (Section I). Il concentre en effet nombre d'avantages qui font préconiser sa généralisation dans les contentieux du commerce électronique (Section II).

Section I : Un instrument efficace : la reconstruction des systèmes d'accès à la justice

Pour transcender cette absence de repères due au décloisonnement géographique et apporter une solution juste aux litiges, il était nécessaire de tenir compte à la fois de l'intérêt des protagonistes et du cadre particulier de l'Internet¹⁸⁹. L'arbitrage en ligne répond à cette demande en ce qu'il assure aux intéressés une résolution rapide et peu coûteuse de leurs litiges.

Ce mécanisme s'inscrit donc dans une logique de continuité que nous justifierons par une analyse à la fois économique (II) et sociologique (I).

I. L'analyse sociologique

Nous pouvons reprendre à notre compte la théorie de Kelsen selon laquelle le droit positif est l'affaire de l'homme et exclusivement de l'homme. Ce dernier s'étant, une fois pour toutes, remis à l'État pour se protéger contre lui-même sans chercher au-delà de cet État ce qui pourrait constituer le fondement de son droit. Le fondement du droit positif c'est par définition l'État qui sanctionne un ensemble de documents juridiques officiels que sont les lois, règles de procédure et jugements ayant reçu la sanction de l'État¹⁹⁰.

¹⁸⁹ R. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: a systems approach-Potential, problems, and a proposal », *loc.cit.*, note 1, 190: « In analyzing the potential benefits in Cyberspace, it is important to highlight that at one level any institution, organization, or society that adopts a systems approach to controlling and regulating conflict can share in its benefits. This is because a systems approach tailors itself to the particularized needs of the community, the nature of the relationships within that community, and the types of disputes likely to arise in the community before the system considers problem-solving and dispute resolution structures ».

¹⁹⁰ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ - Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997.

Il est néanmoins à dissocier de la justice au sens propre. Dans cette fonction, le terme d'institution juridique, lui sera préféré en ce qu'il englobe les tribunaux, les lois et règles de droit, les professions juridiques. Institution juridique dont l'apologie a été si bien édifiée par les pays phares, que l'on oublierait presque qu'elle n'est qu'un moyen parmi d'autres de rendre la justice¹⁹¹.

Historiquement la justice arbitrale a précédé le règlement judiciaire¹⁹². L'aptitude de ce procédé à donner une solution juste aux conflits a très vite été reconnue dans les périodes où l'État était très faible. On observe ainsi dans certaines sociétés des périodes cycliques où la justice a oscillé entre le formalisme et le non-formalisme¹⁹³.

Ainsi H. Motulsky conclut que l'arbitrage :

« correspond - comme son histoire et son développement le prouvent - à une véritable nécessité économique autant qu'à une profonde aspiration humaine qui n'est autre qu'un souci de justice¹⁹⁴. »

L'époque contemporaine a vu s'accroître l'engouement pour les modes alternatifs de règlement des litiges. La judiciarisation, c'est-à-dire le recours de plus en plus fréquent aux tribunaux, est aujourd'hui un des grands maux des sociétés

¹⁹¹ De façon générale voir Charles JAROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.

¹⁹² C. JAROSSON, *op.cit.*, note 191, pp. 1-28.

¹⁹³ Des nombreux exemples le prouvent dans la Grèce et Rome Antique, mais également en Chine, dans les tribus d'Arabie, et les ports européens. L'histoire moderne ne lui toutefois donne naissance que lors du traité de Jay de 1794 qui instaurait l'accord de commerce et de navigation conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne. Il prévoyait en effet la constitution de trois commissions mixtes composées en nombre égal de nationaux américains et britanniques et chargées de régler un certain nombre de questions pendantes que les deux pays n'avaient pu résoudre par la négociation. Sans constituer à strictement parler des organes de règlement par recours à une tierce partie, ces commissions mixtes étaient destinées à fonctionner dans une certaine mesure comme des tribunaux. Elles ont éveillé un nouvel intérêt pour la méthode de l'arbitrage. Durant tout le XIX^e siècle, les États-Unis et la Grande-Bretagne y ont recouru, ainsi que d'autres États d'Europe ou d'Amérique. Encyclopédie Universalis, Arbitrage, pp. 777-781.

¹⁹⁴ Thomas SCHULTZ citant H. MOTULSKY, *Écrits Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, p. 208, dans *Réguler le commerce électronique par le règlement des litiges en ligne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 250.

occidentales¹⁹⁵. Qui plus est, l'institution judiciaire dont les moyens financiers ne suivent que rarement, se retrouve noyée dans des procédures aux délais bien trop longs pour que rendre la justice est un sens pour les justiciables et au coût bien trop élevé au regard de son utilité sociale¹⁹⁶.

Il a été recherché dans d'autres procédés, qui tout en garantissant le maximum de justice, sont plus légers et plus consensuels que le recours aux tribunaux. Ces procédés sont la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Ce dernier fait ainsi parti de ces modes¹⁹⁷ désignés sous les termes génériques d'*Alternative dispute resolution* aux États-Unis, ou encore de modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC) ou des litiges (MARL) en France, de solution de Rechange au règlement des Conflits (SRRC ou SORREL) au Canada. Si ces désignations ne rendent pas compte des nuances propres à chacun, ils simplifient l'appréhension de leur objet : ils constituent l'autre voie d'une justice extérieure aux prétoires¹⁹⁸.

Il est vrai que tout demeure possible en droit, dans la mesure où les parties s'accordent sur la démarche à suivre. Lorsque le droit s'étend et se complexifie, comme nous l'avons constaté avec les technologies de l'information, il se crée un vide que d'aucuns veulent combler par la Cyberjustice.

¹⁹⁵ Henri H. Jr. PERRIT, « The electronic Agency and the traditional Paradigms of administrative law », 44 *Admin. L. Rev.* 79(1992), 79.

¹⁹⁶ H. H. Jr. PERRIT, « The electronic Agency and the traditional Paradigms of administrative law », *loc.cit.*, note 195, 79.

¹⁹⁷ Voir de façon générale Jerome T. BARETT et Joseph BARETT, *A History of alternative dispute resolution: the story of a political, social and cultural movement*, San Francisco, Jossey Bass US, 2004. Deborah R. HENSLER, « Our courts, Ourselves: How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system », 108 *Penn State Rev.*, 165(2003). Paul D. CARRINGTON, « ADR and the future of adjudication: a primer on dispute resolution », *Rev. Litig.*, 485(1996). Nabil ANTAKI, « Perspectives nord-américaines en médiation », dans Service de la Formation Permanente - Barreau du Québec - Développement récents en médiation, Cowansville, Yvon Blais, 1995, p. 155, à la page 155.

¹⁹⁸ Le professeur Nabil Antaki remet en cause ses appellations arguant de leur connotation péjorative et évocatrice d'une justice « au rabais ». Il propose comme substitut les termes de « méthodes supplémentaires ou complémentaires » de règlement des conflits, dans « Perspectives nord-américaines en médiation », dans Service de la Formation Permanente, Barreau du Québec, Développement récents en médiation, *op.cit.*, note 197, pp. 156-161.

Par le même mouvement qui porta jadis les marchands à créer leurs propres corpus normatifs et leur système juridictionnel dans lesquels ils se reconnaissaient pleinement, l'arbitrage en ligne vise de manière spécifique la communauté virtuelle. L'accent est mis ici sur la dynamique propre de ce micro – environnement afin de résoudre les conflits qu'il génère.

Une clarification s'impose au préalable. Il ne s'agit pas de prôner l'existence d'une communauté du cyberspace réunissant tous ses membres, comme certains auteurs ont pu le prétendre¹⁹⁹, mais de souligner que nous sommes face à un lieu de sociabilité privatisée²⁰⁰. En ce sens que les relations sociales s'y déploient pour elles mêmes avec pour seule fin son contentement. Là où les hommes vivent de relations et d'échanges, la liberté de choix et de participation est essentielle, voire fondamentale. Le lien social y est, plus qu'ailleurs cependant, fragilisé par l'absence de repères due à la dépersonnalisation des rapports²⁰¹.

Étymologiquement le mot « groupe » vient de l'italien « *gruppro* » qui signifie « nœud d'assemblage ». Nœud, dans lequel des individus échangent entre eux, et se constituent à leur tour par l'intermédiaire de ce même groupe, ainsi devenu matrice d'un système au sein duquel ils se meuvent.

Mais le nœud n'apparaît que par l'assemblage des éléments, ce qui revient à dire qu'il n'est rien de plus qu'un ensemble de rites, un ordre convenu, dont la confiance est une partie intégrante. La sociabilité peut dès lors très vite devenir

¹⁹⁹ D. R. JOHNSON et D. G. POST, « Law and Borders- The rise of law in Cyberspace », *loc.cit.*, note 49, 1367-1387.

²⁰⁰ Manuel CASTELLS évoque que nous assistons avec le réseau à la privatisation de la société en ce sens qu'on choisit personnellement les liens que l'on entend tisser, la proximité géographique n'étant plus le seul facteur déterminant. Par société, on entend un ensemble d'*individus* organisés collectivement, de telle manière qu'ensemble ils forment un tout et non pas une simple agrégation d'éléments juxtaposés. Or on voit bien que cette définition ne peut pas être appliquée au réseau. *La société en réseaux*, t. 1, l'ère de l'informatique, trad. Philippe DELMARE, Paris, Fayard, 1998, p. 160. L'ouvrage *La galaxie d'Internet*, du même auteur évoque aussi cette question, Paris, Fayard, 2001, p. 1 47. Voir aussi R. BORDONE, « Electronic Online Dispute Resolution: A systems Approach – Potential, Problems and a Proposal », *loc.cit.*, note 1, 175-178.

²⁰¹ Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne – Une approche critique*, *op.cit.*, note 194, 2005, p. 216.

l'asocialité pour peu que cette confiance disparaisse. Lorsqu'un litige survient, il rompt le lien social et pour le rétablir, une structure doit en assurer le traitement.

Le procès est un exemple de ces rites que comporte la vie sociale.

Il est « à la fois [...] lieu de conflit [...] et un lieu d'apaisement comme si l'un n'était pas possible sans l'autre. Il est le cadre simultanément de l'expression d'une pathologie d'un groupe et de la reconstruction du rapport social²⁰². »

Virtuel ou non, un groupe connaît toujours des conflits. C'est ce que Kant appelait « l'insociable sociabilité », cette nature conflictuelle de l'homme dans sa relation avec la société²⁰³. La sociabilité chez l'homme n'est pas naturelle, mais résulte seulement d'une convention. C'est le point commun de Locke, Hobbes et Rousseau, d'admettre que le passage de l'état de nature à l'état social suppose une convention passée entre les hommes, le contrat social²⁰⁴. C'est sous la dictée de considérations utilitaires que les hommes ont accepté de vivre en société. Ils y trouvaient en effet, la garantie de leur sécurité, une protection par une police, la garantie de leurs biens et de leur personne. Nous admettons assez aisément, que vivre en société, implique accepter des règles. Cela fait partie du jeu social. Jeu qui sous-tend, entre autres règles, une ritualisation des conflits par le procès au lieu et place de la violence²⁰⁵.

²⁰² Francis ZENATI, « Le procès, lieu social », dans *Le Procès- Archives de philosophie du droit*, Paris éditions Sirey, 1995, 239-247, à la page 239.

²⁰³ L'homme porte en lui une sociabilité, un penchant à entrer en société. « L'homme a une inclination à s'associer, parce que dans un tel état il se sent plus qu'homme, c'est à dire qu'il sent le développement de ses dispositions naturelles ». C'est au milieu des autres hommes que son humanité se forme et s'épanouit. Mais l'homme porte aussi en lui une tendance inverse, un penchant à se séparer, « il trouve en même temps en lui-même l'insociabilité qui fait qu'il veut tout régler à sa guise et il s'attend surtout à provoquer une opposition des autres ». E. KANT, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Proposition IV, en ligne http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/classiques/kant_emmanuel/idee_histoire_univ/Idee_histoire_univ.pdf.

²⁰⁴ Eric Blondel, « Hobbes, Locke, Rousseau et le contrat social », *Le contrat dans les pays anglo-saxons : théories et pratiques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1995, pp. 117-126.

²⁰⁵ Aussi le philosophe Alain écrivait : « Où donc est la justice? En ceci que le jugement ne résulte point des forces, mais d'un débat libre, devant un arbitre qui n'a point d'intérêts dans le jeu. »

Toutefois ;

« Le procès est loin d'être une invention de l'État, le procès est un produit de la société avant même qu'elle ne se dote d'une autorité publique. L'État ne fera que poursuivre cette pratique et l'organiser à grande échelle, sans jamais en acquérir au demeurant le monopole²⁰⁶. »

Dans le formalisme du procès une destination sociale transparait, celui de restaurer le dialogue. Ce rôle ne pouvant être assuré par les tribunaux étatiques, un substitut doit être trouvé dans le cyberspace. Et pour appuyer les arguments des partisans du cyberarbitrage, une seconde analyse vient compléter ce propos.

« [L'] analyse en anthropologie juridique des communautés numériques montre que celles-ci développent systématiquement une normativité juridique dès qu'un certain seuil d'interactions est atteint : un ordre, de nature sociale voire juridique, est ainsi énoncée. Les désordres (les litiges) créent inévitablement une tension vers un retour à cet état d'origine, tel un classique qui est étiré ; le désordre appelle un cyberlieu de réaménagement de ce désordre, c'est-à-dire un système de résolution des litiges. Il est moins question ici des effets d'un litige sur les personnes qui en constituent les parties que la pathologie systémique que constitue la transgression de l'ordre énoncé. Une institution de règlement en ligne des différends est, dans cette perspective, un lieu d'ordonnement des comportements dans une communauté numérique²⁰⁷. »

Devant le scepticisme que ne manquera pas de créer les bouleversements à venir au sein de ce qui reste « la fonction la plus ritualisée de la vie sociale »²⁰⁸, le professeur Gélinas souligne que :

Alain, *Propos*, Pléiade, I. page 434. Voir aussi André POUILLE, *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Paris, Masson – Droit Sciences Économiques, 1985, pp. 8-9.

²⁰⁶ F. ZENATI, « Le procès, lieu social », *op.cit.*, note 202, à la page 241.

²⁰⁷ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne – Une approche critique*, *op.cit.*, note 194, p. 222.

²⁰⁸ K. BENYEKHLEF et Fabien GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 25.

« C'est la raison principale de l'adoption si rapide de l'ODR par ceux qui étaient principalement concernés par le commerce électronique et Internet [...] L'ODR a été vu comme une sorte de justice faite spécialement pour un espace nouveau en quête de confiance et de sécurité juridique. On supposait dans ce contexte qu'en créant une sorte d'espace formalisé virtuel pour un tribunal, dont l'accès serait strictement contrôlé, ou des protocoles concernant la présentation et le traitement de l'information seraient suivis, la technologie pourrait reproduire et adapter les aspects rituels de la justice tout en garantissant que rien d'essentiel ne serait perdu²⁰⁹. »

Pour Rousseau, le contrat social présuppose un langage commun entre les membres de la société²¹⁰. Dans la mesure où les communautés numériques ne fonctionnent et n'existent, dans le sens où nous l'avons précédemment définis, que par le biais d'un Réseau, l'expression des réclamations doit également passer par ce truchement. Parce qu'utiliser le réseau fait parti du langage commun des communautés virtuelles, cette démarche correspond à l'idée du groupe.

Le conflit étant interne au groupe, c'est à lui de le résorber au moyen d'institutions qui, structurellement, lui ressemblent. L'arbitrage se sera virtuel, tout comme la société qui a engendré le besoin d'y recourir²¹¹. Le sentiment d'appartenance communautaire est ainsi promu par une architecture juridique de résolution des litiges²¹².

A cette logique de continuité sociologique répond une autre considération, économique, cette fois, mais qui souligne tout autant l'importance de conserver la dynamique propre du milieu.

²⁰⁹ F. GELINAS, « Le point sur l'ODR: du concept à la réalité commerciale », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial – Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI, 2004, 7-19, 17.

²¹⁰ Voir Jean-Jacques ROUSSEAU, *Essai sur l'origine des langues*, Paris, Folio essais, 1999.

²¹¹ Juliet. M. OBERDING et T. NORDERHAUS, « A Separate Jurisdiction For Cyberspace ? », à l'adresse : <http://jcmc.indiana.edu/vol2/issue1/juris.html>.

²¹² Philippe GIORDANO, « Invoking Law as a basis for identity in Cyberspace », 1 *Stan. Tech. L. Rev.* 9 (1998), 9-34.

II. L'analyse économique du droit : « le manifeste du pragmatisme²¹³ »

L'analyse économique du droit²¹⁴ a pour objet d'évaluer à l'aide des outils de la microéconomie traditionnelle la production et les conditions d'efficacité des règles de droit. Dans ce cadre l'efficacité s'identifie à l'obtention de la plus grande valeur économique possible. Autrement dit, il s'agit de s'interroger sur le processus de « production » des règles de droit (démarche positive) et sur la mise en place de règles de droit optimales au sens économique (démarche normative)²¹⁵.

En ce qui concerne notre sujet, l'analyse économique du droit s'efforce de contester les raisons qui peuvent pousser deux parties en litige à recourir à un procès au lieu et place d'un mécanisme plus efficient au regard des rationalités du contexte électronique. Le mode d'évaluation se base principalement sur l'analyse comparative de la gestion du flux des demandes et de celui corrélatif des jugements qui y répondent ainsi que du coût associé²¹⁶.

Quand bien même le demandeur ferait fi des frais d'un procès, ce seront les délais d'attente qui poseront problème. Le temps joue, sans aucun doute, un rôle considérable dans toute transaction et ce d'autant plus en matière de commerce électronique au regard de la rapidité des échanges. Entre le déclenchement du

²¹³ Sophie HARNAY et Alain MARCIANO, *Posner – l'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003, p. 11.

²¹⁴ Née dans les années 1960, elle consiste à appliquer les outils d'analyse et les critères de jugements des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques. Les travaux précurseurs de Ronald Coase, et ensuite de Richard POSNER, Gary S. BECKER, ont participé au mouvement plus large que certains ont qualifié « d'impérialisme économique » et qui consiste à étendre à des domaines étrangers à la sphère économique la méthodologie de l'économie néoclassique.

²¹⁵ Bruno OPPETIT, « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit – droit et économie*, t. 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 17-26, à la page 22.

²¹⁶ B. DEFFAINS, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Pierre CHEVALIER, Yvon DESDEVISES, Philip MILBURN (dir.), Paris, La documentation française, 2003, p. 89, aux pages 92-93.

conflit et la décision finale du juge, le délai excessif annule dans certaines hypothèses tout intérêt du recours à un tribunal²¹⁷.

Il est évident qu'un « accord conclu entre deux parties, en l'absence de coûts de transaction » ou dans une moindre mesure à un coût raisonnable, « est toujours profitable aux deux protagonistes²¹⁸ ».

Ce mécanisme s'inscrit en outre dans la logique de marché des acteurs du cyberspace. Leurs objectifs avoués étaient d'accroître leurs fonctions logistiques afin d'apporter une « réponse optimale au consommateur ». Cette volonté supposait une stratégie visant à supprimer les coûts inutiles rencontrés sur l'ensemble de la chaîne marchande, du producteur au client par l'informatisation des relations avec la clientèle²¹⁹.

L'efficacité de ce système suppose cependant pour atteindre son plein potentiel que les systèmes transactionnels soient complétés par des systèmes dits de « confiance » comme l'exprime M Ethan Katsh;

« The systems that bring buyers and sellers together so that is possible for transactions to occur need to be joined by systems that allow buyers to feel comfortable and confident in engaging in the transaction. For this to occur, transaction systems must be joined by trust systems²²⁰. »

Comme si la condition d'une réussite durable passait nécessairement par la conjugaison de l'éthique et de la stratégie des entreprises. C'est en quelque sorte

²¹⁷ Montesquieu a très justement dit à ce propos que : « il faut que la justice soit prompte. Souvent l'injustice n'est pas dans le jugement, elle est dans les délais souvent l'examen a fait plus de tort qu'une décision contraire », Discours prononcé à la rentrée du Parlement de Bordeaux, *Œuvres complètes*, t. 1, Paris, Gallimard, Bibliothèque la Pléiades, 1949, p. 47.

²¹⁸ B. DEFFAINS, citant R. COASE, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », *op.cit.*, note 216, p. 92.

²¹⁹ Ethan KATSH, « Adding Trust Systems to Transaction Systems: The Role of Online Dispute Resolution », à l'adresse: http://www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc. Voir également F. GÉLINAS, « Le point sur l'ODR: du concept à la réalité commerciale », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 209, 18.

²²⁰ E. KATSH, « Adding Trust Systems to Transaction Systems: The Role of Online Dispute Resolution », *loc.cit.*, note 219, 3.

l'édification en dogme de cette vérité toute simple selon laquelle « la confiance produit de la valeur ajoutée²²¹ ».

Pour développer ce crédit, l'établissement d'un système approprié de résolution des litiges en ligne est indispensable. L'un ne saurait aller sans l'autre au risque de remettre en cause la viabilité du système. Et c'est en cela que l'analyse économique du droit réapparaît dans une approche dynamique de ce dernier visant à évaluer l'adéquation des règles à leurs objectifs.

Le tout n'est donc pas de faciliter la conclusion du contrat mais également son exécution. L'architecture se doit d'être complétée par l'accessibilité à un mode de résolution des litiges en ligne, et c'est là que réside l'ambition des fournisseurs de prestations de Cyberarbitrage.

En effet :

« Les transactions en ligne sont sans frontières et ont besoin d'un système de résolution des litiges également sans frontières parce que l'absence d'un cadre neutre et prévisible peut causer du tort non seulement aux individus privées de protection, mais également à l'économie dans son ensemble, parce que n'encourageant pas les transactions en ligne²²². »

Ambition facilitée dans notre domaine par la pierre angulaire du droit des contrats, à savoir l'autonomie de la volonté. Majoritairement composé de dispositions supplétives, le droit des contrats a donc une signification économique importante dans la mesure où il peut être analysé comme un instrument

²²¹ Pascal DIENER, souligne en effet que : « L'éthique des affaires fait appel à l'intelligence; coûteuse à court terme, c'est la poursuite méthodique d'un intérêt bien compris qui rapporte à moyen terme. Conjuguer éthique et stratégie dans les entreprises les plus performantes du monde devient la condition d'une réussite durable. C'est la redécouverte fracassante d'une vérité aussi vieille que le monde des marchands : la confiance produits de la valeur ajoutée!», « Éthique et droit des affaires », D.Chr.1993., 17-19, 18.

²²² Mirèze PHILIPPE, « Where is everyone going with online dispute resolution (ODR) – Où est la résolution des litiges en ligne? », 2 (2002) R.D.A.I., 167-210, 168.

permettant d'utiliser cette liberté contractuelle pour rechercher une issue avantageuse au point de vue pécuniaire²²³.

L'arbitrage en ligne est étudié comme un instrument qui abaisse les coûts de transactions et réduit le délai²²⁴, la logique d'efficacité recommande d'encourager les parties à y recourir dès qu'il s'avère bénéfique. Dans cette perspective, le recours à l'arbitrage en ligne doit être guidé par un comportement stratégique, à savoir celui de parties désirant faire l'économie d'un procès et de rentabiliser au maximum les délais d'accès à la justice²²⁵.

Nul doute que, la Cyberjustice compte comme avantage évident la rapidité de la procédure. Le processus n'étant soumis à aucune règle de preuve et de procédure étatique, il permet une économie de temps considérable. En outre la résolution de différend par voie électronique ne nécessite « ni déplacement de personnes, transfert de support, sans intermédiaire de communication de notification diverses, sans obligations de rencontre en temps réel, sans dépôt de pièces ou de représentations des parties devant la juridiction²²⁶ ». L'automatisation du traitement de l'affaire qui permet aux parties d'obtenir toutes les informations relatives au dossier accélère considérablement la procédure²²⁷ dans la mesure où le décalage horaire n'entrera pas en ligne de compte.

²²³ B. DEFFAINS, le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, à l'adresse : <http://www.univnancy2.fr/RECHERCHE/EcoDroit/DOWNLOAD/docdeffains/Cour%20Cassation.pdf>.

²²⁴ Georges H. FRIEDMAN, « Alternative dispute resolution and emerging online technologies: Challenges and Opportunities », 19 *Hasting Comm. & Ent. L. J.* 695 (1996-1997), 711-712 et Lan Q. HANG, « Online dispute resolution systems: the future of cyberspace law », 41 (2000-2001) *Santa Clara L. Rev.*, 837-866, 854-857.

²²⁵ B. DEFFAINS, « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », *op.cit.*, note 215, p. 90.

²²⁶ G. CANIVET, dans préface *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 11.

²²⁷ *Id.*, p. 11.

Au facteur temps, s'ajoute bien sûr celui du coût²²⁸. La résolution en ligne des litiges s'avère moins onéreuse pour les parties que dans l'hypothèse d'un recours au tribunal étatique. La comparaison entre les frais occasionnés par les deux types de procédures montre que des « économies de l'ordre de 35% à 60%²²⁹ ». Elles sont réalisées notamment par la disparition des coûts de déplacement, des frais liés aux intermédiaires et conseillers juridiques²³⁰. Et par-dessus tout, cet abaissement du coût permet de prendre en considération des conflits qui n'auraient pas été portés en justice en raison d'un coût trop élevé par rapport aux bénéfices attendus à l'issue du procès.

En effet les modèles financiers mis en place dans le cadre de l'arbitrage en ligne tentent de satisfaire cette exigence d'accessibilité qui sous-tend une proportionnalité du coût par rapport au montant et à la nature du litige et au délai nécessaire à l'obtention d'une solution²³¹. La recherche de cet équilibre nécessitait un choix entre trois modes de financement : « un partage des frais par les deux parties, la prise en charge des frais par une partie unique, ou un financement extérieur²³² ». Dans les trois hypothèses, la question de la promotion de la confiance du consommateur est centrale. En effet dans le premier mode, favorisé par nombre de fournisseurs²³³, si l'égalité des frais est respectée, le

²²⁸ Roger P. ALFORD, « The virtual world and the arbitration world », 18 *J.Int. Arb.* 449 (2001), 458.

²²⁹ K. BENYEKHLEF et F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 109. Voir également Ljiljana BIUKOVIC, « International Commercial Arbitration in Cyberspace : Recent developments », 22 *Nw. J. Int. L. & Bus* 319 (2001-2003), 340 pour un tableau détaillé des chiffres.

²³⁰ Richard SUSSKIND, *The future of laws the challenges of information Technology*, Oxford, University Press, 1998, p. 271. Voir également T. SCHLUTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 262-267.

²³¹ K. BENYEKHLEF et F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op. cit.*, note 188, p. 109.

²³² *Id.*, p. 105.

²³³ Les Centres suivants proposent des prestations en ligne qualifiées d'arbitrage : CyberTribunal www.cybertribunal.org ; eResolution : www.eresolution.ca ; Nova Forum : www.novaforum.com ; Cybercourt : www.cybercourt.org ; Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR) : www.ecodir.org ; e-Settle.co.uk : www.e-settle.co.uk ; Online Confidence : www.onlineconfidence.org ; Word&Bond : www.wordandbond.com ; Online Ombuds Office : www.ombuds.org ; Online Resolution : www.onlineresolution.com ; Private Judge

financement ne posera guère de difficulté. En revanche en cas de déséquilibre, la question de l'accessibilité effective ressurgit dès lors qu'une disproportion, entre le montant du litige et le montant des frais, est constatée²³⁴.

Un financement unique soulève, à moins d'une transparence établie, la question de « l'indépendance et de l'impartialité » du répondant notamment lorsqu'il s'agit du fournisseur²³⁵. Extraire le processus de financement de la relation contractuelle apparaît, en dépit de cause, comme le plus à même d'assurer toutes les garanties. Il reste cependant soumis à « un engagement significatif de la sphère publique » alors même que cette dernière limite son rôle - jusqu'à ce jour - à encourager le développement des prestations en ligne²³⁶.

Cela étant, et pour corriger ces éventuelles difficultés, des mécanismes de garanties d'indépendance peuvent être joints, quelle que soit la forme de financement envisagée. Leurs interventions se situeraient, dans ce cadre, à tous les niveaux de l'ossature institutionnelle. Ainsi du choix des arbitres au déroulement de la procédure, l'idée est d'assurer un maximum de transparence²³⁷. Parfaire le système est donc au cœur des préoccupations pour ceux qui revendiquent l'arbitrage en ligne comme étant un « idéal de proximité ».

www.privatejudge.com; Resolution Forum Inc : www.resolutionforum.org; Resolve It Now : www.resolveitnow.com; SettleTheCase : www.settlethecase.com; Square Trade : www.squaretrade.com; The Virtual Magistrate : www.vmag.org; WEBdispute : www.webdispute.com; WebMediate : www.webmediate.com; clickNsettle : www.clicknsettle.com; Cyberlaws.net : www.cyberarbitration.com; Cybersettle : www.cybersettle.com; Global Arbitration Mediation Association (GAMA) : www.gama.com; iCourthouse : www.i-courthouse.com; IntelliCOURT : www.intellicourt.com. Pour un historique et les détails de leur développement voir Ljiljana BIUKOVIC, « International commercial arbitration in Cyberspace : Recent developments », *loc.cit.*, note 229, 323-325 et Melissa Conley Tyler¹ and Di Bretherton, « Seventy-six and Counting: An Analysis of ODR Sites », à l'adresse: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf>

²³⁴ K. BENYEKHEF et F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 106.

²³⁵ *Id.*, 106.

²³⁶ *Id.*, 107.

²³⁷ Consumer International, « Disputes in Cyberspace. Update of online dispute resolution for consumer in cross-border disputes », 2001, www.consumersinternational.org/document_store/Doc.35.pdf.

Section II : Un instrument de proximité : une architecture construite autour des communautés numériques

Le particularisme et la privatisation sont les deux pendants de cet idéal de proximité. Par particularisme, on entend bien sûr l'assimilation de mode de résolution des litiges à la communauté, mais ce qui nous préoccupe est surtout qu'il réponde comme un écho à un courant bien présent dans les sociétés contemporaines, à savoir le particularisme du droit. Ce dernier qui nous conduit nécessairement au développement d'une justice privatisée (I). Le déploiement des centres d'arbitrage sur le Réseau illustre très bien cette idée²³⁸ (II).

I. Entre particularisme et privatisation de la justice

Le particularisme correspond à l'idée d'une spécialisation des compétences dans un domaine défini. Constaté dans de nombreuses sphères du droit, cette spécialisation s'ajuste parfaitement à notre analyse des caractéristiques du contentieux de l'Internet précédemment soulignées.

Conformément à l'adage « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », l'un des attraits du mécanisme est la spécialisation de ses praticiens. Son succès dépend, en effet, de la compétence et de l'habileté avec laquelle il est conduit²³⁹. L'un des atouts majeurs de cette institution a toujours été de pouvoir recourir à des experts chaque fois que la matière s'y prêtait²⁴⁰. Ce « capital symbolique » s'avère déterminant dans la mise en place d'un système adapté aux besoins du cyberspace²⁴¹.

²³⁸ F. GÉLINAS, « Le point sur l'ODR : du concept à la réalité commerciale », *op.cit.*, note 209, pp. 7-20.

²³⁹ Yves DELAZAY et Bryant G. GARTH, *Dealing in Virtue : International Commercial Arbitration and the construction of a transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996, pp. 18-30

²⁴⁰ L. BIUKOVIC, « International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent developments », *loc. cit.*, note 229, 344.

²⁴¹ C. A. CARR et M. R. JENCKS, « Privatization of business and commercial dispute resolution: a misguided policy decisions » 88 *Ky. L. J.*, 183(1999-2000), 205-206.

Aux lacunes du système judiciaire étatique, lent et coûteux, certains ajoutent en effet un autre obstacle : le manque de compétence des magistrats dans des sujets aussi techniques que ceux que compte le cyberspace. Constat qui justifierait la substitution dans certaines sphères une justice étatique par une justice privée²⁴².

Ce mouvement de privatisation de la justice est, bien sûr, antérieur à l'apparition du commerce électronique. La justice a été elle aussi gagnée par une culture de marché²⁴³ qui a accompagné le développement d'une société technicienne²⁴⁴. On a assisté dès lors à un renouveau de la justice de proximité, c'est à un autre juge que le juge étatique qu'il adviendra de rendre un jugement reflétant autant que faire se peut la société dont il est issu²⁴⁵. Sa tâche étant en effet de prendre en compte toutes les spécificités d'un groupe pour lui donner une solution la plus proche possible de ces attentes générales.

Cette vague de privatisation ne s'arrête pas seulement aux missions et aux acteurs de la justice, elle touche également ses institutions. Une concurrence saine s'instaure entre la justice publique et la justice privée, la seconde étant prise d'assaut par les puristes du secteur privé. On l'aura compris, le droit des affaires dans toutes ses sous-catégories a été le premier demandeur²⁴⁶, il ouvre ainsi la

²⁴² Y. DELAZAY et B.G. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational Legal Order*, *op.cit.*, note 239, pp. 18-30.

²⁴³ Richard SCHAFFER, Beverly EARLE, Filiberto AGUSTI, *International Business Law and its environment*, 6th ed., Londres, Thomson South-Western, 2005, pp. 4-6. Voir également F. GÉLINAS, « Le point sur l'ODR : du concept à la réalité commerciale », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *op.cit.*, note 219, 17.

²⁴⁴ Y DELAZAY et B.G GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational Legal Order*, *op.cit.*, note 239, pp. 117-128.

²⁴⁵ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », in *RID.comp.*, 1997, p. 325 ; B. OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », 3(1984)*Rev. Arb.*, pp. 307-324 et P. FOUCHARD, « Alternative dispute resolution et arbitrage », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, sous la dir. de C. Leben, Paris, Litec, 2000, pp. 95-115.

²⁴⁶ John LANDE, « Failing faith in litigation? A survey of business' lawyers and executive's opinions », 3 *Harv. Negot. L. Rev.*, 1(1999).

voie au développement d'une justice plus souple et plus proche de ses justiciables : une justice de proximité.

La concurrence entre la justice privée et justice publique ne serait que l'exacte compensation des manquements constatés de la première par rapport à la seconde. Et dans ce cadre, la justice ne se différencie pas fondamentalement des autres biens et services, ses dysfonctionnements ayant poussé les demandeurs à rechercher dans un autre « produit »- l'arbitrage- les réponses à leurs attentes²⁴⁷.

Ainsi ;

« Delazay et Garth observent que même si des spécialistes, avocats et juges pouvant se prévaloir de leur maîtrise d'un domaine commercial international existent depuis longtemps dans certaines juridictions étatiques, l'arbitrage montre une tendance à se développer ailleurs, là où la séparation entre justice étatique et monde des affaires est plus grande à cause du manque de spécialistes dans les tribunaux [...] il s'agit d'une véritable fuite vers la business justice privée, propre à la communauté d'affaires des parties²⁴⁸. »

Cette justice hors du juge sera toute aussi légitime que la justice publique en ce qu'elle puise sa source dans un fondement purement contractuel. C'est par son biais et non plus dans l'acte juridictionnel que s'exprimera l'œuvre de justice. Et partant les parties pourront à leur aise dessiner les contours de l'arbitrage, son mode d'élaboration et de construction. S'exprime ainsi le vœu

²⁴⁷ Bertrand LEMENINCIER, La privatisation du système judiciaire : un défi à relever, à l'adresse : <file:///f:/Bertrand%20Lemennicier.htm>.

²⁴⁸ T. SCHULTZ, *La régulation du commerce électronique par le règlement des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 224-225. Voir également Chris A. CARR et Michael R. JENCKS qui confirment ce constat en ses termes : « In theory, another touted benefit of many forms of private ADR is the ability to select a « dispute resolver » with expertise in the business issue at hand. Judges in the traditional court system, on the other hand, are sometimes perceived to lack such expertise, especially by business executives », « Privatization of business and commercial dispute resolution: a misguided policy decisions », *loc.cit.*, note 239, 205-206.

d'une justice qui s'affranchit des barrières matérielles et temporelles qu'impose l'intervention du juge²⁴⁹.

Cette pratique s'étend en outre à l'application du droit lui-même, la portée de la règle juridique n'ayant pas ici la même portée que lors d'une instance judiciaire. Son caractère obligatoire ne pourra se déduire que du choix de parties de l'exploiter comme norme de référence. L'arbitrage possède en effet cet atout majeur que celui de permettre aux parties d'extraire le contentieux du système normatif étatique pour rechercher dans d'autres normes les ressources de leur accord²⁵⁰.

C'est alors que prennent le pas sur la loi et la jurisprudence, d'autres règles qui émanent du corps social lui-même et susceptibles d'être exploitées par les parties afin de mettre un terme au litige qui les oppose²⁵¹. Viennent ainsi se superposer au droit étatique des normes a-juridique, évaluées par ceux qui les invoquent, comme plus en phase avec leurs préoccupations.

L'institution arbitrale n'exprime pas seulement un procédé alternatif au juge civil ou commercial mais également au droit lui-même. Il concrétise une nouvelle forme de proximité intéressant les normes à partir desquelles les justiciables vont régler le litige qui les oppose²⁵².

Et ce de manière définitive dans la mesure où cette forme d'adjudication se caractérise également par le prononcé d'une décision définitive. Une fois rendue, une sentence arbitrale a autorité de chose jugée entre les parties et le litige ne peut

²⁴⁹ Casey E. LIDE, « ADR and Cyberspace : The Role of alternative dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation, 12 *Ohio St. J. on Disp. Res.*, 193 (1996), 218.

²⁵⁰ Sur l'arbitrage de façon générale voir C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191 et « Les frontières de l'arbitrage », 1(2001)*Rev.Arb.*, p. 5-41; A. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958*, 1re éd., Londres, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981; Alan REDFERN et Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

²⁵¹ V. GAUTRAIS, « Commerce électronique et émergence de normes juridiques : l'avènement de normes juridiques : l'avènement d'instance d'instances arbitrales dans le cyberspace », 4 (1997) *R.R.J.*, 13-20.

²⁵² Marc GALANTER, « Compared to what? Assessing the quality of dispute processing », 66 *Denv. U.L. Rev.* 1(1988-1989), 1-6.

être porté à nouveau devant une juridiction étatique ou un autre tribunal arbitral. La sentence, exécutoire, s'impose aux parties et aux tribunaux étatiques. Cependant elle reste dépourvue d'impérium, et à défaut d'exécution spontanée, l'autre partie a la possibilité d'obtenir une décision d'exequatur rendue par une juridiction étatique. Ceci étant, le pouvoir d'appréciation du juge de l'exequatur se limite à la vérification de la régularité formelle de la sentence, la validité de la convention d'arbitrage et le respect de l'ordre public²⁵³.

Enfin, un dernier argument contenu dans « la compatibilité de l'approche relationnelle à la réalité contractuelle²⁵⁴ milite en faveur de ce mode de résolution. Il préconise le respect de l'attente raisonnable des parties qui généralement envisagent de maintenir leurs relations contractuelles. L'action judiciaire condamnant tout développement ultérieur, le dessein de l'arbitrage sera d'apporter une solution aux litiges tout en conservant une entente cordiale entre les parties qui auront choisi d'y recourir²⁵⁵.

S'il est moins certain que, dans le commerce électronique, les consommateurs s'attachent à poursuivre dans le long terme une relation contractuelle qui s'est avérée litigieuse, le commerçant aura en revanche tout intérêt à fidéliser sa

²⁵³ Articles 940 et suivants du Code de procédure civil au Québec.

²⁵⁴ P. TRUDEL, France ABRAN, K. BENYEKHEF et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 20-4.

²⁵⁵ Les professeurs Ethan Katsh et Rifkin expliquent le développement des modes alternatifs par les deux aspects que recouvre le procès. Ainsi : « We still employ trials, and even encourage them, when the goal is to protect someone's rights, clarify a point of law, or set a standard for public behaviour. Sometimes plaintiffs want to go to trial when the outcome they seek is a finding in which one party wins and the other loses. In addition, if revenge or destroying the other party is a goal, courts and trials will continue to be attractive. ADR grows because rights and revenge are not the focus of most disputes. Many disputes involve misunderstandings, accidents or other situations where getting the problem resolved quickly is more important than placing blame. Disputes may involve parties who might see some possibility of working together in the future, and even be more valuable than getting compensation. Frequently getting something resolved quickly is important because tanking too much time will cost more than the value of whatever is involved in the dispute. In the internet environment and in information-related industries, these factors are likely to be even more important. Where the value of information declines quickly over time, litigation becomes an even less desirable option ». E. KATSH et John RIFKIN, *Online dispute resolution – resolving conflicts in cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, pp. 25-26.

clientèle ne serait-ce que par l'impact qu'une mauvaise publicité pourrait avoir sur son commerce²⁵⁶.

C'est donc encore une fois par un appel à l'analogie avec le commerce international que certains auteurs envisagent la privatisation du règlement des litiges du cyberspace par la généralisation de l'arbitrage en ligne. Les mêmes causes produisent les mêmes effets dans la mesure où ces deux champs de pratique requièrent des professionnels ayant la maîtrise du domaine concerné et une justice adaptée²⁵⁷.

Régler les conflits à la source a été le vœu pieux des initiatives qui ont vu le jour au sein du cyberspace.

II. La généralisation de l'arbitrage en ligne

A la base, il y a eu d'abord une utilisation du médium électronique dans un but purement instructif en ce sens que les grands centres d'arbitrage tels que la Chambre de commerce international, l'American Arbitration Association ou le London Court of International Arbitration s'en sont servis pour mettre à la disposition du public les règlements de l'arbitrage en plusieurs langues²⁵⁸. Mais de manière plus poussée, cet outil de recherches et d'enseignements a été aussi vu comme instrument de gestion de la procédure.

²⁵⁶ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, op.cit., note 254, p. 20-6.

²⁵⁷ Sur ce sujet l'affaire Shetland est parfaitement édifiante, le juge admet face aux questions de web-linking la difficulté d'en appréhender tous les aspects techniques. Shetland Times Wills, (1996) F.S.R. 604, 1997 S.L.T. 669 (Outer House Oct. 24).

²⁵⁸ R. P. ALFORD, « The virtual World and the Arbitration World », loc.cit., note 228, 451. L'auteur souligne que: « the fact that these prestigious institutions have embraced the concept of an online dispute resolution database underscores the enthusiasm for the Internet as a research tool for the international arbitration community. This is because the Internet is perfectly suited for distribution of information to a widely – dispersed niche market of arbitration consumers requiring timely and in-depth information regarding their trade ».

Les systèmes que nous allons évoquer se proposent de résoudre par un arbitrage en ligne les litiges issus d'un commerce électronique, cependant notre but n'est pas de tous les recenser. Nous nous contenterons d'examiner quelques exemples pertinents par une distinction entre la procédure UDRP, spécifique en sa matière, de celui effectué par les autres centres.

1. La procédure UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy).

Avec le développement de l'Internet commercial, une nouvelle pratique a vu le jour : le *cybersquatting* ou *domain name grabbing*²⁵⁹. En effet le système des noms de domaine²⁶⁰ ne nécessitait à l'origine aucune démonstration de droit de propriété intellectuelle. Les propriétaires de marques se voyaient ainsi lésés par l'enregistrement de nom de domaine correspondant à leurs marques de commerce ou de services protégés et incapables d'empêcher de facto leurs usages illimités au niveau international. Aussi sous leurs pressions est née en 1999 la procédure dite URDP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy).

Cette dernière s'est intégrée dans un mouvement plus ample de transfert des structures régulatrices de l'Internet du secteur public vers le secteur privé. Elle est le fruit des efforts conjugués de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) et de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

²⁵⁹ Cette pratique consiste en un enregistrement abusif d'un nom de domaine générique de premier niveau en vue de léser le titulaire de droit de marques et lui faire payer le prix fort pour qu'il récupère le nom de domaine approprié de mauvaise foi par un autre.

²⁶⁰ L'élaboration d'un site web comprend un passage obligatoire : celui de l'identification par une « adresse symbolique permettant une mémorisation et une identification plus aisée du site disponible sur le réseau. Le nom de domaine a de fait deux fonctions en plus de permettre l'accès à l'internet, ils assument une fonction publicitaire et promotionnelle pour l'entreprise. Voir LAMY, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2001, pp. 1316-1318; voir aussi Thibault VERBIEST, « Les réformes des systèmes de gestions de noms de domaine : état des lieux », 6 mars 2001, pp. 1-3 disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=397. Pour une analyse de la procédure se référer à l'article de Fabienne CANDEAGO, « Analyse de la politique et des règles de procédure d'I.C.A.N.N. relatives au règlement des conflits entre les titulaires de marques de commerce et les détenteurs de noms de domaine », *Lex Electronica*, vol. 9, n°1, hiver 2004, à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/candeago.htm#introduction>.

(OMPI). Elle est composée de trois types de règles : les principes directeurs UDRP²⁶¹, les règles d'application de la procédure UDRP²⁶² et enfin les règles particulières adoptées par chacun des trois organes de résolution des litiges accrédités par l'ICANN²⁶³.

Par la mise à disposition aux parties d'une infrastructure administrative, juridique et informatique, le système se propose de résoudre tout conflit lié à l'enregistrement ou à l'utilisation des marques en tant que noms de domaines. Avant toute chose, il nous faut préciser que les solutions se limitent exclusivement à des ordres de transfert, à la modification ou l'annulation du nom de domaine en cause ou encore au rejet de la demande. Toute réparation ou condamnation pécuniaire est exclue²⁶⁴. Les parties disposent d'un triple choix, deux arbitrages²⁶⁵ et une forme mixte qui consiste à recourir au préalable à une médiation et si aucun accord n'est trouvé à un arbitrage.

²⁶¹ Disponible aux adresses <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm>.

²⁶² A l'adresse <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>.

²⁶³ <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>. Il existe actuellement trois organes de résolution des litiges accrédités par l'ICANN : le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI, le National Arbitration Forum (NAF) et le CPR Institute for Dispute Resolution (CPR), l'eResolution s'étant retiré de la procédure UDRP. Chacun de ces organes édicte des règles de procédure complémentaires dont la pertinence se révèle fluctuante.

²⁶⁴ Voir règlement en ligne à l'adresse précitée note 261.

²⁶⁵ Le centre prévoit en effet une variante de l'arbitrage ordinaire et un arbitrage accéléré. La distinction se situant au niveau des délais des coûts de la procédure. Les parties choisissent également le lieu de la procédure ainsi que la langue et le droit applicable. Le processus s'étend de manière générale sur une période de deux mois et se déroule selon les étapes suivantes. L'institution de règlement reçoit la plainte (plainte envoyée sur support papier et par voie électronique à l'institution de règlement, au défendeur et à l'unité d'enregistrement. Elle examine sa conformité aux ensuite principes directeurs (en cas d'irrégularités, le requérant dispose de 5 jours pour les corriger). Le requérant doit versé les taxes dans un délai de 10 jours à compter du dépôt de la plainte. Après réception des taxes, la plainte est transmise au défendeur dans un délai de 3 jours à compter de la réception des taxes. Le défendeur dispose alors d'un délai de 20 jours à compter de la réception de la plainte pour répondre aux arguments exposés. L'organe de résolution dispose d'un délai de 5 jours à compter de la réception de la réponse pour composer un panel. Nomination de l'expert unique et transmission du dossier à l'expert désigné. L'expert dispose d'un délai de 14 jours pour rendre sa décision. A l'expiration duquel un nouveau délai de trois jours court pendant lequel l'organe de résolution des litiges doit communiquer la décision du panel à l'institution de règlement, à l'ICANN et aux parties. La décision devra être exécutée dans les 10 jours ouvrables à compter de la transmission de la décision à l'ICANN par l'institution de règlement. Dans la version accélérée, les délais sont réduits à chaque étape.

Le mécanisme se déroule, en partie, en ligne par le biais de formulaires types prévoyant les différentes plaintes possibles et les différentes réponses. La renommée de l'institution apporte d'autant plus de crédit à ce processus rapide et adapté de résolution des conflits. En effet il totalise le plus grand nombre de cas soumis après la cessation des activités de eResolution²⁶⁶, unique prestataire d'un tel service entièrement en ligne.

La procédure UDRP n'est pas à proprement parler un arbitrage, c'est une combinaison hybride²⁶⁷ qui prend comme point de départ le système arbitral, l'objet étant ici également d'apporter une solution rapide²⁶⁸ tout en réduisant le rôle de la justice étatique. Cependant les ressemblances s'estompent dès que l'analyse est approfondie²⁶⁹. Les amendements au modèle arbitral sont nombreux tant en ce qui concerne la convention d'arbitrage elle-même, que ses effets²⁷⁰. On constate de fait une absence d'outil contractuel, le requérant reste un tiers étranger au contrat qui n'emporte pas renonciation à la justice étatique²⁷¹. Ce qui justifie sans doute le fait que la sentence rendue puisse faire l'objet d'un recours judiciaire ordinaire. Bien qu'elle ne passe en force de la chose jugée, elle dispose en revanche de l'imperium. La décision UDRP est en effet susceptible

²⁶⁶ eResolution a en effet proposé du 1^{er} janvier 2000 au 30 novembre 2001 une procédure de règlement des conflits de noms de domaines. Également accrédité par l'ICANN. Voir K. BENYKHEL et F. GELINAS, *Les enjeux de la Cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, pp. 145-152 pour une description détaillée de la procédure.

²⁶⁷ Vincent FAUCHOUX et Nathalie BAURAIN, « Règlement des conflits de noms de domaine, vers l'élaboration d'un droit *sui generis* ? », *Légipresse*, n° 169, mars 2000, p. 15.

²⁶⁸ Le demandeur devra faire la preuve des éléments suivants pour obtenir gain de cause: qu'il détient un droit valide dans la marque de commerce en cause, enregistrée ou non ; que le nom de domaine est identique ou porte à confusion avec une marque de commerce ou marque de service en question ; que le défendeur n'a pas de droits ou d'intérêt légitime dans ce nom de domaine ; que l'enregistrement et l'utilisation du nom de domaine par le défendeur ont été faits de mauvaise foi.

²⁶⁹ Laurence R. HELFER et Graeme B. DINWOODIE, « Designing non-national systems: the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », 43 *W. & Mary L. Rev.*, 141(2001), disponible à l'adresse <http://www.kentlaw.edu/depts/ipp/intl-courts/docs/dh.pdf>.

²⁷⁰ La décision *Parisi v. Netlearning Inc.* rejette toute tentative d'assimilation, District Court, Eastern District of Virginia, 10 mai 2001, n°A 00-1823-A, cité dans Alexandre CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine, analyse de la procédure UDRP*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 54-55.

²⁷¹ L'article 18 des règles d'application UDRP prévoit en effet : « lorsqu'une procédure judiciaire a été engagée avant ou pendant la procédure administrative concernant le litige sur le nom de domaine qui fait l'objet de la plainte, il appartient à la commission de décider de suspendre ou de clore la procédure, ou de la poursuivre et de rendre sa décision ».

d'exécution forcée sans le préalable d'une procédure d'exequatur²⁷². Dès lors et malgré les critiques dénonçant un certain parti pris du panel en faveur du détenteur du droit de propriété intellectuelle et instigateur de la procédure²⁷³, il est certain qu'elle privilégie les impératifs d'efficacité par une sanction rapide et exécutable des enregistrements abusifs de noms de domaine.

La procédure fait ainsi globalement partie intégrante du mouvement plus vaste des ODR. Elle constitue même le plus prisé de ceux-ci en ce sens qu'elle n'est « pas juridiquement parfaite mais [...] est pratiquement efficace²⁷⁴ ». De fait d'un point de vue qualitatif, l'arbitrage en ligne paraît plus ambitieux, les prestataires offrant leurs services à tout litige quelle qu'en soit la nature. En revanche dans le cas de l'UDRP les paramètres sont prédéfinis et c'est au litige de s'en accommoder. L'évaluation d'un point quantitatif révèle néanmoins que celle-ci qui récolte le plus de succès²⁷⁵.

Quoiqu'il en soit, ils partagent tous cette volonté « de vouloir composer avec l'évolution technologique²⁷⁶ ».

²⁷² Alexandre CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine, analyse de la procédure UDRP*, *op.cit.*, note 270, pp. 9-11.

²⁷³ F. GELINAS, « Splendeurs et misères de la célérité: bilan du système de règlement des différends relatifs à l'adressage internet », *Gazette du Palais*, 06 juin 2002 n° 157, p. 46 ; L. HELFER et G. DINWOODIE, « Designing non-national systems : the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », *loc.cit.*, note 269, 62-64. Voir aussi M. GEIST, « Fair.com, An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP », pp.30-31 disponible à l'adresse : <http://aix1.uowatta.ca/~geist/geistudrp.pdf> par <http://www.udrplaw.net/UDRPReview.htm>.

²⁷⁴ Richard MILCHIOR, « Marques et internet », *Cahiers du Lamy de l'informatique et des réseaux*, n°139, août-septembre 2001, p. 13.

²⁷⁵ Milton L. MÜLLER, « Rough Justice : An analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy », Syracuse University of School of Information Studies, novembre 2000, à l'adresse http://legal/edhec.com/DTIC/ArticlesE/Article_dns_5.htm.

²⁷⁶ T. SCHULTZ, « Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et ius numericum », 48 (2002) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, pp.153-203 disponible en ligne à l'adresse http://www.online-adr.org/SCHULTZ_ODR_RIEJ_site.pdf.

2. Les initiatives privées

Le règlement électronique des différends peut passer par de multiples procédures, qu'il s'agisse de l'arbitrage, de la médiation ou de la simple conciliation. Pour rester dans les limites de notre sujet, nous n'évoquerons cependant que les initiatives qui s'inscrivent dans une variation de l'arbitrage.

Elles émanent pour la plupart du milieu universitaire. Le précurseur est le Virtual magistrate lancé en 1996²⁷⁷. Son objectif est alors de fonctionner comme un tribunal Internet en offrant une procédure d'arbitrage des conflits survenant entre usagers de services en ligne, ceux qui en sont victimes et les *system operators*. Son champ d'application se limite à l'époque essentiellement aux :

« complaints about messages, postings, and files allegedly involving copyright or trademark infringement, misappropriation of trade secret, defamation, fraud, deceptive trade practices, inappropriate (obscene, lewd, or otherwise violative of system rules) materials, invasion of privacy, and other wrongful content²⁷⁸. »

L'ensemble de la procédure s'effectue alors par courrier électronique, l'objectif étant de rendre une décision dans les trois jours ouvrables après l'acceptation de la requête. A noter qu'aucune convention ou clause d'arbitrage ne précède l'arbitrage proprement dit, l'appréciation est faite au cas par cas pour chaque soumission.

Les parties s'engagent, à ce moment là, à respecter la décision de l'arbitre sans appel possible. Si ce dernier n'est tenu par aucun droit étatique, sa sentence se doit néanmoins de prendre en compte les circonstances du différend, les points de vue des parties et l'issue probable du litige lors d'un recours devant une juridiction étatique ou arbitrale. Une publication de la décision arbitrale clôt, par

²⁷⁷ Il est issu d'un groupe de travail patronné par le National Center for Automated Information Research (NCAIR) et le Cyberspace Law Institute. Voir à l'adresse <http://www.vmag.org/>.

²⁷⁸ <http://www.vmag.org/>.

la suite, le processus. Ceci dit, une seule décision, par ailleurs fort critiquée²⁷⁹, a été rendue et publiée sur le site du *Virtual Magistrate*.

Les professeurs Benyekhlef et Gélinas attribuent cet échec :

« À l'absence d'une convention préalable à l'arbitrage et à la technologie somme toute primitive du projet, puisqu'il s'agissait essentiellement d'échanges de courriers électroniques non sécurisés. [Raisons auxquelles s'ajoutent] le champ d'intervention très limité du Virtual Magistrate. Les conflits soumis à son appréciation tiennent aux rapports sociaux engendrés par l'utilisation d'Internet, plutôt qu'aux rapports économiques qui se nouent à l'occasion de transactions électroniques²⁸⁰. »

Prenant acte de ces manquements, le second projet arbitral à voir le jour est le CyberTribunal sous la férule du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal²⁸¹. Sa marge de manœuvre est alors plus large que son prédécesseur en ce qu'il offre ses services pour tout litige lié au commerce électronique, au droit de la concurrence, aux droits d'auteur, aux marques de commerce, à la liberté d'expression et vie privée etc. Le tout excluant, bien sûr, les questions d'ordre public. La différence ne s'arrête pas là puisque le CyberTribunal centre son action à la fois sur la médiation et sur l'arbitrage²⁸². Il offre un choix aux intéressés de recourir à l'un ou l'autre, ou encore en cas d'échec du premier au second à titre supplétif²⁸³.

L'originalité du CyberTribunal réside cependant dans sa localisation sur un territoire biculturel, ce qui lui confère un statut de précurseur au niveau de la

²⁷⁹ Il s'agissait du dossier *Tierney v. Email America*. Voir Frank A. CONA, «Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution », 45 *The Buffalo L. Rev.*, 975 (1997); Robert J. AMBROGI, « Cyberspace Becomes Forum For Resolving Disputes », juin 1996, en ligne: <http://legaline.com/dispute.htm>. Ainsi que David LOUNDY, «Virtual Magistrate becomes a reality, sort of», *Loundy.com*, 1996, <http://www.loundy.com/CDLB/Virtual-Magistrate.html>.

²⁸⁰ K. BENYEKHFLEF et F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 118.

²⁸¹ Il fut lancé le 4 juin 1998.

²⁸² V. GAUTRAIS, K. BENYEKHFLEF et P. TRUDEL, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du CyberTribunal », 4 (1998) *DIT*, 46-51.

²⁸³ *Id.*, 48.

francophonie²⁸⁴. Afin de surmonter les différences culturelles et juridiques qui survivent à l'éclatement des frontières²⁸⁵.

Sur la base de ce projet expérimental, les services sont offerts en toute gratuité. L'assurance de la confidentialité des litiges est réalisée par une plate forme informatique sécurisée. La saisine du secrétariat du CyberTribunal s'effectue par un « formulaire de demande ». Après une manifestation expresse de leurs volontés, les parties se voient accorder un code personnel permettant d'accéder au « site de l'affaire en cours » réunissant les données pertinentes de leurs différends.

Le CyberTribunal se place en outre clairement dans une optique régulatrice du commerce électronique par le développement de règles de conduite issues de ses jugements cybernétiques. Et si l'expérience prend fin en 1999, elle a le mérite de créer un précédent dans sa volonté de mettre en place des mécanismes de résolutions des litiges combinant arbitrage et médiation²⁸⁶.

La filiation a été en effet poursuivie par de nombreux prestataires qui ont fait le choix de promouvoir le tout en ligne. Il s'agit par exemple ClikNettle²⁸⁷ qui est la plate forme de négociation en ligne de l'organisation national Arbitration and Mediation Corp. Dans ce cas, seule la négociation peut être réalisée en ligne mais en cas d'échec il est prévu que les parties pourront recourir d'autres services tels que la médiation ou l'arbitrage qui sont opérées par vidéoconférence. L'Online Resolution réunit, également, ces trois formes d'ODR sous l'égide des règles instituées par l'American Arbitration Association²⁸⁸, toute la procédure s'effectue en ligne.

²⁸⁴ E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique – l'expérience du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 42, 225-248.

²⁸⁵ K. BENYEKHEF et F. GELINAS, *Les enjeux de la Cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 119

²⁸⁶ *Id.*, p. 120; voir également E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique – l'expérience du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 42, 243-248.

²⁸⁷ <http://www.namadr.com/adr.cfm>.

²⁸⁸ <http://www.adr.org>.

C'est donc une « nouvelle justice par défaut des places virtuelles ²⁸⁹» que ses plates-formes ont instauré en prenant pour bases les archétypes des trois ADR les plus connus. Et partant rejettent au loin toute « présomption de matérialité²⁹⁰ » qui n'accorderait de légitimité qu'à ce qui est visible et tangible.

Toutefois,

Cette « réfutation de la présomption peut se heurter à des obstacles de nature technique, légale ou psychologique [...] Les obstacles de nature légale pourraient être des concepts tirés de texte constitutionnels ou de règlements et qui font que la dématérialisation devienne une source de crainte plutôt que de joie²⁹¹. »

Craintes qui ne sont pas que potentielles dans la mesure où la virtualité de l'arbitrage ne le délivre pas pour autant du carcan des législations nationales. Il reste en effet à ce jour le mode alternatif le plus réglementé. Le changement de médium ne va donc pas sans poser d'importantes questions par rapport à son formalisme traditionnel. Le concept du cyberarbitrage nécessite, comme d'autres, une remise en cause de nos canons²⁹² (Chapitre II).

²⁸⁹ F. GÉLINAS, « Le point sur les ODR : du concept à la réalité commerciale », *op.cit.*, note 209, 18.

²⁹⁰ Selon Benjamin G. DAVIS, la présomption de matérialité correspond à l'acceptation générale « selon laquelle les pièces et les écritures doivent être présentées dans un espace physique, devant les personnes concernées et y demeurer un certain temps, et qu'à moins que les parties n'en conviennent autrement, avec l'accord d'un tiers neutre, cette façon de procéder est la seule qui soit de nature à garantir que la régularité de la procédure ne soit pas mise en question en cas de contestation de la partie perdante », « Compétitions pour le règlement des litiges par Internet : pistes de réflexion pour l'avenir », dans *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *op.cit.*, note 209, 32.

²⁹¹ F. GÉLINAS, *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *op.cit.*, note 209, 32.

²⁹² G. CANIVET, dans préface *Le règlement en ligne des conflits- Enjeux de la cyberjustice*, *op.cit.*, note 188, p. 12.

Chapitre II : Un outil émancipé

« If the future comes too early²⁹³. »

Si techniquement l'arbitrage se prête particulièrement bien à une procédure en ligne, sa dématérialisation ne peut se faire sans soulever la question de sa compatibilité avec les textes nationaux et internationaux destinés à le régir.

Dans sa dimension internationale, deux conventions internationales régissent la matière. La Convention de New York, du 10 juin 1958²⁹⁴, relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, préparée sous l'égide des Nations Unies. La Convention européenne de Genève, du 21 avril 1961, relative à l'arbitrage international. Cette convention, préparée par la Commission Économique des Nations Unies pour l'Europe, est en vigueur dans plus de vingt pays d'Europe occidentale et orientale.

En outre, la CNUDCI a proposé, le 21 juin 1985, une loi type (loi modèle) sur l'arbitrage commercial international. Les solutions des droits français, allemand et suisse sont souvent proches de celles de la loi modèle. De même que l'Angleterre qui a réformé son droit de l'arbitrage par l'*Arbitration Act* de 1996, en reprenant sur de nombreux points les solutions de la loi modèle.

Ces textes expriment une volonté certaine de promouvoir et de faciliter l'arbitrage international. Cette prévenance ne pourrait cependant être étendue en l'état à

²⁹³ Jasna ARSIC, « International commercial Arbitration on the Internet: Has the Future come too early ? » 14 *J. Int. Arb.*, 209(1997), 209.

²⁹⁴ Le texte de la convention est accessible à l'adresse : http://www.arbitrage.org/fr/presentation/texte_convention_inter.pdf.

l'arbitrage virtuel. Leurs dates d'élaboration sont probantes à cet égard. Dans ce contexte, l'écrit faisait figure d'élément essentiel.

Impossible eut été l'anticipation des évolutions technologiques. Pour un arbitrage qui veut justement en faire abstraction, le respect des textes en vigueur s'avéra en conséquence délicat. Est-ce que cela signifie pour autant qu'entre l'arbitrage virtuel et l'arbitrage traditionnel, il s'agit de deux mondes antagonistes²⁹⁵? Sans être aussi radicale, il apparaît que la projection des principes du second au premier soulève quelques difficultés.

Sans oublier la question de l'arbitrabilité, qui est le passage obligé avant tout autre questionnement. La méfiance des législations face aux compromis impliquant des consommateurs est bien connue. Comment surpasser cet obstacle majeur pour ce mode qui se donne justement pour objet de régler en ligne les petits litiges de la cyberconsommation ?

Évaluation et mise à jour s'imposent, c'est ce que nous proposons de faire en évoquant d'abord le cadre juridique de l'arbitrage (Section I) avant d'envisager la procédure en tant que telle (Section II).

Section I : Un arbitrage affranchi de son cadre formel classique

Nul doute que l'arbitrage a la faveur du droit et de son juge. Loin d'être une simple tolérance, cette voie alternative l'allège plus qu'elle ne le concurrence. Il veille néanmoins à ce que cette justice privée ne gagne pas totalement en indépendance en l'entourant de principes. Ces derniers sont regroupés d'abord

²⁹⁵ R. P. ALFORD, « The virtual world and the arbitration world », *loc.cit.*, note 228, 449-461.

autour du concept d'arbitrabilité²⁹⁶ qui délimite la marge de manœuvres accordée à chacun (I). Et cette immixtion se poursuit jusque dans la forme que doit revêtir la convention d'arbitrage (II).

I. L'arbitrabilité : une question de fond

La notion d'arbitrabilité, peu utilisée en tant que telle dans les législations étatiques, désigne l'aptitude de l'objet du différend à être soustraite de la juridiction étatique. C'est ce qui permet de constater qu'un contrat d'arbitrage est objectivement licite²⁹⁷. Cette qualité lui est en principe reconnue par une norme étatique sous l'expression « susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ». Selon le domaine concerné cette capacité sera plus ou moins étendue.

Dans le commerce international, une politique générale en faveur de l'arbitrage s'est traduite par la reconnaissance de son autonomie. Cet arbitrage international se détache de plus en plus du droit étatique par la grande liberté laissée aussi bien aux parties qu'à l'arbitre. Mais aussi libérale que soit l'attitude des États, une réserve s'impose : celle de l'ordre public interne ou internationale²⁹⁸. Cette notion manifeste leur présence irréductible.

L'arbitrabilité ne se limite pas pour autant à la notion d'ordre public en dépit du fait qu'elle ne saurait en faire abstraction. Et cela parce que le fondement de la compétence de l'arbitre a son origine dans la convention d'arbitrage dont la validité est soumise à sa conformité l'ordre public.

²⁹⁶ Selon Patrice LEVELL le terme « exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres », « L'arbitrabilité », (1992) *Rev. Arb.*, 213-240, 213.

²⁹⁷ E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international – convention d'arbitrage- Arbitrabilité », *Jurisque* 1994, Fasc 586-36-Fasc 1058, 1-17, 2.

²⁹⁸ *Id.*, 9.

La notion d'arbitrabilité recouvre deux aspects : subjectif²⁹⁹ et objectif. Le premier fait en effet référence à la capacité des parties qui accepte de compromettre et le second, qui sera le seul retenir notre attention, porte sur les matières dont les litiges peuvent être tranchés par ce biais.

La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, fixant les grands principes³⁰⁰ sur lesquels repose l'arbitrage international, n'est guère éclairante en ce qui concerne le domaine de l'arbitrabilité. Cette question, au sein du texte conventionnel³⁰¹, se retrouve en effet tant au niveau de la reconnaissance de la convention que de la sentence arbitrale. Mais celui-ci laisse le soin aux états signataires d'en déterminer le contenu. En conséquence ces derniers se voient reconnaître le droit de poser des limites soit *rationae personae* soit *rationae materiae*. C'est par le biais de la méthode conflictualiste que le contrôle de l'arbitrabilité du litige s'appréciera en référence à la loi choisie par les parties ou à défaut de celle du lieu de l'arbitrage, ou enfin à la loi du juge du for où la sentence est remise en question³⁰². Ce renvoi

²⁹⁹ Jérôme HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », Gaz.Pal.2000.doctr., 103-115. Les auteurs relèvent l'absence de difficultés particulières sur de l'arbitrabilité *rationae personae* dans le cadre de l'arbitrage en ligne.

³⁰⁰ Il s'agit principalement de ceux de la validité des conventions arbitrales et de l'affirmation de l'autonomie de l'arbitrage international.

³⁰¹ La convention utilise le terme d'arbitrabilité dans à l'article 2 tout d'abord : 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. Et ensuite dans deux alinéas de l'article 51 : 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.

Article V 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 ce serait contraire à l'ordre public de ce pays. Voir le texte de la convention à l'adresse suivante :

http://www.arbitrage.org/fr/presentation/texte_convention_inter.pdf.

³⁰² Philippe FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », (1998) 4 Rev. Arb., 653-672, 659.

aux législations nationales nous amène nécessairement à un survol du droit comparé : le droit civil sera opposé aux pays de common law.

1- L'approche civiliste : Droit français et droit québécois.

Tous deux³⁰³ insistent en effet par une disposition de leur code civil que ne saurait être soumise à l'arbitrage les matières intéressant l'ordre public³⁰⁴. La difficulté survient alors du fait que l'on ne sait exactement ce que recèle ce concept. Dans une large acception l'ordre public est en effet défini comme étant l'ensemble des règles qui régissent la vie en société édictées dans l'intérêt général. Une règle est dite d'ordre public lorsqu'elle est obligatoire et s'impose pour des raisons impératives de protection, de sécurité ou de moralité³⁰⁵. Les personnes ne peuvent y déroger par convention. Il est généralement admis que les règles d'ordre public ont pour but dans l'arbitrage international de sauvegarder les intérêts du for. Elles remplissent une « fonction de référence à une normalité juridique ou para-juridique³⁰⁶ ».

Doit-on considérer que toute matière soumise à une réglementation impérative est de facto soustraite à cette forme de justice privé? Il semblerait que non³⁰⁷. Déjà en 1950 la Cour de Cassation³⁰⁸ réfutait cette solution. On ne s'intéresse moins à la

³⁰³ Pour le droit québécois de l'arbitrage voir Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne – Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991. Et John E.C. BRIERLEY, « la convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) *C.P du N.*, n°507.

³⁰⁴ Art. 2060 du C.c.F. et 2639 du C.c.Q.

³⁰⁵ Il ne s'agit que d'une définition parmi d'autres eu égard « à la multiplicité de ses sources, de son contenu et de sa finalité ». Diverses expressions sont utilisées comme le « bâti élémentaire de la société » par Philippe MALAURIE, *l'ordre public et le contrat*, Reims, éd. Maton-Braine, 1953, p. 3. ; Il cite également J.P NIBOYET qui lui le décrit comme étant « le minimum de convenance sociales dont le respect s'impose aux particuliers dans leurs conventions », p. 262 ou encore « les principes fondamentaux de la morale ou la conception que l'homme se fait de la société ».

³⁰⁶ G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, Etude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, *op.cit.*, note 167, p. 358.

³⁰⁷ Cette solution consiste à faire coïncider l'ordre public et les dispositions impératives. Voir Henry MOTULSKY, note sous l'arrêt *Sté anonyme agricole c. Torris*, Paris 9 fév. 1954 J.C.P. 1955.II.8483.

³⁰⁸ *Tissot c. Neff*, 28 novembre 1950, D. 1951.170.

mission confiée à l'arbitre qu'à la question qui lui est posée. Autrement dit le critère déterminant sera donc :

« L'objet du litige et non [...] le caractère des règles qui régissent la solution³⁰⁹ ».

La terminologie sera alors cruciale pour tracer le cadre de l'arbitrabilité, c'est pourquoi que M. Level remarque qu'il serait plus juste de parler de « questions intéressant l'ordre public » et non pas « aux matières qui intéressent³¹⁰ ». La première crée une confusion dans la mesure où elle semble référer à un « bloc d'incompétence » à savoir les matières soumises à l'ordre public alors même « que le seul fait que le litige porte sur une telle matière ne porte pas à priori atteinte à une règle d'ordre public³¹¹ ».

L'admission de cette solution ne semble poser aucune difficulté. Ceci étant, et à l'encontre du droit québécois³¹², le texte du code civil français continue de prôner l'éviction des matières qui intéressent l'ordre public de l'arbitrage.

³⁰⁹ Pascal ANCEL note sous Sté Auvinet S.A. c. S.A. Saconi et Poirier, Rennes, 1^{ère} ch., 26 septembre 1984, (1986) *Rev. Arb.*, 441-458, 441. Voir aussi Bruno OPPETIT note sous l'arrêt Société Impex c. Société P.A.Z. Malteria Adriatica Tirrena Cass. Civ., 1^{ère} ch. Civ. 18 mai 1971, Clunet 1972.63.

³¹⁰ Patrice LEVEL, « L'arbitrabilité », (1992) *Rev. Arb.*, 213-240, 234

³¹¹ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *loc.cit.*, note 310, 236. Voir Motulsky qui précise que: « Le compromis est contraire à l'ordre public, écrit cet auteur, soit parce qu'il soumet à l'arbitrage un litige dont la nature le soustrait à l'emprise de la justice privée (divorce, faillite) soit parce qu'il porte sur un différend dont la nature le rend en principe, accessible à l'arbitrage mais dont l'objet est de par ses modalités, en contradiction avec l'ordre public (exécution d'une vente à prix illicite) ». Note sous Paris 24 nov. 1955: J.C.P.1956.II.9079. Et plus nettement encore l'auteur relève que « L'ordre public joue de deux façons ; parfois il s'oppose à ce qu'un problème soit soumis à l'arbitrage (c'est le cas des litiges, mettant en cause des droits dont les parties n'ont pas la "libre disposition"); parfois il exige seulement que les cadres tracés par lui soient respectés (c'est le cas des ventes de marchandises taxées) » J.C.P. 1956. II.9419.

³¹² Art. 2639 du C.c.Q. énonce qu' « 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 ». Ici cette précision ne facilite pas pour autant la tâche de l'interprète puisque la distinction entre les règles applicables au fond qui présentent un caractère d'ordre public et les questions qui concernent l'ordre public n'est pas aisée. Voir sur ce point G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, *op.cit.*, note 167, p. 358. La décision Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Ltée [1990] R.J.Q. 2783 apporte des éclaircissements. Le célèbre arrêt Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc. [2003] 1 R.C.S. 178 précise également que les limites à l'arbitrabilité des litiges sont peu nombreuses et une disposition législative ne mentionnant pas expressément l'inarbitrabilité ne doit pas être interprétée comme restreignant le

Faut-il dès lors privilégier l'esprit plutôt que la lettre? Oui, assurément. L'énonciation ne serait pas synonyme d'un désaveu de la jurisprudence³¹³ et c'est bien de « questions » et non de « matières » qu'il s'agit. L'exclusion de l'arbitrage ne peut être une conséquence directe de l'existence d'une règle d'ordre public³¹⁴.

Le principe en droit international français est désormais le suivant : il n'a pas d'interdiction de principe de l'arbitrage mais une distinction à opérer entre deux hypothèses. La première visant les cas dans lesquels la seule considération de la matière suffit à faire conclure à la non arbitrabilité de ceux pour lesquels il est admis que l'arbitre puisse se prononcer sur des principes d'ordre public³¹⁵.

Le problème reste entier cependant. Quels sont ces critères pour déterminer les questions qui, bien qu'incluses dans une règle d'ordre public, sont susceptibles d'être soustraites au juge?

Il y a en effet des interdits expressément formulés. Nous pensons bien évidemment au divorce, à l'état et la capacité des personnes. Pour ces sujets il y a une exacte correspondance entre l'ordre public de fond et ordre public juridictionnel, et elles sont donc par principe soustraites à l'arbitrage. Ces actions destinées à obtenir la reconnaissance d'une situation qui découle d'un acte de puissance publique sont impératives et exclusives. Dans ces cas de figure le

droit des justiciables de recourir à l'arbitrage; le champ d'application de la convention d'arbitrage et l'étendue de la mission des arbitres doivent être interprétés de manière large et libérale.

³¹³ Philippe FOUCHARD, « L'arbitrage en France après le décret du 12 mai 1981 », *Clunet*.1982. 374-420, 380.

³¹⁴ John E.C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *loc.cit.*, note 303, p. 535.

³¹⁵ L'auteur fait référence à l'arrêt GANZ de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 1991 qui simplifie la notion d'arbitrabilité au niveau international. E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international – convention d'arbitrage- Arbitrabilité », *loc.cit.*, note 297, 11.

règlement du différend par une voie autre que le juge étatique apparaît comme une violation de l'ordre public³¹⁶.

Les réserves d'interprétation d'une norme³¹⁷ sont également de nature à restreindre le cadre de l'arbitrage même si elles demeurent rares néanmoins. On citera pour exemple en ce qui concerne l'interprétation au niveau de droit de la concurrence l'attribution exclusive donnée à la Cour de Justice européenne ainsi qu'à la Commission par les articles 177 du Traité CEE³¹⁸ et article 9 du règlement n°17/62³¹⁹. Ces réserves peuvent conduire de manière incidente³²⁰ à l'inarbitrabilité des litiges.

Cependant les critères de l'arbitrabilité sont nombreux et pas souvent éclairant avec pour chacun un lot d'exceptions. Ainsi le débat, en France surtout, a amené certains auteurs à souhaiter faire coïncider la notion d'ordre public avec elle de libre disponibilité des droits.

L'article 2059 commence en effet par énoncer que l'on ne peut compromettre sur les droits dont on n'a pas la libre disposition. D'aucuns en ont donc conclu que seuls ces droits, qui sont sous la totale maîtrise de leur titulaire³²¹, peuvent faire l'objet d'arbitrage. Toutefois s'il apparaît logique que la validité du contrat

³¹⁶ P. ANCEL, « Arbitrage – Conventions d'arbitrage- Conditions de fond- Litiges arbitrables », *Juris-Classeur Procédure civil*, Fasc. 1024, p. 10.

³¹⁷ Dans ce cas de figure il s'agit de garantir une uniformité dans l'interprétation de certaines normes. Cette tâche sera alors réservée à un organe spécifique.

³¹⁸ La cour de justice des communautés est compétente pour statuer à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation du présent traité; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la communauté; c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil lorsque ces statuts le prévoient. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

³¹⁹ « Sous réserve du contrôle de décision par la Cour de Justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 inapplicables conformément à l'article 85 paragraphe 3 du Traité ». Règlement n°17/62 DU 6 février 1962 (J.O.C.E. 21 février 1962, n°13).

³²⁰ Voir Xavier de MELLO, « Arbitrage et droit communautaire », (1982) *Rev. Arb.*, 349-403, 381.

³²¹ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *loc.cit.*, note 310, 215.

nécessite une disponibilité des droits³²² que ce contrat entend modifiés, M. Level souligne que la libre disposition des droits au fond ne constitue plus un critère approprié pour déterminer si un litige peut être soumis à l'arbitrage. Pour répondre à cette question, il faut examiner la compétence de l'arbitrage de manière casuistique, question par question³²³. Ainsi :

« Dans chaque cas il faudra se demander, si la nature du droit permet que le litige soit tranché par l'arbitre, si la compétence n'est pas limitée par des règles visant spécifiquement à réserver la résolution du litige au tribunal public éventuellement, si d'autres raisons existent qui justifient l'exclusion de l'arbitrage³²⁴. »

Il est clair que l'objet de nombreuses normes impératives est de protéger la partie la plus faible. L'exercice des droits intéressant ces normes ne sera plus dès lors conditionnée par la volonté des parties, leurs dispositions étant limitées. C'est le cas en ce qui concerne les consommateurs qui ne peuvent renoncer aux garanties offertes par la loi. Mais le recours à l'arbitrage n'emporte pas nécessairement une telle conséquence.

Parce que la violation par l'arbitre d'une règle d'ordre public entraîne sa sanction; à posteriori par le contrôle de la sentence. En d'autres termes la renonciation à la justice étatique ne signifie dans aucune mesure la renonciation au droit en lui-même. Il n'y a dès lors dans cette analyse guère de place pour une correspondance entre la compétence législative et la compétence exclusive sauf lorsque le législateur juge que les tribunaux étatiques seront les seuls aptes à assurer une protection des intérêts en cause. Ce souci sera donc manifesté par une limite explicite.

³²² Les droits disponibles sont ceux à propos desquels le titulaire peut accomplir des actes opérant le transfert, la limitation ou la renonciation.

³²³ P. LEVEL, « l'arbitrabilité », *loc.cit.*, note 310, 224.

³²⁴ Vera ARCANGELI, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1999, p. 366.

C'est la voie qui semble avoir été suivie en ce qui concerne les consommateurs qui ne peuvent renoncer aux garanties offertes par la loi. Et par corrélation le recours au prétoire ne saurait être limité par aucune disposition contractuelle. Le Code civil du Québec en son article 3149 le souligne expressément par le caractère non opposable des clauses compromissoire aux consommateurs. Le Code civil français reprend la prohibition considérant les clauses compromissoires impliquant un consommateur comme des clauses abusives.

Cet ordre public de protection est pourtant moins clair qu'il n'y paraît³²⁵. D'abord parce que son étendue a varié depuis l'origine, où la prohibition était stricte, jusqu'à aujourd'hui, où le critère de l'internationalité va faire varier les tolérances qui sont souvenues l'assouplir. Ensuite parce que même qu'au niveau purement interne la jurisprudence³²⁶ se montre de plus en plus clémente en faveur de ce mode de règlement des litiges. Toutefois nous réservons nos développements sur cette question dans le cadre de notre deuxième partie afin de nous intéresser maintenant aux solutions retenues par les juridictions de common law.

2 – Les pays de Common law

Aux États-Unis, l'inarbitrabilité des matières intéressant l'ordre public prévalait également³²⁷. Le *Federal Arbitration Act* est venu tempérer les principes de cette exclusion. Cette introduction établit le principe selon lequel : seules les règles qui

³²⁵ V. GAUTRAIS, K. BENYEKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », 33 (1999) *R.J.T.* 537-587, 555, également à l'adresse

<https://papyrus.bib.umontreal.ca:8443/dspace/bitstream/1866/61/1/0008.pdf>.

³²⁶ *Desputeaux c. Les Éditions Chouette* (1987) 2003 CSC 17 (IIJCan), disponible à <http://www.canlii.org/ca/jug/csc/2003/2003csc17.html>. Voir le commentaire sur cette décision de Catherine BERGERON, « L'arbitrage et le droit d'auteur...Chouette! », à l'adresse <http://www.robic.ca/publications/Pdf/307-CMB.pdf>; ET la *décision Dell Computer c. Union des consommateurs* à l'adresse 2005 QCCA 570 (IIJCan), disponible à <http://www.canlii.org/qc/jug/qcca/2005/2005qcca570.html>.

³²⁷ The United States arbitration act title 9, U.S. Code, c. 1-2: « anachronistic judicial hostility to agreements to arbitrate which American courts had borrowed from English common law ».

fondent une politique considérée comme prépondérante à l'arbitrage, ne peuvent être soumises à l'arbitrage. Il s'agira par exemple de celles contenues dans le *Securities Exchange Act*³²⁸ ou le *Sheraton antitrust Act*³²⁹.

Mais depuis 1970 et l'adhésion des États-Unis à la Convention de New York, les cours n'ont eu de cesse de réaffirmer l'importance de ce mode de résolution. La décision *Moses H. Cone Memorial v. Mercury Construction Co.* est édifiante à cet égard ; elle précise en effet qu'à moins d'une interdiction expresse du législateur d'interdire l'arbitrage, le litige doit être considéré comme arbitral³³⁰. Cette faveur faite à l'arbitrage se poursuit dans l'arrêt *Sherk v. Alberto Culver Inc.*, dans lequel la cour reconnaissait la compétence d'un arbitre pour un litige relatif au *Securities Exchange Act* de 1934. Certains commentateurs vont même jusqu'à dire que :

« La force de la policy représentée par la Convention de New York est telle que dorénavant, on peut affirmer que, pour les cours américaines, l'arbitrage est, en principe, compétent pour appliquer n'importe quelle règle d'ordre public³³¹. »

Plus importante est sans doute, la décision *Mitsubishi*, dans lequel la Cour suprême renverse l'ancienne jurisprudence³³² interdisant l'arbitrage en matière antitrust en raison de l'intérêt public concerné.

Et cette tendance se poursuit jusque dans l'arbitrage interne puisque dans l'arrêt *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*³³³ la Cour Suprême a transposé en droit interne les solutions jusque-là retenues en droit international.

³²⁸ *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427; 201 F. 2d 439 (2d Cir. 1953).

³²⁹ *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Mc Guire & Co.*, 391 F. 2d 281 (C.A. 1968).

³³⁰ *Moses H. Cone Memorial v. Mercury Construction Co.*, 460 U.S. (1983). *Sherk v. Alberto Culver Inc.*, 417 U.S. 506 (1974) dans lequel la cour reconnaît la compétence de l'arbitre dans la résolution d'un différend concernant l'application du *Securities Exchange Act* de 1934.

³³¹ Vera ARCANGELI, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op.cit.*, note 324, p. 309, qui cite la décision *Tonyja Duffield v. Robertson Stephens & Co.*, 144 F 3d 1182 (9th Cir. C.A. 1998), 119 S. Ct.

³³² Il s'agissait principalement de la décision *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Mc Guire & Co.*, 391 F. 2d 821 (C.A 1968).

Pourtant cette grande confiance que la jurisprudence³³⁴ semble accorder à la compétence des arbitres pour régler toute question qui n'entre pas expressément dans le champ réservé à la justice étatique n'est pas sans limites. Elles se situent en effet à un autre niveau à posteriori si l'on peut dire, dans le contrôle de la sentence. C'est la doctrine du *second look*. Elle s'est affirmée à la suite de l'arrêt Mitsubishi. Pas de limitations des compétences de l'arbitre mais en revanche un renvoi du contrôle à niveau de la procédure de reconnaissance, d'homologation ou encore d'annulation. Ceci étant cette doctrine n'est pas clairement définie. Elle ne correspondrait pas en tout état de cause à une corrélation entre cet élargissement des pouvoirs de l'arbitre avec un plus grand contrôle de la sentence par le juge³³⁵.

Plus au Nord, au Canada les provinces de common law ont acquis, de leur héritage anglais, la pratique dite du *stated case*, qui supprimait de ce fait tout intérêt d'une détermination expresse des matières non arbitrables. Cette dernière autorisait l'intervention des juges à différents niveaux de la procédure arbitrale. L'Angleterre connaissait en effet deux types d'arbitrage, l'arbitrage volontaire en dehors des tribunaux et l'arbitrage par décision d'un tribunal. Le premier s'identifie à l'arbitrage tel nous le connaissons de nos jours alors que le second s'apparente plus à un moyen permettant au juge saisi d'une question technique de connaître l'analyse d'un expert en la matière³³⁶.

Dans ce schéma la sentence arbitrale s'insérait au jugement et en tant que tel avait force exécutoire. Diverses lois successives ont permis d'assimiler le

³³³ *Shearson/American Express Inc. & al. v. McMahon* 788 F. 2d 94 (2nd cir. 1987).

³³⁴ Relevons enfin pour terminer qu'une décision de la Cour Suprême a encore étendue les matières arbitrables à un tel point que les commentateurs s'inquiètent de ce qui reste encore dévolue aux cours étatiques. Voir Kristen M. BLANKLEY, « Arbitrability after *Green Tree v. Bazzle*: Is there anything left for the Courts? », 65 *Ohio. St. Johns L. Rev.* 697(2004).

³³⁵ V. ARCANGELI, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op.cit.*, note 322, p. 315.

³³⁶ Les expressions anglaises sont *voluntary arbitration out of court* et *arbitration by rule of court*.

voluntary arbitration à l'*arbitration by rule of court* afin d'éviter une trop facile remise en cause des sentences par les parties mais par corrélation permettait aux tribunaux de conserver une main mise sur la sentence rendue. De fait des procédures qui pouvaient par exemple être fondées, sur l'erreur de droit ou de procédure³³⁷, autorisaient les parties à demander un contrôle de la sentence et entraîner en cas de violation sa cassation.

Pour éviter une contestation éventuelle des sentences, s'est développée la pratique du *state special case*, par laquelle les arbitres s'assuraient, préalablement au prononcé, auprès des juges de la régularité de leur sentence³³⁸. Peu à peu, les arbitres se sont vus conférer une plus grande marge manœuvre notamment par la Loi de 1979, mettant en place l'Arbitration Act et restreignant du même coup les pouvoirs des juges³³⁹.

La voie du changement fut ouverte dans le Canada anglais par l'adoption de la Convention de New York, bien sûr, mais aussi et surtout par l'introduction quasi littérale dans les législations de Common law de la Loi type de CNUDCI.

A partir de là, l'arbitrage ne sera pas remis en cause sauf si et conformément à l'article 8. 1 de la loi suscitée « l'une [des parties] le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'[on] ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

Par ailleurs, cette même loi prévoit que l'appréciation de la caducité d'une convention s'effectue en fonction d'une :

³³⁷ Il s'agissait des procédures dénonçant un *misconduct oneself, misconduct the proceedings* ou encore une *error of law on the face of the award*.

³³⁸ Voir sur ces points Sir Michael MUSTILL, « Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage », (1991) *Rev. Arb.*, 383-417.

³³⁹ Steward BOYD et V.V. VEEDER, « Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979 », (1991) *Rev. Arb.*, 209-261.

« loi du for en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être en vertu qu'en application des dispositions autres que la présente loi. »

C'est donc le tribunal qui sera chargé de contrôler la validité de la convention par rapport à son ordre public.

L'examen de la jurisprudence laisse quand même transparaître une faveur certaine pour la reconnaissance de la convention d'arbitrage. A la manière des juridictions américaines, les tribunaux canadiens ont adopté l'approche selon laquelle l'arbitrage ne peut être exclu qu'en raison de la volonté claire du législateur³⁴⁰. Il n'y a donc aucune exclusion à priori de l'arbitrage en raison de la nature particulière d'une règle³⁴¹.

Il existe bien sûr des réserves explicites de compétence analogues à celles que nous avons déjà eu à préciser pour la province du Québec en ce qui a trait à la propriété industrielle ou encore à la faillite.

Dans les tous les cas nous aurons bien noté que les réserves visant à exclure explicitement l'arbitrage n'intéresse pas l'arbitrage commercial et encore moins le commerce international.

II. La forme de la convention d'arbitrage

Qu'on l'envisage dans sa dimension interne ou internationale, l'arbitrage est avant tout un mécanisme contractuel reposant sur la volonté des parties. D'un commun accord, les parties choisissent leur juge. Étant donné la gravité de cette clause, il est naturel d'exiger que les intéressés aient manifesté de

³⁴⁰ *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*, (1994) 1221, Court file No Re 4622/94, [1994] O.J. n. 3029.

³⁴¹ V. ARCANGELI, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, *op.cit.*, note 324, pp. 327-353.

manière claire et non équivoque leur volonté de se soumettre à l'arbitrage. Pour entreprendre une procédure d'arbitrage, la convention doit donc être valide³⁴². La tendance récente va cependant dans le sens de l'assouplissement des conditions de forme. Les parties commencent à disposer d'une certaine liberté de choix au niveau de la forme que va revêtir la convention (électronique, télex, papier). En ce qui concerne le contenu de la convention en revanche, leur liberté y est certaine. La question sera donc de savoir si les exigences formelles peuvent être satisfaites par une transmission électronique.

1- L'écrit dans la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage peut prendre deux formes. Lorsqu'elle intervient avant même la naissance du litige, elle prend le nom de clause compromissoire. En revanche, si la rédaction est postérieure à la naissance du différend, elle sera connue sous le nom de compromis.

De nombreux pays soumettent la clause compromissoire à un régime unique valable pour toute « convention arbitrale », et ne la distinguent donc pas du compromis. C'est le cas de l'Angleterre depuis l'*Arbitration Act* de 1950 et du Québec, qui requiert un écrit pour toute convention d'arbitrage³⁴³.

D'autres, comme la France, établissent en revanche une distinction entre compromis et clause compromissoire. Les conditions de forme sont cependant moins sévères pour le compromis que pour la clause compromissoire. En effet si le premier doit être constaté par écrit³⁴⁴, le manquement à cette obligation ne sera pas sanctionné par la nullité³⁴⁵. Alors que dans l'hypothèse d'une clause

³⁴² Hong-lin YU et Motassem NASIR, « Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework », 20 *Journal of arbitration* 455(2003), 459.

³⁴³ 2640 du C.c.Q : La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit.

³⁴⁴ Art. 1449 NCPC.

³⁴⁵ Paris, 13 janvier 1984, D. 1984.IR. 174. Cette décision précise que la preuve par écrit de l'objet du litige peut résulter des correspondances échangées entre les parties.

compromissoire, cette formalité doit être remplie à peine de nullité lorsqu'il s'agit d'un arbitrage interne³⁴⁶.

Ces formalités touchent également l'issue du règlement. Pour la reconnaissance et l'exécution de la sentence le code de procédure civil français³⁴⁷ réclame également la production d'un écrit. C'est le cas également de la législation québécoise à un moindre niveau cependant puisqu'elle accepte la délivrance d'une seule copie³⁴⁸.

Au niveau international, les anciennes conventions (Convention de Genève de 1927) abandonnaient la question de la validité de la clause compromissoire aux droits nationaux. La Convention de New York de 1958 s'est au contraire efforcée de préciser les conditions de forme. L'article II alinéa 1 impose aux États de reconnaître les conventions écrites d'arbitrage. L'alinéa 2 précise:

« On entend par convention écrite une clause compromissoire (*arbitration clause*) insérée dans un contrat, ou un compromis (*arbitration agreement*), signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. »

De l'avis de certains juristes, il faut considérer que l'article II de la Convention crée une règle de droit uniforme. Certains juges nationaux pensent au contraire que cet article a pour seul but de préciser le champ d'application de la

³⁴⁶ Dans l'arbitrage international la Cour de Cassation a admis une approche consensualiste pour toutes les questions de forme dans l'arrêt Dalico Cass. com 20 déc. 1993, (1994) 1 *Rev. Arb.*, 116 Note H. GAUDEMET-TALON.

³⁴⁷ Article 1499 du NCPC : « 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 procédures réunissant les conditions requises pour leur authenticité ».

³⁴⁸ Article 945.2 CPC : La sentence arbitrale est rendue par écrit à la majorité des voix. Elle doit être motivée et signée par tous les arbitres; si l'un d'eux refuse ou ne peut signer, les autres doivent en faire mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous. Article 949.1. La demande de reconnaissance et d'exécution est présentée par voie de requête en homologation adressée au tribunal qui, au Québec, aurait été compétent à statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres. Cette requête doit être accompagnée de l'original ou d'une copie de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage.

Convention, ce qui laisse le pouvoir aux juges nationaux de prévoir des conditions de forme plus sévère ou plus souple³⁴⁹.

La Convention européenne de 1961 reprend, en son article I alinéa 2 (a), des termes comparables à ceux de la Convention de New York, en ajoutant les télécopieurs parmi les moyens de communication. Mais elle ajoute qu'il faut aussi entendre par convention d'arbitrage : « toute convention conclue dans les formes prescrites par ces lois ».

La référence à la loi nationale n'est donc pas abandonnée. Ces textes déjà anciens ne prennent pas position sur les nouveaux moyens de télécommunication tels que le télécopieur et les réseaux informatiques de type Internet.

La loi modèle de la CNUDCI de 1985, tout en exigeant un écrit, fait expressément référence à « tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence » (art. 7 al. 2). On voit que déjà, à cette époque, les préoccupations liées à l'intégration des nouveaux moyens de communication commençaient à poindre. Considérations qui nécessitent une mise à jour des ces conventions, jugées vétustes aujourd'hui au vu de l'évolution des techniques. La matérialisation du consentement ne saurait de nos jours être limitée au seul support papier³⁵⁰. Autrement dit à « une écriture apposée en signes lisibles sur un support tangible³⁵¹ ». L'avènement du Réseau tout comme il modifie notre manière de commerce et de communiquer incite à modifier la perception de l'écrit.

³⁴⁹ Affaire Bomar Oil, Cour d'appel de Paris 20 janvier 1987, *Rev.Arb.*1987.482, note C. KESSEDJIAN. Voir E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international – Convention d'arbitrage – Forme et preuve », *Jurisclasseur*, fasc. 586-4 fasc 1060, 1-9, 8.

³⁵⁰ Hong-lin YU et Motassem NASIR, « Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework », *loc.cit.*, note 342, 460.

³⁵¹ Pierre CATALA, « L'écriture électronique et actes juridiques », *Mélanges Cabrillac*, Paris, Dalloz et Litec, 2000, p. 95.

Quelques législations étatiques ont su très vite se mettre au goût du jour³⁵². C'est par exemple le cas de la loi suisse en matière d'arbitrage internationale qui prévoit :

« quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex d'arbitrage, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte³⁵³. »

Et sans vouloir aller trop vite dans l'assimilation du support matériel au support électronique le Code civil Québec reconnaît également un écrit :

« consigné [...] 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'autre³⁵⁴. »

Une nuance est apportée cependant par le régime des inscriptions informatisées recensé aux articles 2837 à 2839 du même code. Le code civil français ne contient pas cette ambiguïté. Par la loi du 13 mars 2001, la notion d'écrit est maintenant identifiée comme :

« Une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou de symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support ou leurs modalités de transmission³⁵⁵. »

Avec cette disposition ce qui importe est moins la forme, le support électronique étant reconnu au même titre que le support - papier. Les exigences ont été déplacées à un autre niveau : il est en effet indispensable d'établir l'identité de

³⁵² Pour plus de détails Voir Richard HILL et Ian Walden, « The draft UNICITRAL Model law for electronic commerce: issues and solutions », *Comp. Law*, vol. 13, n°3, March 1996, p. 18.

³⁵³ V. GAUTRAIS, K BENYKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du CyberTribunal », *loc.cit.*, note 325, citant Pierre LALIVE, Jean-François POUDRET et Claude RAYMOND, *Le droit de l'arbitrage suisse interne et international*, Lausanne, Payot, 1989, p. 312.

³⁵⁴ Art. 2640 C.c.Q.

³⁵⁵ Art 1316 du C.c. F.

son concepteur et que les conditions de son établissement et de sa conversation garantissent son intégrité³⁵⁶.

Ce processus d'assimilation s'est traduit aux États-Unis et en Angleterre³⁵⁷ par une définition et une interprétation subséquente par les juges très large de manière à permettre l'intégration de support électronique.

Néanmoins, il est évident que la simple adoption d'une approche extensive de l'écrit ne peut suffire en l'occurrence à résoudre la question. Le rôle central que l'écrit - papier détenait jusqu'alors s'explique certainement par des raisons historiques³⁵⁸. Difficile en effet de trouver un autre moyen de communication présentant les caractères d'« intangibilité, de durabilité et de facilité de preuve³⁵⁹ », à l'époque de la Convention de New York.

La question de l'intégration des nouvelles données de l'ère numérique est une préoccupation internationale. Les propositions oscillent dans ce cadre entre la modification sur ce point de la Convention ou une interprétation large de celle-ci. Les opinions sont divisées. Une réforme s'accompagnerait inévitablement d'un lot de difficultés inhérentes à l'obtention d'un consensus international. Et d'aucuns remettent même en cause son utilité en raison de

³⁵⁶ E. CAPRIOLI, « La loi du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne », JCP.2000.I.Doct.224 et « Ecrit et preuve électroniques dans la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 », JCP 2000, cahier droit de l'entreprise n°2, pp. 1-11.

³⁵⁷ Les auteurs font ici référence aux dispositions contenues pour les États-Unis dans le Uniform Commercial Code et à l'interprétation qui en a été faite par la jurisprudence, pour l'Angleterre l'Arbitration Act de 1996 servira de référence sur cette question. V. GAUTRAIS, K. BENYEKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 571-572. En Angleterre avant même l'introduction du Electronic Communications Act 2000, certains textes comme le Copyright, Designs and Patents Act 1988, section 178, redéfinit l'écrit comme étant « any form of notation or code, whether by hand or otherwise and regardless of the method by which, or medium in or on which, it is recorded ».

³⁵⁸ V. GAUTRAIS, K. BENYEKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 578.

³⁵⁹ J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 114.

l'article VII qui fait prévaloir « de façon générale le droit national le plus favorable sur les articles de la Convention, au nom de l'efficacité de l'arbitrage international ³⁶⁰ ». On compte ici sur l'œuvre interprétatrice de la jurisprudence ³⁶¹.

Pour d'autres en revanche, tenter d'« assimiler purement et simplement les nouveaux supports à des écrits ³⁶² » par tous moyens dans les termes actuels de la convention peut paraître comme artificielle. Si certains s'y sont essayés ³⁶³, la solution salvatrice réside bien entendu dans une réforme de la Convention ³⁶⁴. Garantir la validité de la convention d'arbitrage conclue via l'Internet nécessite l'ajout explicite de la forme électronique parmi celles reconnues ³⁶⁵.

Ceci étant, les initiatives sont nombreuses. La loi type de la CNUDCI ³⁶⁶ intègre totalement l'écrit électronique en acceptant :

« un échange de lettres, un document signé par les parties, un échange de communications télex, un échange de conclusions, un échange de télégrammes et un échange de tout autre moyen de communication qui en atteste l'existence ³⁶⁷. »

De même, et toujours en ce sens, la directive européenne sur le commerce électronique a créé l'obligation pour les États de :

³⁶⁰ O. CACHARD, « La régulation internationale du marché électronique », *op.cit.*, note 28, p. 347.

³⁶¹ A ce propos, des auteurs soulignent que l'admission de l'arbitrage électronique s'inscrit dans une logique de continuité puisqu'on accepte d'ores et déjà que les intéressées effectuent des contrats de ventes ou de services. Hong-lin YU et Motassem NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 461.

³⁶² J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 115.

³⁶³ Le professeur HUET citant en référence les décisions d'états adhérents à la convention. J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 115.

³⁶⁴ Arnold VAHRENWALD, Marc WILIKENS, Philip MORRIS, dans JOINT RESEARCH CENTER of the EUROPEAN COMMISSION, « Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce- the report from the workshop held in Brussels on March 21 2000 », en ligne: [http://www.federcomin.it/sviluppo/Produzio.nsf/all/AB130AEEEE4848C7C125690E00393B4C/\\$file/Reportv20apr.pdf](http://www.federcomin.it/sviluppo/Produzio.nsf/all/AB130AEEEE4848C7C125690E00393B4C/$file/Reportv20apr.pdf)

³⁶⁵ J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 110.

³⁶⁶ Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, précitée note 130.

³⁶⁷ *Id.*, article 7 alinéa 2.

« Veill[er] à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponible dans le droit national, y compris par des moyens électroniques³⁶⁸. »

C'est donc une interdiction claire faite aux États d'affecter la conclusion et la validité des contrats conclus par le médium informatique³⁶⁹. Relevons enfin que le règlement du 22 décembre 2000 sur la compétence des juridictions dans l'Union européenne prévoit expressément l'établissement en ligne d'une clause attributive de juridictions³⁷⁰.

2- La signature

La recevabilité de l'écrit électronique soulève par extension celle de la signature³⁷¹. La perfection d'un acte juridique nécessite l'apposition d'une signature. Or ce dernier aussi se rattachait traditionnellement au support papier. Pourtant ici la transition s'est posée avec beaucoup moins de difficulté. Les législations nationales ont assez facilement admis la recevabilité de la signature indépendamment de son support³⁷². La signature électronique est dans ce sens un mode alternatif d'expression de sa volonté. La preuve informatique fournit la même garantie que le papier.

Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a de ce fait encouragé la reconnaissance des outils du commerce électronique. Et ce fût sans grande

³⁶⁸ Article 17 § 1 de la Directive européenne sur le commerce électronique précitée note 123.

³⁶⁹ Id., Article 9 § 1.

³⁷⁰ Article 23 § 2 du règlement n°44/2001 : « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant la forme écrite », disponible à l'adresse : <http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/fr/c-textes/2001R0044.htm>.

³⁷¹ John D. GREGORY, « Les lois américaines et canadiennes sur les signatures électroniques et quelques réflexions sur la directive de l'Union européenne », à l'adresse : http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Gregory_FR.pdf.

³⁷² En droit américain 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 ».

difficulté que le droit québécois a reconnu ce procédé d'authentification³⁷³. Le constat vaut également pour le droit américain et le droit anglais³⁷⁴.

En Europe la directive européenne du 13 décembre 1999 ouvre la voie en reconnaissant en son article 5 l'admissibilité de la signature électronique³⁷⁵. C'est donc dans cette lignée que s'inscrit la loi française du 13 mars 2001, déjà citée, qui a modifié le droit la preuve en reconnaissance sous certaines conditions l'équivalence du support papier au support numérique³⁷⁶.

3- L'original

Enfin, finalement c'est l'original qui pose le plus de difficultés dans le contexte cybernétique. Il complète l'écrit et sa production est exigée par les droits internes³⁷⁷ et internationaux³⁷⁸. Dans les échanges dématérialisés, il est difficile de distinguer l'original d'une copie et sa probité n'étant jamais totalement

³⁷³ V. GAUTRAIS, K BENYKHELF et P. TRUDEL, « Les limites approuvées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 575. En droit québécois c'est l'article 2827 du C.c.Q. qui vise la signature électronique en ces termes : « 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 ». Ces auteurs citent en référence P. TRUDEL, G. LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993 et S. PARISIEN et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1996.

³⁷⁴ En droit américain 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 ». Les cours anglaises ont jugé de la recevabilité de la signature électronique très tôt dans *Goodman v. J. Eban Ltd* [1954] 1 Q.B. 550, 557 et *Re a Debtor* (No. 2021 of 1995) [1996] 2 All E.R. 34. Aujourd'hui section 7(1) of the Electronic Communications Act 2000, l'admet expressément.

³⁷⁵ Le but de cette directive est de promouvoir la sécurisation des transactions sur les réseaux numériques. Pour ce faire, elle attribue un minimum d'effets juridiques aux signatures électroniques dans le marché intérieur et assure la libre circulation des produits. Voir E. CAPRIOLI, « La directive européenne n°1999 93/CE : sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », *Gaz.Pal.*2000.1842. Directive disponible à l'adresse : http://www.awt.be/contenu/tel/sec/directive_signa_elec.pdf.

³⁷⁶ L'article 1316-1 énonce que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

³⁷⁷ Article 1449 du NCPC prévoit que « 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 ».

³⁷⁸ L'article 4-1b) de la Convention de New York : l'original de la convention visée à l'article II (convention d'arbitrage), ou d'une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

garantie puisqu'il est aisément altérable. La simple transmission pourra être à l'origine de la modification du fichier³⁷⁹.

Devant l'impossible transposition de la notion classique d'original, il a été recherché dans une moindre mesure à créer un équivalent. Pour ce faire, il a fallu recourir à la technique. L'intégrité du document sera garantie par le contrôle du condensé ou « hash³⁸⁰ ». C'est donc en définitive le même mécanisme qui est à la base de la signature électronique qui intercède afin de sauvegarder la fiabilité des documents informatiques³⁸¹.

Section II: Un arbitrage au cadre procédural assoupli

En ligne, un arbitrage se déroule globalement de la même manière qu'il le ferait hors ligne : les parties communiquent avec l'arbitre ou entre elles, soumettent des preuves ou argumentent par courriers électroniques, forum de discussions ou vidéoconférences. Certains centres permettent aussi des procédés plus classiques de communication, comme le téléphone ou le fax³⁸². Trois centres prévoient même le recours à des auditions hors ligne, où les parties, témoins et experts se rencontrent physiquement.

Quoiqu'il en soit, ce sera moins les moyens de communication que l'organisation de l'instance arbitrale elle-même qui posera quelques difficultés (I). De la même manière, son issue soulève de nombreuses questions (II).

³⁷⁹ E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Paris, Litec, 2002, p. 116.

³⁸⁰ Le message sera en effet haché par un logiciel et produire un condensé, c'est-à-dire une chaîne alphanumérique, qui sera le résultat du contenu du même message. Ce processus permet d'établir l'unicité de chaque fichier numérique. E. CAPRIOLI, *op.cit.*, note 380, p. 117.

³⁸¹ *Id.*, p. 117.

³⁸² H-L YU et M. NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *Journal of International Arbitration* », *loc.cit.*, note 342, 457.

I. L'instance

1- organisation et déroulement de l'instance

L'introduction d'une requête marque le point de départ de la procédure d'arbitrage en ligne. Seulement cette fois la lettre recommandée sera remplacée par un formulaire en ligne ou par un courriel.

Toute la tonalité de la procédure est donc concentrée dans la demande d'arbitrage. Elle permet rassembler les informations pertinentes sur les parties et une description du litige qui les oppose³⁸³. Tout comme, la majorité des contrats conclus via Internet, les conventions d'arbitrage sont aujourd'hui standardisées³⁸⁴.

Vient ensuite l'étape de la désignation des arbitres. La constitution du tribunal arbitral est entourée de certaines règles, du moins en ce qui concerne la désignation des arbitres. C'est par exemple le Code de procédure du Québec³⁸⁵ ou encore en France³⁸⁶.

Ceci étant, ces règles ne sont prévues qu'à défaut de stipulation contraire ; les parties sont en effet libres de renvoyer cette nomination au processus prévu dans un règlement de l'institution auquel elles adhèrent par le biais de la demande

³⁸³ Les procédés peuvent être très différents, voir par exemple Virtual Law Firm, à l'adresse : www.dnai.com/tulf/index.html. Mais plusieurs manières de conduire l'arbitrage en ligne ont été recensées. Pour plus de détails voir : https://secure.cnchost.com/arbitrationsolutions.com/sign_up.html.

³⁸⁴ Voir The Joint Research Centre of the European Commission aims at ODR standardization in B2C disputes, <http://econfidence.jrc.it>.

³⁸⁵ Au Québec les articles 941 et 941.1 prévoient : « Les arbitres sont au nombre de trois. Chaque partie nomme un arbitre et ces arbitres désignent le troisième. [...] Si, 30 jours après avoir été avisée par une partie de nommer un arbitre, l'autre partie ne procède pas à la nomination ou si, 30 jours après leur nomination, les arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre, un juge, à la demande d'une partie, procède à la nomination ».

³⁸⁶ En France, il est prévu à l'art. 1455 du Nouveau Code de procédure civile que : « lorsqu'une personne physique ou morale est chargée d'organiser l'arbitrage, la mission d'arbitrage est confiée à un ou plusieurs arbitres acceptés par toutes les parties. A défaut d'acceptation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage invite chaque partie à désigner un arbitre et procède, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre nécessaire pour compléter le tribunal arbitral. Faute pour les parties de désigner un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ».

d'arbitrage. Ce sont dans ses termes que devront alors être recherchés les modalités de désignation.

Rappelons en effet que l'arbitrage peut prendre deux formes. La configuration « *ad hoc*³⁸⁷ » s'oppose à l'« institutionnelle », caractérisée par une organisation de la procédure confiée aux arbitres désignés pour régler le différend plutôt qu'à une institution permanente spécialisée.

L'arbitrage en ligne sera, dans le respect de cette distinction, essentiellement institutionnelle puisque les prestataires spécialisés ont tous mis à la disposition de participants un règlement qui établit les détails du déroulement de la procédure. Celui-ci sera composé d'un ou de plusieurs arbitres ; l'imparité étant de mise, il s'agira d'un ou de trois arbitres choisis parmi une liste de spécialistes inscrit, au panel de l'institution.

L'acceptation de cette désignation par les personnes concernées donne lieu par la suite à un acte de mission qui va consigner les prétentions des parties et les modalités de la procédure. Cet acte délimite les pouvoirs de l'arbitre³⁸⁸. De la même manière, l'importance de cet acte s'étend à la conduite de l'ensemble de la procédure.

C'est par son biais qu'est déterminé l'administration de la preuve, les droits de la défense, la confidentialité ainsi que le principe du contradictoire³⁸⁹. On mesure ainsi toute l'importance de sa détermination³⁹⁰ et ce d'autant plus que la

³⁸⁷ Voir sur cette question P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage "ad hoc" », *Mélanges - Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, Litec, p. 301.

³⁸⁸ L'exemple du CyberTribunal nous montre que celui peut disposer de large pouvoir et jouer ainsi un rôle particulièrement actif en soulevant parce exemple d'office un « moyen qui n'aurait pas été invoquée par les parties ». Eric CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique – L'expérience du CyberTribunal », *loc.cit.*, note 42, 235-236.

³⁸⁹ Alejandro LOPEZ ORTIZ, « Arbitration and TI », (2005) 21(3) *Arb. Int.* 343, 355.

³⁹⁰ L. BIUKOVIC, « International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent developments », *loc.cit.*, note 229, 342.

Convention de New York mentionne que l'exécution de la sentence ne sera refusée qu'au cas où :

« La procédure n'a pas été conforme à la convention des parties où à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu³⁹¹. »

C'est ce qu'en effet les parties peuvent choisir de régler elles-mêmes dans leur contrat d'arbitrage les modalités de la procédure, mais elles peuvent aussi choisir de s'en remettre au règlement d'une institution d'arbitrage à moins qu'elles ne décident tout simplement de s'en remettre à la loi d'un État.

Il est rare cependant que les parties utilisent cette option en élisant une loi spécifique pour régir la procédure, la loi du lieu de l'arbitrage joue de façon subsidiaire³⁹². Et partant le problème de la localisation revient avec toute son acuité car elle nécessite de déterminer un lieu physique pour un arbitrage « en ligne » qui met en œuvre des règles spéciales sans renvoyer à un lieu spécifique³⁹³.

Aucune prédétermination n'est possible pour ces mécanismes qui se produisent « partout sinon nulle part et donc en aucun lieu en particulier³⁹⁴ ». D'où l'expression consacrée par la doctrine d'un arbitrage « flottant³⁹⁵ » qui ne serait rattaché à aucune loi en particulier³⁹⁶.

³⁹¹ Article V paragraphe 1 de la Convention de New York précitée note 293.

³⁹² G. KAUFMANN - KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation: réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », 3(1998) *Rev. Arb.*, pp. 517-536.

³⁹³ H-L. YU et Motassem NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 455-473 ; V. GAUTRAIS, K BENYEKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique: l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 583.

³⁹⁴ Laurence LESSIG, *Zones in Cyberspace*, cité par D. POST, « Governing cyberspace », <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/governing.html>.

³⁹⁵ J. HUET, Rapport de la Commission pour l'arbitrage international, sept. 1998, <http://www.iccwbo.org>.

³⁹⁶ Avant même l'avènement de l'Internet, les auteurs avaient exprimé leurs réserves face à un arbitrage qui ne serait relié à une loi nationale en raison des risques d'abus de pouvoirs de la part des arbitres et du non respect des droits de la procédure. Ainsi pour le Dr Mann : « every arbitration is national in character because the private international law serving as the jurisprudence of arbitration should be subject to a specific system of national law. As far as the specific national law is concerned, the law of the country of the seat of arbitration is considered as

Ces considérations ont amené quelques auteurs à prôner un arbitrage délocalisé et dénationalisé comme l'est le cyberspace lui-même. On reconnaît la doctrine de la *lex electronica* qui conduirait alors la procédure d'arbitrage. En dépit des avantages d'une telle théorie, les auteurs se montrent très critiques sur la portée d'un siège situé dans le cyberspace³⁹⁷.

Les limites de cette solution atteignent également une autre solution suggérant le choix de la loi du lieu où se trouve l'arbitre. Cette *lex loci arbitri* n'est pas pratiquement acceptable, d'une part, parce qu'on ignore si elle vise un endroit quelconque du globe dans lequel l'arbitre se trouverait au moment de la procédure ou s'il s'agit de son lieu habituel de résidence. Ce qui n'ira pas d'ailleurs sans poser de problème puisqu'il s'agit le plus souvent d'un panel d'arbitres³⁹⁸.

Tout l'artifice contenu dans cette approche condamne également la *lex loci* « serveur » qui voudrait que la localisation géographique du serveur par lequel se déroule l'arbitrage serve le point d'ancrage. Car on sait que : « de multiples serveurs peuvent être utilisés dans la procédure d'arbitrage et [que...] chacun d'eux peut être situé à n'importe quel point du globe³⁹⁹ ».

Sauf à créer une fiction, il apparaît qu'à défaut de choix des parties il appartiendrait à l'arbitre de :

the most suitable one to regulate the arbitration since it can provide the most complete and effective control over the arbitral procedures. H –Li YU et M NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 462.

³⁹⁷ V. GAUTRAIS, K BENYEKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 583.

³⁹⁸ J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 112.

³⁹⁹ J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 112 ; et aussi H.-L. YU et M. NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 455-473.

« Déterminer lui-même quelle est la loi applicable en se conformant aux circonstances de l'espèce, soit en se conformant au droit de son pays. L'arbitre étant nommé par les parties, il paraît logique que 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 déterminé par d'autres facteurs⁴⁰⁰. »

Finalement les parties et à défaut l'arbitre, disposent dans les limites de l'ordre public et des lois de police, d'une liberté totale dans le choix des règles qui vont au fond régir l'arbitrage. Et cette liberté se retrouve dans le choix de la loi applicable au fond. Dans ce cadre, qu'il s'agisse d'une loi étatique ou de la *lex mercatoria*, tant la convention de New York que la loi type de la CNUDCI semble convenir que les parties optent pour les dispositions de leur choix⁴⁰¹. Et qu'à défaut de désignation, il revient à « l'arbitre d'appliquer les règles de droit qu'il estime approprier ».

Dans l'arbitrage en ligne l'arbitre devra prendre soin d'obtenir le consentement des parties pour que celles-ci reconnaissent :

« La validité des plaidoiries, preuves et documents produits et transmis électroniquement, alors même que les textes applicables exigent leur caractère écrit⁴⁰². »

Ces précautions sont nécessaires pour éviter toute contestation ultérieure⁴⁰³.

En ce qui concerne l'échange de documents proprement dit, il est vrai que l'arbitrage se prête particulièrement à une communication dématérialisée.

⁴⁰⁰ V. GAUTRAIS, K. BENYEKHFLEF, P. TRUDEL, « Les limites de l'arbitrage cybernétique et le cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 585.

⁴⁰¹ H -L YU et M NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 465.

⁴⁰² J HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *loc.cit.*, note 299, 110.

⁴⁰³ A ce propos il a jugé dans l'affaire Desputeaux que les parties peuvent convenir à l'avance d'une procédure arbitrale excluant toute preuve testimoniale, précitée note 311, 178.

Réalisé par la voie informatique, les pièces du dossier peuvent naturellement être convoyées par le même procédé. L'acheminement postal pourra éventuellement servir de relais si besoin est.

L'arbitrage, traditionnel ou non, ne se base pas uniquement sur des documents écrits. Le prononcé d'une sentence passe nécessairement par l'audition des parties, témoins, experts. En dépit du fait que l'arbitrage en ligne vise essentiellement les petits litiges sans grande complexité, la tenue d'audiences pourra dans certaines hypothèses s'avérer nécessaire. Là encore le progrès vient au secours de l'éloignement, on vise bien sûr la vidéoconférence⁴⁰⁴ aujourd'hui de mise au sein même de la justice étatique ou tout simplement le courrier électronique permet aussi le transfert de documents audio et vidéo. Ces techniques permettent, il est certain, de se départir d'un formalisme lent. Elles raccourcissent les délais, modifie dans son ensemble le rythme de travail.

Cette simplification des échanges qu'offre Internet n'est pas cependant aux goûts de tous. Des critiques ont été formulés à l'égard d'une dématérialisation totale des auditions alors que certains états réclament un contact physique lors du déroulement de l'instance. La réconciliation entre les deux mondes peut apparaître comme délicat dans ce cas figure malgré le fait que son manquement à lui seul ne peut causer l'irrecevabilité de la sentence⁴⁰⁵. Aussi certains plaident pour un retour au droit national mais avec une optique qui ne obscurcit en rien la question dans la mesure où elle prône des solutions simples

⁴⁰⁴ La cour d'appel de Paris a par exemple jugé que nulle forme particulière n'est imposée pour les délibérations d'un tribunal arbitral ; dans les arbitrages internationaux il est difficile de tenir des réunions multiples de groupes dont les personnes vivent dans des pays différents. Paris 22 décembre 1978, IMR c/Lynx Machinery, *Rev. Arb.*1979, p. 266. Voir aussi P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, note 182, p. 762, n°1372.

⁴⁰⁵ H-L. YU et M. NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 465.

comme le respect des termes prévus sur ce point dans la convention d'arbitrage ou à défaut ceux prévus dans le règlement de l'institution d'arbitrage⁴⁰⁶.

Un autre point d'achoppement est soulevé par la confidentialité mais dont l'issue peut être vue de manière tout aussi positive.

2- Les principes directeurs de l'arbitrage en ligne

Les professeurs Katsh et Rifkin excipent dans leur ouvrage que le rôle dominant de la technologie lui confère le statut d'une quatrième partie. Cette anticipation se heurte néanmoins à un obstacle qui rend fragile sa portée : la confidentialité⁴⁰⁷.

Ainsi M Wahab remarque :

« Le succès de l'ODR ne tient pas seulement à la disponibilité d'une technologie mais aussi à un degré suffisant de confiance dans la façon de l'utiliser. La confiance est un « état psychologique » qui intègre l'acceptation d'une vulnérabilité reposant sur l'anticipation favorable des intentions et du comportement d'autrui⁴⁰⁸. »

L'acceptation de l'aléa est le prélude à toute opération. C'est le bilan coût - avantage, les risques encourus par rapport à la satisfaction de l'emploi. Ces risques se concentrent principalement au niveau de l'échange et de la sauvegarde des documents. Ceux-ci peuvent être interceptés, usurpés, et de fait compromettre toute tentative de confidentialité⁴⁰⁹. Tout comme la sécurité est un obstacle majeur au sein du commerce électronique, celui-ci dresse une limite au déploiement des mécanismes de règlement virtuels.

⁴⁰⁶ H-L. YU et M. NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342.

⁴⁰⁷ Llewellyn J. GIBBONS, « Private Law, Public « Justice »: Another look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 769(1999-2000), 769.

⁴⁰⁸ M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », dans *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 25, 54.

⁴⁰⁹ M.H.M SHELLEKENS, « Online Arbitration and E-commerce », 9 *Electronic Comm. L. Rev.*, 113-125, 2002, 123. Et L. J. GIBBONS, « Private Law, Public « Justice »: Another look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », *loc.cit.*, note 407, 774.

Pour dépasser cet aléa, il faut agir à la base et sur trois niveaux : techniques, subjectifs et enfin ceux qui concernent le règlement des différends.

D'un point technique, l'anticipation se situe au niveau de l'accessibilité des plates-formes. La simplicité de l'accès doit se conjuguer avec la sécurité dans cet accès justement pour assurer aux parties le respect de la confidentialité de leurs correspondances⁴¹⁰.

Conférer une familiarité qui inspire confiance et qui est susceptible de rassurer, entre dans une optique identique, au rang des facteurs subjectifs à prendre en compte. L'amélioration de la connaissance du produit réduit les craintes, l'inconnu étant la mère des réticences. Il semblerait que, pour créer un réel engouement, il faille réduire cette impression de distances, qui peut être visible tant au niveau de la maîtrise des moyens de technologiques⁴¹¹ que du concept lui-même de justice virtuelle⁴¹².

Relevons également que la perte du caractère verbal des communications n'est pas sans impact dans le règlement du litige⁴¹³. Le jeu des expressions corporelles, des tonalités influencent « la transmission de l'information⁴¹⁴ ». La virtualité de l'échange ne doit pas condamner toute la vocation réconciliatrice du règlement.

⁴¹⁰ M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, loc.cit., note 25, 47.

⁴¹¹ L'auteur fait ici référence au déséquilibre qui peut exister entre les parties dans la maîtrise des outils informatiques selon la région du globe dans laquelle on se situe et des moyens financiers de chacun. M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, loc.cit., note 25, 48.

⁴¹² Id., 47-48.

⁴¹³ C. RULE et C. VILLAMOR, « L'importance du langage dans le règlement en ligne des différends », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, op.cit., note 209, 21. Et L. Q. HANG, « Online dispute resolution systems: The future of cyberspace law », loc.cit., note 224, 857-858.

⁴¹⁴ C. RULE et C. VILLAMOR, « L'importance du langage dans le règlement en ligne des différends », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, op.cit., note 25, 21.

Le poids des mots sera donc d'autant plus important que ceux-ci pourront être mal interprétés et conduire à des erreurs et malentendus⁴¹⁵.

Il va sans dire que cet effort d'objectivité et de précision dans l'utilisation du langage s'associe avec une transparence de la part des arbitres dans leur gestion des contentieux. En effet :

« C'est une condition *sine qua non*, non seulement pour favoriser la confiance, mais aussi par respect du contradictoire qui doit garantir une procédure juste et équitable et éviter le risque que des sentences ne soient annulés ou ne se voient refuser l'exécution par les tribunaux. Dans l'arbitrage en ligne, il convient donc de veiller particulièrement à garantir que chaque partie bénéficie d'une égalité de chances dans l'exposition de sa cause, de ses demandes et de ses moyens de preuve, et qu'elle soit informée des arguments et des moyens de l'autre partie⁴¹⁶. »

Les garanties du procès équitable et surtout le respect du principe du contradictoire⁴¹⁷ se doivent d'être scrupuleusement respectées par l'arbitre. La

⁴¹⁵C. RULE et C. VILLAMOR, « L'importance du langage dans le règlement en ligne des différends », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, op.cit., note 25, 23-24.

⁴¹⁶M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, loc.cit., note 25, 48.

⁴¹⁷Le droit français y fait référence de manière directe en son article 1460 qui précise que la sentence est toujours susceptible d'annulation notamment lorsque le principe du contradictoire n'a pas été respecté. C'est aussi le cas du droit québécois avec l'article 946.4 du code de procédure civile qui prévoit que : « la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens ». En droit international nous citerons la Convention de New York qui y fait indirectement référence en donnant un moyen de défense à la « partie contre laquelle la sentence est invoquée [et qui] n'a pas été informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison de faire valoir ses moyens ». Le règlement arbitrale de la CNUDCI précise lui aussi que les parties doivent être traités « sur un même pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens ». Voir également, Daniel GIRSBERGER et Dorothee SCHRAMM, « CyberArbitration », 3(2002) *European Bus. Org. L. Rev.*, 605-622, 611.

crédibilité et la pérennité de l'institution sont en jeu dès lors que ces garanties font parties de l'ordre public processuel⁴¹⁸.

Cela soulève une question : est ce que ces échanges électroniques, qu'il s'agisse du simple email ou de la vidéo – conférence, suffisent à respecter le droit des parties à être entendues⁴¹⁹? Le doute ne sera permis que dans de rares hypothèses puisqu'il revient justement au juge privé d'assurer un contrôle à la fois équitable et sûr de la diffusion de l'information⁴²⁰.

Rappelons que c'est la confidentialité que permet l'arbitrage qui lui a conféré cette renommée au plan international⁴²¹. Pour autant celle-ci doit composer avec un intérêt, qui sera tout aussi légitime dans les contentieux impliquant les consommateurs, à savoir le besoin de divulgation⁴²². La publication d'informations aura, dans ce but, pour objet au moins d'assurer une certaine transparence et au mieux de faire jurisprudence⁴²³.

⁴¹⁸ C. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », 3 (1995) *Rev. Arb.*, 381-410 et Serge GUINCHARD, L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire, (1997) *Rev. Arb.*, 185-228.

⁴¹⁹ D. GIRSBERGER et D. SCHRAMM, « CyberArbitration », *loc.cit.*, note 417, 610.

⁴²⁰ En l'occurrence, il s'agira surtout pour les plates-formes électroniques de s'assurer que les parties accèdent concrètement aux informations en tenant compte des fuseaux horaires et des moyens technologique de chacun. M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 25, 47.

⁴²¹ F. A. CONA, « Application of online systems in Alternative Dispute resolution », 45(1997) *Buffalo Law Review*, *loc.cit.*, note 279, 984; L. BIUKOVIC, « International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent developments », *loc.cit.*, note 229, 334. Soulignons que l'affaire *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, [1990] A.Q. (Quicklaw) No. 616 (C.A.) précisent que les exigences d'indépendance et d'impartialité imposées à tous les arbitres sont d'ordre public.

⁴²² L. J. GIBBOONS, « Private Law, Public « Justice »: Another look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », *loc.cit.*, note 407, 772.

⁴²³ On envisage ici les impacts d'une sentence de condamnation à l'encontre d'un grand distributeur. M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *loc.cit.*, note 25, 51. Ainsi M. PHILIPPE reconnaît que la publicité des décisions peut contribuer à créer cette confiance en montrant le type de décisions rendues. Tandis que la procédure reste confidentielle, la décision peut être publiée, dans « Where is everyone going with online dispute resolution (ODR) – Où en est la résolution des litiges en ligne », *loc.cit.*, note 222, 180. Dans le même sens L. J. GIBBOONS, « Private Law, Public « Justice »: Another look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », *loc.cit.*, note 407, 773.

Ces inquiétudes ayant trait à la sécurité ont donné au développement de différents protocoles⁴²⁴ afin de restreindre l'ouverture aux personnes autorisées. Il s'agit de procédés de cryptage qui authentifient et certifient les données afin d'éviter la piraterie de l'information⁴²⁵. Ceux-ci ont fait leur preuve aujourd'hui et permettent d'assurer une haute sécurité dans l'environnement électronique. S'ils ne doivent pas être minimisés ces risques sont néanmoins communs aux autres modes de transmission⁴²⁶. L'objectif est donc de la diffusion de cette information afin d'établir la confiance des utilisateurs envers ses plates-formes électroniques.

II. La sentence

La sentence clôt le différend juridique. Elle est la décision qui tranche les contestations qui opposent les parties. En droit national pour se voir reconnaître quelques effets (2), la sentence doit répondre à des conditions de fond et de forme (1).

1- Conditions d'efficacité de la sentence

Celles qui tiennent à la forme concernent essentiellement l'exigence de l'écrit. Les difficultés sus évoquées en ce qui concerne la convention d'arbitrage se retrouvent donc à ce niveau également car certains droits nationaux réclament que la sentence soit écrite C'est le cas des articles 1471 et 945.2 des Codes de procédures civiles français et québécois. De même au niveau international, cette

⁴²⁴ Voir Christine E. HART, « Prévention et règlement virtuel des différends reliés au commerce électronique », disponible à l'adresse <http://www.ulcc.ca/fr/cls/index.cfm?sec=4&sub=4e>. Et M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 25, 53-54.

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ L'auteur rappelle à juste titre que la communication papier n'est pas plus sûr et peut également faire l'objet de falsification. M. S. A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 25, 53. A la question donc de savoir si la confidentialité peut exister dans les mécanismes de règlement en ligne L. GIBBONS répond oui sans hésitation, L. J. GIBBOONS, « Private Law, Public « Justice »: Another look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », *loc.cit.*, note 407, 769. Dans le même sens L. BIUKOVIC, « International Commercial Arbitration in Cyberspace : Recent developments », *loc.cit.*, note 229, 336.

exigence est énoncée de manière expresse dans la loi type de la CNUDCI comme elle s'induit des dispositions de la Convention de New York dans la mesure où son article IV fait mention d'un original ou de sa copie authentique.

Mais comme nous l'avons déjà fait remarquer des solutions existent en raison de l'évolution jurisprudentielle et législative qui a eu lieu dans la dernière décennie dans l'appréhension de l'écrit⁴²⁷. L'écrit et la signature électronique répondront dans l'acceptation qui leur est reconnu aux conditions de forme.

C'est donc moins la question de la forme que celle du contenu de la sentence qui nous préoccupe en l'occurrence. En effet la sentence doit comporter un certain nombre d'indications⁴²⁸, dont notamment : le lieu où elle a été rendue. Une sentence issue d'un centre en ligne posera quelques difficultés à ce niveau. Nous retrouvons encore la question du siège de l'arbitrage⁴²⁹. Dans ce contexte cet élément emporte en effet un certain nombre de conséquences non négligeables comme la compétence des juridictions nationales pour juger de son efficacité. Soulignons dès à présent que les voies de recours varient au niveau national selon que la sentence a été rendue sur le sol du tribunal saisi ou à l'étranger⁴³⁰. Aussi certains avancent :

⁴²⁷ Nous renvoyons sur ces points aux développements concernant l'écrit et la signature électronique.

⁴²⁸ Code de procédure civile du Québec 945.2 : « La sentence arbitrale est rendue par écrit à la majorité des voix. Elle doit être motivée et signée par tous les arbitres; si l'un d'eux refuse ou ne peut signer, les autres doivent en faire mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous ». Et l'article 945.3 précise que : « la sentence arbitrale contient l'indication de la date et du lieu où elle a été rendue. La sentence est réputée avoir été rendue à cette date et en ce lieu ». Article 945.4 : « La sentence arbitrale, dès qu'elle est rendue, lie les parties. Une copie signée par les arbitres doit être remise sans délai à chacune des parties. En droit français se sont les articles 1471 à 1473 N.C.P.C qui prévoient que doivent figurer dans la sentence : le nom des arbitres qui l'ont rendue, la date à laquelle elle a été rendue, le lieu où elle a été rendue, le nom, les prénoms ou la dénomination des parties, ainsi que leur domicile ou siège social, éventuellement, le nom de l'avocat des parties ou de toute personne les ayant représentées ou assistées.

⁴²⁹ H.-L. YU et M. NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », *loc.cit.*, note 342, 470.

⁴³⁰ Il est ainsi du droit français qui précise dans l'article 1504 du nouveau code de procédure civile que le recours direct en annulation contre une sentence est restreint aux sentences rendues en France. Le droit québécois traite de façon distincte de l'homologation des sentences rendues hors du Québec en dépit du fait que les règles sont presque identiques.

« Qu'il pourrait être envisagé, dans une optique restrictive, de considérer comme lieu de la rédaction de la sentence le siège physique du centre de règlement des litiges. Ou bien, il pourrait être déterminé par les parties dans la Convention d'arbitrage mais cela conférerait un pouvoir important aux parties sur le sort de la sentence quant à son contrôle par le juge étatique⁴³¹. »

On ne saurait toutefois surestimer l'importance du problème, finalement le siège de l'arbitrage n'est qu'une notion, voire une fiction juridique dont le contrôle appartient aux parties⁴³². Libres à elles en effet de décider où ce dernier sera déterminé, peu important sa localisation effective et concrète.

Il est tout autrement de la question de son exécution, la dématérialisation de la sentence faisant craindre un refus de reconnaissance par les États en cas de conflit post-arbitral.

2- L'exécution de la sentence

La sentence, dès lors qu'elle est rendue, produit les mêmes effets qu'un jugement sauf en ce qui concerne son exécution qui est soumise à des règles particulières. La reddition de la sentence entraîne le dessaisissement de l'arbitre⁴³³.

La sentence est un acte de juridiction. Aussi a-t-elle l'autorité de la chose jugée

⁴³¹ E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique – L'expérience du CyberTribunal », *loc.cit.*, note 42, p. 151.

⁴³² G. KAUFFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation, réflexions à propos de deux formes d'arbitrage », 3(1998) *Rev.Arb.*, 517-536. La cour de Cassation a par ailleurs jugé que : « Le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique, [...] sous la dépendance de la volonté des parties, [...] le fait que les ordonnances de procédure aient été rendues à Paris, que les réunions et les audiences se soient tenues dans cette ville n'est pas de nature à emporter un changement du siège de l'arbitrage ». Paris 28 octobre 1997, Sociétés de préfabrication pour le béton c/ Lybie, *Rev.Arb.*1998. 399, note B. LEURENT.

⁴³³ La sentence arbitrale, lorsqu'elle est rendue, dessaisit l'arbitre. Celui-ci ne pourra donc pas statuer une nouvelle fois sur le litige. Néanmoins, en cas de nullité de la sentence, les arbitres pourront substituer une nouvelle sentence à la sentence nulle si telle est la volonté des parties (art. 1485). Ce principe comporte toutefois quelques exceptions, prévues par l'art. 1475 al. 2. L'arbitre dispose tout d'abord du pouvoir, non limité dans le temps, d'interpréter sa sentence. Il peut de même rectifier les erreurs et oublis matériels qui entachent sa décision. Il peut enfin la compléter quand il a omis de statuer sur un chef de demande.

dès son prononcé⁴³⁴. Les effets de l'autorité de la chose jugée pour les sentences arbitrales sont identiques à ceux qu'elle produit en droit commun de la procédure.

En principe, la sentence devrait être exécutée spontanément par les parties. Mais, si l'une des parties s'y refuse, la décision arbitrale, ayant l'autorité de la chose jugée mais pas la force exécutoire, devra faire l'objet d'une procédure d'exequatur. Mais cette exequatur n'altère en rien :

« sa nature donc l'autorité qui peut y être immédiatement attachée. L'exequatur n'a pour seul objet que de donner à la sentence la force exécutoire que l'arbitre, juge privé dépourvu d'imperium, ne peut lui procurer. Mais la procédure d'exequatur ne change pas la nature juridique de la décision rendue par les arbitres⁴³⁵. »

Ce contrôle est assez restreint. Il permet seulement au juge de l'exequatur de contrôler que la sentence n'est pas entachée d'un vice majeur⁴³⁶. Celui-ci ne peut pas réviser la sentence au fond. Il vérifie la régularité formelle de la sentence, sa validité, et notamment ici sa conformité à l'ordre public, ainsi que la validité de la convention d'arbitrage. A ce niveau, le juge de l'exécution pourrait refuser de reconnaître celle-ci lorsque sa loi nationale ne prévoit d'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier.

Dans l'hypothèse où le juge manifesterait des réserves à cet égard, la requête d'exequatur pouvant toujours être complétée⁴³⁷, la solution consisterait dans l'adjonction postérieure d'un original au sens de la convention de la Convention

⁴³⁴ Art. 1476 NCPC.

⁴³⁵ Marie-Claire RONDEAU-RIVIER et ERIC LOQUIN, « Arbitrage – la sentence arbitrale », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1042- 220, 2, 1996.

⁴³⁶ Comme en témoignent les décisions suivantes ; *The Gazette c. Blondin*, [2003] R.J.Q. 2090 (C.A.) dans laquelle interdiction a été faite pour le juge de contrôler le bien-fondé d'une sentence arbitrale; caractère exhaustif des motifs de contrôle judiciaire des sentences énoncés à l'art. 946.4 du Code de procédure civile et l'affaire Desputeaux qui a énoncé que le contrôle judiciaire du bien-fondé d'une sentence arbitrale est en principe interdit; une erreur d'interprétation ou d'application d'une règle substantielle d'ordre public ne rend pas nécessairement la sentence contraire à l'ordre public, elle ne le sera que si le résultat qu'elle consacre s'avère contraire à des règles substantielles d'ordre public, précitée note 216.

⁴³⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, note 182, 1095, § 1675.

de New York⁴³⁸. Encore faut-il que l'institution d'arbitrage soit en mesure de fournir une version sur support matériel de la sentence⁴³⁹.

En fait, si ce n'est la violation du principe du contradictoire qui est un recours commun à tous les systèmes juridiques, le principal vice qui pourrait affecter une sentence rendue en ligne a trait à sa forme. La convention de New York recommande en effet la reconnaissance de l'autorité d'une sentence conformément :

« aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, [sans qu'aucune] condition [s] plus sensiblement rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution de sentence arbitrales nationales⁴⁴⁰. »

En fait tout dépendra de l'accueil que réserve le for saisi aux actes dématérialisés. Celui-ci sera favorable⁴⁴¹, si dans la mouvance de la promotion du commerce électronique, le législateur et le juge entendent le soutenir. A défaut, un rejet est à craindre⁴⁴².

⁴³⁸ Jasna ARSIC, « International Commercial Arbitration on the Internet - Has the Future Come Too Early? », *loc.cit.*, note 293, 217: « Though nowhere specifically required by the New York Convention, it is questionable whether an arbitral award itself—made on the Internet and written in an electronic version with the digital signatures of arbitrator—would qualify as an original copy of the arbitral award. One practical solution to this problem would be to send the printed version of the arbitral award to the arbitrators to sign it, or to use "trusted third party" services to confine that the digital signatures are those of the arbitrators ». Michael E. SCHNEIDER et Christopher KUNER, « Dispute Resolution in International Electronic Commerce », 14 (1997) *5 J. Int'l Arbit.* 24: « the parties to an online arbitration are well advised to require the arbitrators to issue a hard copy of the award, in order to comply with the requirements of form to make it « binding on the parties » ».

⁴³⁹ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 423.

⁴⁴⁰ E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique – L'expérience du CyberTribunal », *loc.cit.*, note 42, p. 153.

⁴⁴¹ C'est dans cette mouvance que s'est placé le juge canadien dans l'affaire Desputeaux lorsqu'il a jugé que l'interprétation des règles québécoises relatives à l'arbitrage conventionnel doit tenir compte du désir législateur d'en favoriser le développement, précitée note 310.

⁴⁴² Pierre-Yves GAUTIER, « Arbitrage et Internet », *Droit& Pat.* 105. 2002, 88-91.

Néanmoins, on peut s'interroger sur l'opportunité de recourir à une telle démarche. Ce serait finalement en revenir au mécanisme traditionnel de la justice étatique alors que le procédé en ligne a justement pour but de l'éviter. Les considérations tenant au montant du litige que nous avons évoqué ainsi que la complexité pour un consommateur d'obtenir l'indemnisation du préjudice viennent de manière similaire contrecarrer l'intérêt de la demande d'exequatur. En outre tout semble être une question d'interprétation, pour un mécanisme qui se veut justement être l'instigateur de l'efficience⁴⁴³.

Fort heureusement, quelques règlements des centres d'arbitrage précisent l'autorité dont sera pourvue la sentence à l'issue de la procédure. En fait c'est pour ainsi dire le point commun à ces centres de faire dépendre le poids de la sentence de la bonne volonté des parties⁴⁴⁴, leur laissant la voie ouverte aux poursuites judiciaires. C'est ce qu'on a appelé l'arbitrage non-contraignant et qui sera le thème de notre développement dans le titre qui va suivre.

Dans l'optique de protection des consommateurs, ces principes sont satisfaisants de manière générale. Dans la mesure où ils peuvent le cas échéant, en appeler à leur juge national et obtenir l'application des règles protectrices du for dont l'éviction est une des principales réticences au recours l'arbitrage.

Le choix offert légitimise, en quelque sorte, le procédé. Pour les commerçants en revanche, ils auront tout intérêt à succombé le cas échéant en raison des

⁴⁴³ T. SCHULTZ, « Online Arbitration: Binding or Non-Binding? », *AdrOnline Monthly – Linking Information Technology and Dispute resolution*, à l'adresse: <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>.

⁴⁴⁴ Rappelons que la procédure de l'ICANN n'exclut pas le recours au juge étatique même si en pratique les parties exécutent naturellement les décisions. Dans l'affaire Weber-Stephen products co v. Armitage hardware and Building Supply Inc. le juge a considéré que les sentences arbitrales rendues dans le cadre de la procédure d'arbitrage de noms de domaine n'ont pas force obligatoire dans l'ordre juridique américain. Cette position est similaire au principe exposé dans le livre vert visant les transactions judiciaires en ce que celui-ci que ces accords relevant seulement de la volonté des parties et ne priment en rien sur un jugement rendu sur le même objet. E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique – L'expérience du CyberTribunal », *loc.cit.*, note 42, p. 155.

répercussions au niveau marketing que pourrait avoir le non-respect d'une sentence. Pour éviter ce genre de conséquences fâcheuses, les centres ont par ailleurs mis en place de procédés de certificat par lesquels les commerçants s'engagent unilatéralement à recourir à tel plate-forme de règlement en cas de litiges avec un contractant. Le retrait du sceau est donc une sanction immédiate en cas de remise en cause d'un cet engagement⁴⁴⁵.

Il est clair que l'approche traditionnelle de l'arbitrage se doit d'évoluer. L'arbitrage virtuel ne peut reprendre trait pour trait les caractéristiques du premier. Ce dernier était en effet :

« tributaire d'une époque où le contrat était nécessairement constaté par écrit. Or pour permettre l'arbitrage en ligne, il est nécessaire d'admettre que la clause compromissoire et l'acte de mission des arbitres, voire la sentence elle-même, puissent être établis, transmis et conservés sous forme électronique⁴⁴⁶. »

C'est d'ailleurs le défi des plate-formes de règlement en ligne que développer ces procédés au-delà de la simple reproduction à l'identique du schéma original. Sortir des « sentiers battus » et remodeler les concepts en fonction des nouvelles dimensions du cyberspace est un passage obligé⁴⁴⁷.

Le cap ne sera pas si aisément franchi, notamment en ce qui concerne le droit consommériste. Certes les consommateurs ne peuvent être écartés ces nouveaux modes qui leurs sont, bien au contraire, destinés. Mais dans la dialectique de la légitimité et de l'efficacité que suscitent ces mouvements en ligne, des compromis restent à trouver (Titre II).

⁴⁴⁵ CyberTribunal et BBB Online.

⁴⁴⁶ J. HUET, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce électronique », *loc.cit.*, note 299, 107.

⁴⁴⁷ A. R. LODDER et G. A. W. VREESWIJK, « Les services d'arbitrage en ligne à la croisée des chemins », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 25, p. 42.

DEUXIÈME PARTIE: UN OUTIL DE PROTECTION

D'une manière générale, les Etats partagent le souci légitime de ne pas laisser le règlement de certains litiges sous la direction d'un juge privé. Et ceci est particulièrement vrai pour les litiges de la consommation.

Quand il s'agit de consommateurs, les juristes ont toujours affichés une certaine méfiance vis-à-vis de leur cocontractant professionnel. Désavantagés par la pratique des contrats d'adhésion⁴⁴⁸, leur consentement et leur engagement se sont vus entourés par un droit consumériste soucieux de garantir au mieux leur intérêt. Dominés par une économie de marché, les consommateurs sont très vite devenus cette catégorie d'individus vulnérables pour le bien-être desquels il a fallu édicter des règles correctrices des abus les plus significatifs.

Le tableau du monde des affaires qui en résulte apparaît alors comme séparé par une ligne imperceptible. Ainsi d'une part, nous avons les transactions intervenant entre personnes de même force économique et d'autre part, celles dites mixtes reliant les commerçants et les consommateurs.

Ainsi circonscrit, on constate à côté du Code civil, un droit de la consommation qui se veut concret et disposant de ses matières, de ses techniques mais surtout de ses tribunaux nécessairement étatiques.

⁴⁴⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil - Les obligations*, t. 4, 21e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 86. Voir aussi sur cette question Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973. Paul-André CRÉPEAU, « Contrat d'adhésion et contrat type » dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain - Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974.

On devine aisément que l'acceptation de l'arbitrage dans ce cadre n'alla pas de soi. Ce mécanisme était, au contraire, réservé aux « grands » de l'économie de marché qui par leur comportement ont justifié l'instauration de ces barrières protectrices.

Disposant d'armes égales dans leurs rapports, on comprend, avec moins d'inquiétude⁴⁴⁹, que cette égalité leur permet de s'engager en pleine connaissance de cause. Et c'est seulement dans ces justes mesures que l'arbitrage pourra être préféré à l'application de la loi et de la jurisprudence nationale.

Lorsqu'en revanche « les parties qui s'opposent ne sont pas forcément égales, n'ont pas la même compétence technique ou la même puissance économique⁴⁵⁰ », une crainte prend forme⁴⁵¹. Celle de l'élaboration d'une solution ignorant les règles que la loi ou la jurisprudence entend imposer pour la préservation des intérêts des consommateurs.

Cette dialectique du fort et du faible, est le terreau des règles nationales qui depuis 1970 ont fleuri dans de nombreuses législations⁴⁵². Parmi elles, figure l'inarbitrabilité, expresse ou implicite, des litiges impliquant les consommateurs.

Le principe est cependant moins clair qu'il n'y paraît. Car il faut compter avec une autre donnée qui a toute son importance : le commerce international. Sa promotion empêche toute tentative de canalisation des échanges

⁴⁴⁹ Les clauses abusives existent également entre professionnels, voir sur ce sujet Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998.

⁴⁵⁰ Loïc CADIET, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la médiation », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle*, Mélanges C. CHAMPAUD, Paris, Dalloz, 1996, p. 123.

⁴⁵¹ Frank STEINMETZ et Jean CALAIS AULOY, *Droit de la consommation*, Paris, Précis Dalloz, 2003.

⁴⁵² Luc BIHL et Luc WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur : mille ans de lutte*, Paris, Aubier-Montaigne, 1984.

quels qu'ils soient. Il ne saurait être limité aux géants de ce monde quitte à créer ailleurs une injustice.

Quand bien même ils seraient vulnérables, ces consommateurs ont tout autant de droits et d'intérêts à y participer. Cette nécessité s'est traduite par une ouverture au niveau international de l'arbitrage. D'où la dénonciation de la part de certains auteurs d'un « arbitrage à deux vitesses », en raison de restrictions imposées au niveau interne alors que le domaine international reste plus qu'accessible (Chapitre I).

Quoi qu'il en soit, les consommateurs disposent, quelle que soit la zone géographique où l'on se place, de leur liberté contractuelle. Son rôle en matière de rattachement juridictionnel ou normatif a été plus d'une fois souligné. Et ici, elle vient soutenir et renforcer l'éventuelle invalidité d'un arbitrage en ligne. La nullité, étant somme toute relative, elle est susceptible de confirmation. Les consommateurs peuvent toujours décider d'y recourir dans la mesure où la procédure leur apparaît comme une solution équitable pour répondre à leurs besoins.

Les expériences d'arbitrage en ligne ont d'ailleurs comme souci premier de s'adapter à la nouvelle réalité du monde dématérialisé du cyberspace.

La preuve de cette volonté est également visible dans sa distanciation par rapport à l'arbitrage traditionnel. On s'éloigne du schéma contraignant de ce mécanisme juridictionnel en assouplissant ses effets de manière à permettre aux intéressés de donner à leur liberté contractuelle son plein effet (Chapitre II).

Chapitre I : Un outil garant des droits du cyberconsommateur

« C'est un accident qui soumet aux tribunaux étatiques une situation que les parties avaient eu la volonté d'y soustraire, situation dont la résolution extrajudiciaire d'un litige est un archétype⁴⁵³. »

Dépourvu de force coercitive, l'arbitrage reste tributaire de l'instrumentalisme étatique pour contraindre l'exécution de ses sentences. Cette limite à son autonomie⁴⁵⁴, introduit un « point de passage » entre les deux systèmes; a-étatique et étatique. En sanctionnant la validité d'une norme externe à son système, l'ordre juridique en question reconnaît son existence et l'introduit en son sein⁴⁵⁵. Cette reconnaissance se base sur le respect de critères de référence qui peuvent être formels, procéduraux ou encore de fond. Globalement, nous pouvons dire qu'il s'agit d'un critère de légalité, préalable à tout droit d'accès.

De tels points de passage sont visibles au niveau de la question de l'arbitrabilité des litiges impliquant les consommateurs et en ce qui concerne l'expression du consentement de ceux-ci (Section I).

Au paradigme de l'État moderne, est associé un droit imposé, processuel, correspondant à une gestion formelle des conflits. Il s'oppose, de manière empirique à un autre paradigme; celui d'un droit négocié réticent à toute idée de règle de droit et aspirant à une résolution consensuelle des différends⁴⁵⁶. Dans ce

⁴⁵³ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des différends en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 389, citant François RIGAUX, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 261-279.

⁴⁵⁴ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 87.

⁴⁵⁵ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des différends en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 391.

⁴⁵⁶ T. SCHULTZ, *op.cit.*, note 194, p.274 citant B.YNGVESSON et L. MATHER, « Courts, Moots and the Disputing process », dans *Empirical Theories and About Courts*, K.O. BOYUM et I. MATHER (dir.), New York, Logman, 1983, pp. 51-54.

cadre, la portée d'une règle juridique, n'aura donc de valeur que si les parties choisissent de l'exploiter comme norme de référence. Cela valant également pour les règles d'ordre public, l'arbitrage a été accueilli en droit de la consommation avec une réticence certaine.

Pourtant l'analogie entre le monde physique et le cyberspace ne pouvant être totale, on peut s'interroger sur l'opportunité même du maintien de tels concepts dans ce contexte. Existe-t-il vraiment un droit de la cyberconsommation? (Section II).

Section I : La légitimité de l'arbitrage en matière de consommation

« Entre le fort et le faible, c'est la
liberté qui opprime et la loi qui affranchit. »
Lacordaire⁴⁵⁷.

Nous empruntons la plume de Philippe Malaurie et Laurent Aynes pour dire que « le cœur du contrat est l'accord de volontés⁴⁵⁸ ». C'est le synchronisme de la manifestation de la volonté de chacune des parties. La rencontre concomitante des volontés traduisant le vœu de réaliser une opération commune, l'objet du contrat⁴⁵⁹.

Dans les réseaux numériques le processus d'échange de consentement devra s'accorder avec les exigences du droit positif⁴⁶⁰ pour aboutir à sa finalité : la formation du contrat.

⁴⁵⁷ Jean-Baptiste H. LACORDAIRE, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t.3, 52^{ème} conf., 1848, p.494 disponible à l'adresse : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k20268ix>.

⁴⁵⁸ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil – Les obligations*, 8^{ème} éd., Paris, Éditions Cujas, p. 213.

⁴⁵⁹ François TERRE, Philippe SILMER et Yves LEQUETTE, *Droit civil- Les obligations*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, pp. 96-97.

⁴⁶⁰ On vise l'article 1108 du Code civil français qui définit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation » ; ainsi que le Code civil québécois avec l'article 1385 ainsi rédigé : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter [...], il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet ».

Le consentement est étroitement lié à la notion de volonté, mais cette dernière ne suffit pas à elle seule à créer des liens de droit, le concours de l'ordre juridique dans laquelle elle s'inscrit est indispensable. Cette conception dirigiste⁴⁶¹ du contrat se retrouve dans les articles 1134 C.c.F et 1434 du C.c.Q, qui ne reconnaissent force aux conventions que si elles sont « légalement formées ». Et de la même optique les articles 9 C.c.Q, l'article 6 C.c.F subordonne l'efficacité de la volonté aux règles « qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Une trop grande autonomie étant source d'inégalité et de déséquilibre, cette doctrine justifie l'intervention étatique dans les relations entre professionnels et consommateurs ainsi que la prohibition de certaines clauses. Par ces dispositions, le législateur veut notamment s'assurer à la fois de l'engagement éclairé du consommateur (II) et également du fait que la partie réputée faible n'ait pas à assumer les trop lourdes conséquences d'un éventuel déséquilibre contractuel manifeste. En matière d'arbitrage il s'agira, notamment, des coûts de l'action (I).

I - Clause d'arbitrage en matière de consommation.

Si un constat peut aujourd'hui être tiré de l'arbitrabilité des litiges de consommation, c'est qu'il faut justement prendre garde à des conclusions trop hâtives. La question de la protection du consommateur nécessite une lecture attentive et une démarche « casuistique⁴⁶² ». En dépit des craintes que suscitent le mécanisme, il ne fait plus l'objet d'une interdiction générale et de principe. Il oscille entre admission et tolérance⁴⁶³, sans doute plus admission que tolérance

⁴⁶¹ Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », Lex Electronica, vol. 5, n°1, printemps 1999, en ligne à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>.

⁴⁶² V. GAUTRAIS, K BENYEKHEF et P. TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », *loc.cit.*, note 325, 558.

⁴⁶³ Pour le droit américain, c'est bien sûr le Federal Arbitration Act (FAA) qui régit la matière et qui a permis le développement de l'arbitrage même en droit de la consommation. Il reste

comme le montrent les expériences américaines (1) et canadiennes (2) en matière de recours collectif. La France, peu réceptive à ce genre de pratique⁴⁶⁴, donne encore l'image d'un pays protecteur de ces consommateurs⁴⁶⁵ (3).

1- L'expérience américaine

néanmoins un texte à vocation générale de manière à permettre à chaque état d'adopter des lois protectrices de leur consommateur. La Cour de suprême a jugé dans la décision *Gateway* qu'un contrat de consommation peut être soumis à un arbitrage obligatoire (*Brower v. Gateway 2000 inc.*, 676 N.Y.S.2d 569). Voir Joseph T. MCLAUGHLIN, « Arbitrability: Current Trends in the United States », 12 *Arb. Int.* 113 (1996) et Milana KOPTSIOVSKY, « A right to contract for judicial review of an arbitration awards: does freedom of contract apply to arbitration agreements? », 36 *Conn. L. Rev.* 609 (2003-2004) et Linda ALLE-MURPHY, « Are compulsory arbitration clauses in consumer contracts enforceable? A contractual analysis », 75 *Temple L. Rev.* 125 (2002); En droit anglais, le Consumer Arbitration Act de 1998 entoure de certaines conditions la validité d'un arbitrage impliquant les consommateurs. En droit français, l'article 2061 du code civil prévoit depuis la loi du 15 mai 2001 que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Mais cela ne signifie pas que la nullité des clauses compromissoire conclue avec un consommateur est acquise surtout lorsqu'il s'agit d'un contrat international. Voir Philippe DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », *Droit&Pat.*2002.104.46 et M. de BOISSEON et Thomas CLAY, « Recent Developments in Civil Law Countries », *Int. A.L.R.* 359(1998). En droit québécois, différentes décisions montrent aujourd'hui que la clause compromissoire n'est pas nécessairement invalide lorsqu'elle est conclue avec un consommateur, mais elle le devient lorsqu'elle intervient en violation de la loi sur la protection des consommateurs. Voir affaire *Dell* déjà citée et *Rémillard c. Québec inc.*, [2001] REJB 29551(C.Q.).

⁴⁶⁴ Le débat sur les recours collectifs est en cours à l'heure actuelle en France. En effet deux propositions de loi, l'une provenant des sénateurs socialistes et l'autre émanant du groupe Ump, envisagent d'insérer dans le Code de la consommation des dispositions concernant la responsabilité de professionnels pour préjudice de masse, visant à permettre uniquement aux associations de consommateurs agréées d'agir en réparation des préjudices individuels causés par le fait d'un même professionnel et qui ont une origine commune. La proposition de loi Chatel s'inspire d'ailleurs du recours collectif québécois en proposant une procédure en deux étapes : au cours de la première étape, le juge aurait à se prononcer sur la recevabilité de l'action. La décision qui déclare l'action recevable ne pourrait faire l'objet d'un appel qu'avec le jugement sur le fond. S'il déclare l'action recevable, le juge définirait la composition du groupe de consommateurs ainsi que les conditions de notification d'un avis aux consommateurs représentés. Les points communs s'arrêtent cependant à ce niveau. Voir la proposition de loi du député Chatel à l'adresse : http://www.axelponiatowski.com/pdf/propositionsLoi/2006_02/ppl%20Luc%20Chatel%20VD%200406.pdf. et pour le groupe socialiste, le résumé de la proposition donné lors d'une conférence de presse : <http://www.senateurs-socialistes.fr/article/articleview/3156/1/153>.

Relevons néanmoins que les recours collectifs existent en dépit du fait qu'ils ne sont pas autorisés. Il s'agit en effet de variantes comme l'action en représentation conjointe, les actions d'UFC-Que choisir qui agit « dans l'intérêt collectif des consommateurs, ou encore la technique de la « conclusion d'intervention volontaire » menée par le groupement d'avocats de Classaction.fr.

⁴⁶⁵ Susan SCHIAVETTA, « Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU? », 3 *J.I.L.T.* 2004, disponible à l'adresse : http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law2/elj/jilt/2004_3/schiavetta/

Nous avons auparavant souligné à quel point la valeur modique des litiges du cyberspace incitait « plus à la réserve qu'à l'action »⁴⁶⁶. L'enjeu financier condamnant à la base tout recours aux tribunaux judiciaires. Mais ce reproche n'est pas propre aux seuls tribunaux étatiques. Il est en effet inutile de rappeler qu'à la procédure arbitrale est associée l'étiquette d'une procédure dispendieuse, accessible aux seules entreprises et totalement dissuasive pour le simple consommateur⁴⁶⁷. C'est d'ailleurs l'argument contenu dans de nombreuses décisions invalidant une clause compromissoire du fait des coûts estimés comme étant beaucoup trop élevés⁴⁶⁸. Le mécanisme est condamné à deux niveaux : d'une part parce qu'il entrave l'exercice des actions en justice et d'autre part parce qu'il crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.

Cet argument ne saurait être décisif dans l'hypothèse des mécanismes en ligne, l'accessibilité économique étant justement le credo des plates-formes électronique. Nous avons vu qu'elles prévoient des mécanismes participatifs qui vont de la prise en charge totale à la répartition plus ou moins équitable des frais⁴⁶⁹.

La question de l'accessibilité économique est également un enjeu du point de vue des recours collectifs. Aux États-Unis plus qu'ailleurs, le recours collectif apparaît dans certaines hypothèses comme la voie unique pour se faire entendre⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, *op.cit.*, note 451, p. 519.

⁴⁶⁷ Julia A. SCARPINO, « Mandatory Arbitration of consumer disputes : A proposal to ease the financial burden on low-income consumers », 10 *J. of Gender, social policy & L.*, 679 (2003) également à l'adresse: <http://www.wcl.american.edu/journal/genderlaw/10/10-3scarpino.pdf?rd=1>

⁴⁶⁸ *Green Tree Financial Corp v. Randolph*, 531 U.S. 79(2000).

⁴⁶⁹ Nous renvoyons sur cette question au Titre I, chapitre I.

⁴⁷⁰ Stéphanie RAYMOND BOUGIE, souligne ainsi que dans la décision *Ting v. AT&T*, 182 F. Supp. 2d. 902, 930-31 (N.D. Cal. 2002) : « The prohibition on class actions will prevent class members from effectively vindicating their rights in certain categories of claims, especially those involving practices applicable to all members of the class but as to which any consumer has so little at stake that she cannot be expected to pursue her claim[...]And the only justification advanced for [the ban], that it will limit AT&T's cost of litigation, is insufficient to overcome

En effet :

« Prise une à une, certains pratiques condamnables des entreprises ou des commerçants ne seraient pas passibles de recours. Dans bien des cas, les réclamations portent sur des montants négligeables : les consommateurs lésés ne veulent pas entreprendre pour leur seul compte les procédures judiciaires appropriées⁴⁷¹. »

Ce schéma met donc en opposition d'un côté les clauses conventionnelles d'arbitrage et de l'autre les recours collectifs ou *class action*, pratiques qui ont toutes deux connu un essor important durant la dernière décennie. Les grandes compagnies ont en effet inséré de manière systématique dans les contrats conclus avec leur client, une clause d'arbitrage destinée à contrer un recours collectif éventuel. Ils évitent de cette manière de s'exposer à des dommages punitifs élevés⁴⁷².

Cette gestion du risque par les entreprises est volontiers qualifiée dans le milieu des affaires de pragmatisme. Quand bien même ce dernier contreviendrait à cet outil de justice sociale constitué par le recours collectif qui a la double mission d'augmenter l'accès à la justice tout en minimisant les coûts⁴⁷³. Bien entendu,

numerous determinations by legislators and courts...that class actions is substantively unconscionable », *Arbitrage des différends en droit de la consommation*, Cowansville, Yvons Blais, 2005, p. 91.

⁴⁷¹ Id.

⁴⁷² Jean R. STERNLIGHT et Elizabeth J. JENSEN, « Using arbitration to eliminate consumer class actions: efficient business practice or unconscionable abuse? », en ligne: <http://www.roscoepound.org/new/sternlight.pdf> ; J. R. STERNLIGHT, « As mandatory binding arbitration meets the class action, will the class action survive? », 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1 (2000-2001).

⁴⁷³ Introduit dans la législation québécoise en 1978, son objet a été rappelé par les tribunaux dans plusieurs décisions et notamment dans l'affaire Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles-Boromé c. Lapointe, [1980] C.A. 568 en ces termes : « La Loi sur le recours collectif, introduite dans notre législation en 1978, est évidemment une loi à portée sociale: elle favorise l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui, en raison de circonstances particulières de leur état individuel, n'oseraient pas ou ne pourraient pas, de façon appropriée, mettre en marche le processus judiciaire ». C'est le livre IX du Code de procédure civile qui régit les recours collectifs. Voir Nicole Duval HESLER, « Le recours collectif: un parcours complexe », Conférence prononcée devant l'association du jeune barreau Canadien le 9 février 2005, <http://ajbm.qc.ca/pub/formation/duval-hesler-recourscollectif-fev2005.pdf>.

l'influence américaine aidant⁴⁷⁴, il a quelque peu perdu ses lettres de noblesse. Les enjeux financiers sont démesurés aussi bien pour les firmes mises en cause que pour les instigateurs de la procédure.

De là à en condamner tout accès⁴⁷⁵, le pas à franchir reste énorme. Pourtant les autorités, américaines et canadiennes, qui ont eu à connaître de la question ont dû tranchée. A prime abord, la solution retenue semble être en défaveur des consommateurs mais en réalité cette solution ouvre une autre voie : celle de l'arbitrage collectif.

De l'expérience américaine, nous pouvons retenir qu'une clause d'arbitrage peut faire échec à un recours collectif. La première décision faisant état d'une telle solution est l'affaire *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*⁴⁷⁶. La Cour suprême a jugé que l'invalidation d'une clause compromissaire n'est recevable seulement une fois la preuve établie de l'empêchement, en raison de cette clause, de toute revendication des droits du consommateur. Tant et si bien que chaque partie peut défendre effectivement ses droits statutaires devant une juridiction, et ce quelle qu'elle soit, les juges ont l'obligation de reconnaître la force obligatoire de la clause malgré le fait que alors même que son objet ou effet conduit nécessairement à empêcher une autre forme de recours⁴⁷⁷.

Est considéré comme un critère important⁴⁷⁸ mais non décisif, le coût prohibitif qu'engendrerait la procédure d'arbitrage. Il ne doit pas s'agir d'un

⁴⁷⁴ Voir sur la question de la dérive américaine John GRISHAM, *The King of Torts*, New York, Bantam Dell, 2003.

⁴⁷⁵ J. R. STERNLIGHT, « As mandatory binding arbitration meets the class action, will the class action survive? », *loc.cit.*, note 472, 53-75.

⁴⁷⁶ *Green Tree Financial Corp. c. Randolph.*, précité note 466.

⁴⁷⁷ Claude MARSEILLE et Enrico FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », 2-3, en ligne :

[http://www.fasken.com/WEB/FMDWEBSITEFRENCH.NSF/AllDoc/D25FF39A2BF9038B85257124006C6F99/\\$File/L_ARBITRAGE_ET_LE_RECOURS_COLLECTIF_EN_DROIT_CIVIL_QUEBECOIS.PDF](http://www.fasken.com/WEB/FMDWEBSITEFRENCH.NSF/AllDoc/D25FF39A2BF9038B85257124006C6F99/$File/L_ARBITRAGE_ET_LE_RECOURS_COLLECTIF_EN_DROIT_CIVIL_QUEBECOIS.PDF) et Stéphanie RAYMOND BOUGIE, *Arbitrage des différends en droit de la consommation*, *op.cit.*, note 470, p. 93.

⁴⁷⁸ Nous pouvons citer à titre d'exemple la décision de la Cour suprême du New Jersey *Jaliyah Muhammad v. County Bank of Rehoboth* qui est équivalente par la solution retenue à l'affaire Dell. En effet, les juges considèrent « qu'un arbitrage relatif à un contrat de prêts de 200\$ ne

risque potentiel. Le fardeau de la preuve repose sur le demandeur qui verra son action rejetée, comme ce fût le cas dans l'affaire *Green Tree*, si la démonstration ne se limite qu'à l'énonciation d'une crainte ou d'un risque hypothétique⁴⁷⁹.

Toutefois de récentes décisions ont fait prévaloir la protection des consommateurs en cas d'abus constaté⁴⁸⁰. Ce fut d'abord la Cour suprême de Californie, dans la décision *Discover Bank v. Superior Court*, qui fit valoir que :

« at least some class action waivers in consumer contracts are unconscionable under California law [parce qu'ils] may operate effectively as exculpatory contract clauses that are contrary to public policy⁴⁸¹. »

Dans le même sens, dans l'État de Pennsylvanie, les juges ont considéré dans l'affaire *Waived Thibodeau v. Comcast*, confirmée ensuite dans le cas *Afrolian v. AT&T Wireless*, que les contrats d'adhésion sont :

« sent without any opportunity for customers to negotiate and even without any requirement of assent to the mandated individual arbitration and preclusion of class action litigation. »

Leur objet étant clairement d'« immunize large corporations from liability by allowing them to preclude all class action litigation », ces clauses⁴⁸² doivent être considérées comme « unconscionable » et « unenforceable ».

pouvait avoir pour effet d'empêcher un recours collectif, et ce, justement à cause de la petitesse de l'enjeu en cause. En effet, dans cette affaire, une clause compromissaire visait à expressément interdire le recours au recours collectif». Voir le commentaire du professeur V. GAUTRAIS à l'adresse : http://www.gautrais.com/article.php3?id_article=194.

⁴⁷⁹ « [T]he arbitration agreements [are] silent on the subject, and that fact alone is plainly insufficient to render it unenforceable. The risk that Randolph will be saddled with prohibitive costs is too speculative to justify the invalidation of an arbitration agreement ». *Green Tree Financial Corp. v. Randolph*, précitée 468. Mais la preuve de cet argument a été faite avec succès dans l'affaire *Patricia Nefores v. BrandDirectMarketing, inc.*, 2004 Ohio App. Lexis 4607.

⁴⁸⁰ Les auteurs Alan KAPLINSKY et Mark LEVIN précisent en effet que le consensus sur la question n'est pas totale comme l'exprime le titre de l'article : « Consensus or conflict? Most (but not all) courts enforce express class action waivers in consumer arbitration agreements », en ligne : <http://www.allbusiness.com/periodicals/article/439879-2.html>. Voir également Jean R. STERNLIGHT, « Using arbitration to eliminate consumer class actions: efficient business practice or unconscionable abuse? », *loc.cit.*, note 472, 5-15.

⁴⁸¹ *Discover Bank v. Superior Court*, 36 Cal. 4th 148, 30 Cal. Rptr. 3d 76 (2005). 1108.

⁴⁸² *Brower v. Gateway 2000, Incorporated* 676 N.Y.S.2d 569 (N.Y. Sup. Ct. App. Div. [Aug] 1998. Confirmé dans *Craig Comb, et al. v. PayPal Incorporated*, Cases No. C-02-1227 and C-02-2777 JF (N.D. Cal., August 30, 2002).

On relève que les tribunaux font ainsi appel à la doctrine de l'*unconscionability*⁴⁸³, qui équivaut à la notion de lésion en droit civil québécois⁴⁸⁴. Elle s'applique aux clauses insérées dans un contrat de consommation créant un tel déséquilibre au détriment du consommateur qu'il en résulte un abus ou une iniquité flagrante⁴⁸⁵.

Ces décisions illustrent parfaitement l'état latent du débat sur la valeur du *Federal Arbitration Act* dans la pyramide normative américaine⁴⁸⁶.

Les discussions auront eu, néanmoins, le mérite de donner naissance à un nouveau concept : celui de l'arbitrage collectif. À côté des *class actions*, existerait donc un *classwide arbitration*. Deux concepts qui recouperaient l'économie financièrement consubstantielle aux actions collectives. C'est encore la décision *Green Tree* qui fait figure de référence. En effet les juges ont considéré qu'un :

« the question is not whether the parties wanted be a judge or an arbitrator to decide *whether they agreed to arbitrate the matter*. Rather the relevant question here is what *kind*

⁴⁸³ Aux États-unis, le recours à l'arbitrage étant largement admis, il a fallu trouver un garde-fou. C'est ainsi que : « la règle générale [...] est que tout litige peut faire l'objet d'un arbitrage à moins que la clause d'arbitrage ne soit qualifiée d'« unconscionable » par les tribunaux ou l'arbitre. Pour qu'une clause soit dite « unconscionable », ce qui signifie qu'à cause de son caractère abusif et injuste à l'endroit du consommateur elle devra être invalidée, ce dernier devra prouver que : a) that is was adopted in a manner that is procedurally unconscionable; and b) that is includes provisions that are so one-sided or unfair as to be substantively unconscionable. In many cases, both factors can be established with admissible evidence of fact », dans S. RAYMOND BOUGIE, *Arbitrage des différends en droit de la consommation*, op.cit., note 470, pp. 13-16.

⁴⁸⁴ C. MARSEILLE et E FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », loc.cit., note 477, 12.

⁴⁸⁵ C. MARSEILLE et E FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil Québécois », loc.cit., note 477, 12 et J. SCARPINO, faisant valoir que : « There are a number of reasons why an agreement to arbitrate can be held to be substantively unconscionable, for example, the fees and costs associated with the arbitration are excessive, as this serves to deprive consumers of a forum to vindicate their rights, the clause is one-way, i.e. businesses can resort to litigation but the consumer cannot, bias on behalf of the arbitrator, inconvenient arbitration venue, or there has been waiver of statutory remedies on behalf of the consumer, such as limitations are placed on the right to damages », dans « Mandatory Arbitration of consumer disputes : A proposal to ease the financial burden on low-income consumers », loc.cit., note 470, pp. 5-6.

⁴⁸⁶ S. RAYMOND BOUGIE, *Arbitrage des différends en droit de la consommation*, op.cit., note 470, pp. 11-17.

of arbitration proceeding the parties agreed to. That question does not concern a state statute or judicial procedures. It concerns contract interpretation and arbitration procedures. Arbitrators are well situated to answer that question. Given these considerations, along with the arbitration contracts' sweeping language concerning the scope of the questions committed to arbitration, this matter of contract interpretation should be for the arbitrator, not the courts, to decide⁴⁸⁷. »

La Cour décide par ces termes qu'il s'agit d'une question d'interprétation de la clause d'arbitrage en cause et partant, qu'il appartient à l'arbitre de déterminer s'il peut se saisir d'un recours collectif dans le cadre de la procédure arbitrale, sans qu'il soit nécessaire que cette possibilité ait été expressément prévue⁴⁸⁸.

2- L'expérience canadienne

Le Canada n'est pas en reste sur ces questions. La décision *Rogers* qui intéressait la Cour ontarienne, dans laquelle les juges prennent acte des enseignements de l'affaire *Green Tree*, pour décider, dans la cause *Kanitz c. Rogers Cable Inc*⁴⁸⁹, qu'une clause compromissoire, même insérée dans un contrat d'adhésion, peut faire échec à un recours collectif. En l'occurrence ni

⁴⁸⁷ *Green Tree* 941-946, précitée note 474 et S. RAYMOND BOUGIE, *Arbitrage des différends en droit de la consommation*, *op.cit.*, note 470, p. 93.

⁴⁸⁸ Donald BISSON, « En quête de l'arbitrage collectif : La jurisprudence québécoise aurait-elle donné naissance à une nouvelle procédure hybride ? », dans les Journées Maximilien-Caron – 31 mars 2006, p. 2. Par ailleurs, l'American Arbitration Association, a établie les *Supplementary Rules for Class Arbitrations* qui précisent la marche à suivre pour un arbitrage collectif, voir à l'adresse : www.adr.org. Ces règles ont été ainsi citées par quelques décisions et notamment : *Henry Yuen et al. v. The Superior Court of Los Angeles County* 121 Cal. App. 4th 1133,25 août 2004.

⁴⁸⁹ *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, 58 O.R. (3d) 299. [2002] O.J. No. 665.

l'argument tiré de l'*unconscionability*⁴⁹⁰ ou ni de celui relié aux conséquences financières de l'arbitrage n'ont été probant pour surseoir à l'arbitrage⁴⁹¹.

Si cette solution légitime pleinement le recours à l'arbitrage au détriment de l'action collective, le propos doit cependant être nuancé. En effet, dans plusieurs décisions les tribunaux ont, au contraire, refusé de renvoyer l'affaire devant l'arbitrage parce que les dispositions statutaires propres à cette province leur accordent une liberté d'appréciation pour refuser le renvoi⁴⁹². La décision *Rosedale Motors Inc. c. Petro-Canada Inc*⁴⁹³ sert de soutien à cet argument en ce que le tribunal a considéré, visant le paragraphe 7(5) du *Arbitration Act* 1991, que lorsque le litige pris dans sa globalité soulève plusieurs demandes intimement liées mais dont une seule prévoit un recours à l'arbitrage. Il lui appartient de refuser le renvoi dans un souci de bonne administration de la justice⁴⁹⁴.

Ce pouvoir d'appréciation du juge ontarien n'existe plus. L'article 8 de La loi ontarienne de protection du consommateur est aujourd'hui rédigé comme suit :

« Le consommateur peut, en vertu de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, introduire une instance au nom des membres d'un groupe ou devenir membre d'un groupe dans

⁴⁹⁰ Sur ce point la cour juge qu'une clause compromissoire n'est pas elle-même désavantageuse pour les clients dès lors que son seul objet est de déterminer le forum compétent pour entendre l'action sans affecter la substance des droits des parties. Elle se limite à une question procédurale. Elle rejette sur le même fondement le caractère d'ordre public du *Class Proceedings Act*, 1992 : « the prohibition against class action was not, by itself; sufficient to constitute the entire arbitration clause as unconscionable on the basis that it had the effect of defeating the public policy inherent in the class proceedings Act, 1992 ».

⁴⁹¹ Ici la cour reprend les critères de la jurisprudence américaine pour faire valoir qu'en l'absence de preuves concrètes, le simple fait que le recours à l'arbitrage pourrait éventuellement engendrer des coûts prohibitifs ne suffit pas à invalider la clause compromissoire.

⁴⁹² C. MARSEILLE et E FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », *loc.cit.*, note 477, 22.

⁴⁹³ *Rosedale Motors Inc. c. Petro-Canada Inc.*, [1998] O.J. No. 5461. Nous pouvons également citer la décision *Hammer Pizza Ltd. c. Domino's Pizza of Canada Ltd* dans laquelle le juge a considéré que : « It would simply not be satisfactory to have a multiplicity of proceedings where everything is so inextricably intertwined. Therefore there will be no stay of proceedings. », [1997] A.J. No. 67 (Alberta Court of Queen's Bench).

⁴⁹⁴ C MARSEILLE et E FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », *loc.cit.*, note 477, 22.

une telle instance à l'égard d'un différend relatif à une convention de consommation malgré toute condition ou reconnaissance, énoncée dans la convention de consommation ou une convention connexe, qui aurait ou a pour effet de l'empêcher d'introduire un recours collectif ou de devenir membre d'un tel groupe⁴⁹⁵. »

Cette intervention du juge ontarien eut le mérite de clore définitivement un débat encore brûlant au Québec⁴⁹⁶. En effet dans cette province, le juge ne peut refuser le renvoi conformément à l'article 940.1 du C.p.c que lorsqu'il est en mesure de constater la nullité de la convention d'arbitrage⁴⁹⁷. Par ailleurs cette évaluation de l'opportunité du renvoi à l'arbitrage cadre mal avec l'autonomie de l'arbitrage énoncé dans l'affaire *Desputeaux c. Chouette* déjà citée⁴⁹⁸. A moins d'une interdiction expresse faite par le législateur, l'arbitre peut statuer sur toutes les questions y compris celle d'ordre public à moins d'une réserve expresse. Et c'est précisément ce que nombres de commentateurs croyaient déceler dans l'interprétation de l'article 3149 du Code civil du Québec. Ce dernier proscriit, en effet, la renonciation par un consommateur domicilié ou résident au Québec à ce que sa cause soit entendue par une autorité de cette province. D'aucuns en ont conclu qu'il s'agissait d'une réserve de compétence en faveur des tribunaux étatiques, mais l'affaire *Dominion Bridge Corp. c. Knai*⁴⁹⁹ apporte une précision. Elle précise que cet article ne doit recevoir application que lorsque le siège de l'arbitrage se situe à l'étranger. En l'occurrence, la cour a considéré que l'employé pouvait se soumettre à un arbitrage au Québec⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ L.O 2002 sur la protection du consommateur à l'adresse :

<http://www.ijcan.org/on/legis/loi/2002c.30ann.a/20060614/tout.html#BK9>

⁴⁹⁶ V. GAUTRAIS, « Après Dell, Rogers... », à l'adresse :

http://www.gautrais.com/article.php3?id_article=172

⁴⁹⁷ C MARSEILLE et E FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », *loc.cit.*, note 477, 23.

⁴⁹⁸ *Desputeaux c. Chouette*, précitée note 310.

⁴⁹⁹ *Dominion Bridge Corp. c. Knai* [1997] A.Q. n°3923.

⁵⁰⁰ *Id.* § 48.

Ce qui nous amène directement à l'affaire *Union des Consommateurs c. Dell Computer Corporation*, dans laquelle la cour a également conclu à l'opposabilité des clauses d'arbitrage comprises dans les contrats de consommation⁵⁰¹. La Cour d'appel a en effet rejeté tour à tour les arguments à l'appui de la défense.

S'agissant d'une part de l'article 3149 dès lors que le contrat a été conclu au Québec, résidence du consommateur et lieu d'établissement de la société Dell, l'arbitrage se tiendra conformément à la législation de ce for. D'autre part, en ce qui a trait aux dispositions contenues dans la *Loi sur la protection du consommateur*, le tribunal décide qu'elles ne peuvent en aucune façon faire obstacle à la convention d'arbitrage, à l'exclusion des cas dans lesquels le consommateur est en mesure de démontrer que son consentement a été vicié en raison d'une lésion⁵⁰².

Le fardeau de la preuve reste cependant très lourd pour le défendeur, et le juge lié par les dispositions de l'article 940.1 du C.p.c. devra, à défaut, renvoyer les parties devant l'arbitre⁵⁰³.

Ce qui nous permet de conclure qu'à l'heure actuelle et dans l'attente d'éventuels rebondissements provenant de l'appel de cette décision devant la Cour Suprême⁵⁰⁴, le droit québécois semble s'ouvrir au mécanisme de l'arbitrage

⁵⁰¹ V. GAUTRAIS, « *DELL Computer c. Union des consommateurs - Histoire d'un « Oops » !* », en ligne à l'adresse : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/dell2005.pdf>.

⁵⁰² En droit québécois, la lésion n'est pas reconnue comme vice du consentement lorsqu'il s'agit de majeur sauf en droit de la consommation. L'article 8 de la LPC permet en effet au demandeur de faire la preuve qu'en « qu'en raison de la présence de la clause compromissaire dans le contrat de consommation, il existe une disproportion entre les prestations respectives des parties, disproportion tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou encore que l'obligation du consommateur en est excessive, abusive ou exorbitante. Ou encore sur le fondement de l'article 1437 du C.c.Q. que « qu'en raison de la présence de la clause compromissaire dans le contrat de consommation, il existe une disproportion entre les prestations respectives des parties, disproportion tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou encore que l'obligation du consommateur en est excessive, abusive ou exorbitante ». Voir Claude MASSE, *La loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, pp. 134-178.

⁵⁰³ C. MARSEILLE et E. FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », *loc.cit.*, note 477, 51.

⁵⁰⁴ En effet le 20 janvier 2006, la Cour suprême du Canada a accordé la demande d'autorisation d'appel formulée par Dell à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec. Les audiences ont

collectif⁵⁰⁵. Cependant les auteurs formulent des réserves. Il ne s'agit pas d' « une reconnaissance jurisprudentielle de l'arbitrage collectif ». Sont mis dos à dos deux mécanismes procéduraux - recours collectif et arbitrage collectif - et ce sur un même pied d'égalité⁵⁰⁶. A tout le moins pour le moment, car l'instar du professeur Gautrais nombre de commentateurs exhorte le législateur à tranché dans le vif lors de la modification imminente de la loi⁵⁰⁷. C'est chose faite depuis le 14 décembre 2006. Les récentes modifications ont introduit une prohibition pure et simple des clauses d'arbitrage obligatoire dans les contrats de consommation⁵⁰⁸.

3- La France

Examinons brièvement maintenant le cas de la législation française. S'agissant de l'arbitrage des litiges nés d'un rapport contractuel entre un professionnel et à consommateur, il ressort en effet de la combinaison des articles 2061 du code civil⁵⁰⁹ et de l'article L132-1 du code de la consommation que les clauses compromissaires sont réputées non-écrites dans les relations entre un professionnel et un non-commerçant. Cela signifie-t-il que la clause compromissoire constitue dans tous les cas une clause abusive? Le professeur Delebecque émet des doutes en remarquant à ce propos :

« que l'on peut lire et même entendre que la nullité des clauses compromissaires n'est pas, en la matière, définitivement acquise⁵¹⁰. »

d'ailleurs eut lieu le 13 décembre 2006. Voir le commentaire du professeur V. Gautrais en ligne : http://www.gautrais.com/article.php?id_article=259.

⁵⁰⁵ Donald BISSON, « En quête de l'arbitrage collectif : la jurisprudence québécoise aurait-elle donné naissance à une nouvelle procédure hybride? », dans les Journées Maximilien Caron 31 mars 2006.

⁵⁰⁶ *Id.*

⁵⁰⁷ V. GAUTRAIS, « Après Dell, Rogers... », *loc.cit.*, note 495.

⁵⁰⁸ Voir pour plus de détails :

<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPOF/Decembre2006/14/c7530.html>.

⁵⁰⁹ La nouvelle rédaction de l'article 2061 du code civil est issue de la loi sur les nouvelles régulations économiques dite NRE. Elle modifie le droit positif de l'arbitrage car jusqu'à cette date la clause compromissoire était nulle en droit interne, sauf s'il en était disposé autrement par la loi : tel était le cas de la clause stipulée dans les contrats conclus entre commerçants qui était réputée valable (ancien article 631 du Code de commerce). Voir P. FOUCHARD, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », 1 (1995) *Rev. Arb.*, pp. 147-149.

⁵¹⁰ Philippe DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », *loc.cit.*, note 463, 47.

En droit français, la validité d'une clause compromissoire faisait l'objet, depuis 1994⁵¹¹ et l'arrêt Jaguar d'une appréciation différente selon que la clause se rattache ou non au contexte international. Autant sa prohibition semble ferme lorsqu'elle intervient dans l'ordre interne, autant son autorité, et son autonomie⁵¹² à un autre degré, ont été affirmées dans les contrats internationaux⁵¹³.

La question que soulève la réforme est donc la suivante : cette distinction est-elle toujours d'actualité? Quelle est l'influence de cette réforme sur ces solutions consacrées.

Pour ce qui à trait au droit interne, les auteurs sont d'avis, par le biais d'un raisonnement a contrario, que :

« Il [le nouvel article 2061 du code civil] déclare que la compromissoire est, en principe, valable. Mais cette validité est subordonnée à des conditions bien déterminées⁵¹⁴. »

Conditions au rang desquelles figurent « l'activité professionnelle » des contractants. Or le terme de « professionnel », est antinomique par rapport à celui de « consommateur ». Au sens strict du terme, le consommateur, par opposition au professionnel, agit à des fins étrangères à son activité professionnelle, pour la satisfaction de besoins personnels ou familiaux. Le critère essentiel permettant de qualifier un acte de consommation est donc le but non professionnel de

⁵¹¹ CA Paris, 7 déc. 1994, Rev. Arb.1996.245 note C. JARROSSON

⁵¹² Civ. 1^{er} juillet 1972 J.D.I 1972.843.note B. OPPETIT. La Cour de Cassation a aussi affirmé « le principe de validité de la clause compromissoire sans condition de validité », dans l'arrêt du 5 janv. 1999, Rev. Arb.1999.260. note Fouchard.

⁵¹³ Dans une décision du 21 mai 1997, JDI.1998.969 note Gaillard. Et plus récemment il faut citer la décision de la cour de cassation du 30 mars 2004 dans laquelle celle-ci a jugé qu' « en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire, contenue dans une convention d'ouverture de compte ayant eu pour effet un transfert de fonds entre la France et les Etats-Unis, doit recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige », Cass. Civ. 30 mars 2004. D. Cah droit des affaires 2004.n°34.2458 - note de N. IBRAHIM.

⁵¹⁴ P. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », loc.cit., note 463, 47.

l'opération. La déduction est donc aisée : la clause compromissoire sera nulle lorsqu'elle est insérée dans un contrat de consommation⁵¹⁵.

Certes, il est possible de prendre le contre-pied de cette analyse en soutenant, que ce souci de justice contractuelle ne peut être mis en œuvre qu'en cas d'abus réel. Autrement dit, la clause compromissoire ne serait prohibée que dans l'hypothèse où elle serait réellement abusive, sans que cette interdiction ne soit de principe⁵¹⁶. Peu concluante, cette critique n'a pas rallié, loin s'en faut, tous les suffrages⁵¹⁷.

Cette circonscription de l'arbitrage s'acceptera sans grande difficulté dans le droit commun interne. Dans un contexte international, en revanche, la question se pose de savoir si cette solution mérite d'être étendue⁵¹⁸?

Répondre par l'affirmative amoindri considérablement le « domaine international » de la clause compromissoire, tout en soulevant par ricochet la question de l'arbitrabilité des litiges du commerce électronique visant principalement les consommateurs.

De plus, ni le texte, ni les travaux préparatoires de la loi ne font référence à l'arbitrage international. Le parti pris sera alors d'en déduire simplement que les solutions jurisprudentielles sur l'arbitrage international antérieures à la loi NRE subsistent telles quelles, et cantonner par conséquent le critère de l'article 2061 au droit interne.

Ce serait cependant oublier que :

⁵¹⁵ Id., Voir également C. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », J.C.P. E.2001.371.n°13.

⁵¹⁶ Voir Louis DEGOS, Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire, (2001) RDAL, 653-660.

⁵¹⁷ P. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », loc.cit., note 463, 47.

⁵¹⁸ Susan Schiavetta évoque par les difficultés que cela ne manque pas de soulever lorsque les consommateurs européens contractent avec des entreprises américaines qui peuvent elles recourir en toute légalité à de telles clauses, dans « Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU? », loc.cit., note 467, pp. 7-14.

« les raisons qui justifient la protection du consommateur dans l'ordre interne se retrouvent dans l'ordre international⁵¹⁹. »

C'est d'ailleurs la position qu'a fermement exposée le ministre de la Justice français dans sa réponse du 31 janvier 2002 :

« sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, la limite découlant de l'article 2061 semble devoir être étendue aux contrats internationaux conclus par des consommateurs domiciliés en France avec des professionnels établis à l'étranger, dans la mesure où la stipulation d'une clause compromissoire dans ce type de contrat expose le consommateur à des risques équivalents, sinon supérieurs, à ceux résultant de l'insertion d'une telle clause dans l'ordre interne⁵²⁰. »

D'aucuns en ont conclu que ses propos traduisent l'instauration d'une loi de police dont le caractère impératif doit être garanti aussi bien par le juge que par l'arbitre⁵²¹.

L'auteur Thomas Schultz nous invite cependant à la tempérance. Il constate en effet que trois conditions doivent être préalablement réunies pour l'application d'une loi de police. D'abord une « connexion étroite doit exister entre la situation et la norme impérative, ensuite « la norme doit avoir pour but de s'appliquer à ce type de situation » et enfin « l'application de la norme doit conduire à un résultat approprié et raisonnable ». Or cette dernière condition semble faire défaut, à tout le moins dans les procédures d'arbitrage en ligne, dans

⁵¹⁹ P. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », *loc.cit.*, note 463, 51.

⁵²⁰ Ministre Souvet n°35415 JO Sénat Q 31 janvier 2002, p. 314, également dans le D.2002. Actu. Leg.626.

⁵²¹ P. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », *loc.cit.*, note 463, 51; La cour de cassation a eu a statué sur la question par une décision du 30 mars 2004 qui s'inscrit dans la continuité de l'arrêt Jaguar en reprenant le même considérant: « en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devrait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre sous le contrôle du juge de l'annulation pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du juge ». Il appartient à l'arbitre de statuer en vertu du principe de compétence-compétence sur la validité de la clause compromissoire, le juge ne retrouvera donc le contrôle de l'arbitrabilité qu'une fois la sentence rendue, dans Eric LOQUIN, note sous Civ., 30 mars 2004, *Rev. trim. dr. com.* 2004.447.

la mesure où la charge pécuniaire pour le consommateur s'avère moins élevée qu'une procédure judiciaire⁵²².

Pour étayer son analyse, l'auteur s'appuie sur une décision de la Cour européenne de Justice qui dans l'affaire *Océano*⁵²³ a condamné toute :

« clause compromissoire ou d'élection de for qui ont pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'une action en justice ou des voies de recours pour le consommateur tout en créant au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat. »

L'accessibilité économique des procédures en ligne restaure un « équilibre minimal » entre les parties, les mettant ainsi à l'abri d'une invalidité.

Cet argumentaire rejoint les solutions, citées plus avant, par les tribunaux américains qui font du critère économique un élément nécessaire bien que non suffisant pour la reconnaissance de l'effectivité d'une clause compromissoire.

Finalement, d'un côté de l'océan à l'autre, le droit consumériste perd peu à peu du terrain. Un domaine semble néanmoins relativement préservé: il s'agit de la question du consentement que nous traiterons dans le deuxième paragraphe.

II – Le consentement à l'arbitrage

Le consentement, qui exprime le souhait d'être lié par un lien contractuel, tient une place déterminante dans la voie qui mène à la formation du contrat⁵²⁴. Cependant, et malgré son rôle central, le législateur n'a précisé ni la notion même, ni les formes dans lesquelles celui-ci doit s'exprimer.

⁵²² T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des différends en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 408-414.

⁵²³ *Océano Grupo Editorial SA et Salvat Editores SA c. Rocio Murciano Quintero*, 27 juin 2000, citée par T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des différends en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 412-414.

⁵²⁴ En témoigne l'article 1385 du code civil québécois : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter ».

L'échange des consentements correspond à une rencontre des volontés donnant naissance au contrat⁵²⁵. Cela étant, la volonté ne se concrétise que par sa manifestation. Ce qui importe est donc son extériorisation. Elle sera aisément perceptible lorsque les parties sont, l'une et l'autre, présentes physiquement. Elles peuvent alors exprimer leur volonté par une parole, un geste ou pour plus de formalisme, un écrit.

Quand bien même le contrat serait conclu entre absents, la doctrine a su apporter des solutions quant à la détermination du moment de la conclusion. A priori donc, pas de difficulté non plus pour un accord de volonté recueilli via le réseau⁵²⁶.

Après tout :

« les réseaux électroniques semblent bien avoir été conçus pour cela. L'offre et l'acceptation ne sont-elles pas des informations ? Les réseaux électroniques ne sont-ils pas fait pour échanger des informations ? Mais [les] critères de la définition du commerce électronique semblent inquiéter les acteurs. En effet, par les phénomènes de « dématérialisation des supports » et de « l'internationalisation inhérente », les acteurs seront non seulement invisibles les uns pour les autres, remettant en cause l'existence même de leur consentement⁵²⁷. »

Dés lors que tout s'effectue par le biais du réseau, ce sera également par une impulsion électronique, un « clic » qui se manifestera l'acceptation à un contrat. Côté jardin avec « un ordinateur en guise de cabas », l'internaute est séduit par la simplicité et la rapidité avec lesquelles il peut opérer un choix de produit. Côté cour cependant, ce confort dissimule des clauses contractuelles qui ne sont accessibles qu'au travers un dédale de liens hypertexte souvent illisibles et, quand bien même elles le seraient, aucune négociation n'est envisageable. Sur

⁵²⁵ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, op.cit., note 550, pp. 96-97.

⁵²⁶ Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », loc.cit., note 461.

⁵²⁷ Id.

Internet, il y a en effet pléthore de contrats d'adhésion conduisant à ce que Mr Thoumyre appelle un « consentement réflexe⁵²⁸ ».

Cette dépersonnalisation de l'acte de volonté a soulevé, bien entendu, la question de la valeur juridique du simple « clic ». « Cliquer est-ce contracter⁵²⁹ ? ».

Le principe d'autonomie de la volonté, qui gouverne notre droit des contrats, invite à répondre par l'affirmative. D'ailleurs, de simples gestes ont été jugés par les tribunaux comme des manifestations non équivoques de la volonté de l'acceptant. Héler un taxi ou hocher la tête lors d'une vente aux enchères en sont les exemples les plus symboliques⁵³⁰.

Partant :

« Il y aurait peu de difficultés à assimiler le cliquage sur un bouton d'acceptation comme une « intention de communiquer » de la part de l'internaute, sachant que l'Internet a été prévu à cet effet⁵³¹. »

Mais encore faudrait-il que le cyberconsommateur ait eu pleinement conscience de son engagement.

C'est cette réserve qu'exprime Mr Gautrais :

« l'acceptation d'un « clic » et encore plus, le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site Internet, ne répondent pas forcément aux critères requis pour emporter qualification d'une manifestation de volonté. Certes, il serait contestable d'interdire une telle façon de faire pour contracter; il en serait tout autant de l'accepter sans réfléchir aux spécificités du médium⁵³². »

⁵²⁸ Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », *loc.cit.*, note 461.

⁵²⁹ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 Cahiers de la propriété intellectuelle 61-130, également en ligne : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/textes/consentement2003CPI.pdf>.

⁵³⁰ *Id.*, p. 15.

⁵³¹ L. THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », *loc.cit.*, note 461.

⁵³² V GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 15.

A l'examen de la jurisprudence américaine⁵³³ et canadienne⁵³⁴ sur cette question, le professeur Gautrais souligne qu'il n'y a aucune règle générale mais recense plusieurs critères qui s'articulent autour de la notion de mise en connaissance. Ces critères se subdivisent en deux catégories. La première subjective renvoie à l'investissement et à la diligence fournis par le commerçant pour porter à la connaissance de l'internaute les clauses contractuelles. La subjectivité s'apprécie dans ce cadre par rapport à :

« l'importance de la clause contractuelle en cause, de la facilité à la faire connaître au mieux à l'adhérent, de la qualité de l'adhérent ou encore de la connaissance effective de ce dernier⁵³⁵. »

La seconde catégorie, complète la généralité des premiers critères, et détermine objectivement : « la capacité de vérifier les éléments essentiels du contrat avant de contracter⁵³⁶ », « la clarté des clauses et du processus contractuel⁵³⁷ »,

⁵³³ L'auteur vise en premier lieu la décision ProCD v. Zeidenberg 1996 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996) disponible à <http://www.complaw.com/lawlibrary/procd>, qui s'intéresse au « shrinkwrap » qui fait référence au procédé contractuel en vertu duquel « un adhérent est censé accepter un certain nombre de clauses contractuelles en déchirant une pellicule de cellophane qui entoure généralement un logiciel ou un disque ». Dans cette décision, les juges ont affirmé la validité d'une telle clause et ce faisant considèrent comme valide une telle forme de consentement. Il cite également la décision Specht v. Netscape (S.D.N.Y. 2001) 150 F. Supp. 2d 585, également disponible à l'adresse :

<http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/pdf/D02NYSC/01-07482>, dans laquelle le juge « se basant sur l'affaire Pollstar (Pollstar v. Gigmania), (E.D. Cal. Oct. 17, 2000) No. CIV-F-00-5671, 2000 WL 33266437), considère que le défendeur n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire pour offrir une mise à la connaissance suffisante aux plaignants ». V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 15-21.

⁵³⁴ Au Canada, l'auteur fait référence à la décision rendue par la cour supérieure de l'Ontario Rudder c. Microsoft 1998, disponible à l'adresse :

<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/textes/rudder>. Cette décision a trait au « clickwrap » et a considéré comme valide ce mode d'acceptation : cliquer peut signifier accepter. La cour a considéré qu'en matière de browswrap une clause ayant subi des modifications après l'acceptation et simplement affichée sur le site Internet en question était également valable parce que porter à la connaissance des intéressés, Kavitz c. Rogers Cable (2002) 58 O. R. 3rd 299, également disponible à : http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf. V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 15-21

⁵³⁵ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 24.

⁵³⁶ Pour l'auteur « l'adhérent ou le consommateur doit être en mesure d'accéder aux clauses contractuelles avant la conclusion proprement dite du contrat électronique. Sans ce préalable, il ne doit pas pouvoir avoir accès aux biens, services ou licences qu'il entend acquérir. De plus, les clauses contractuelles doivent être facilement lisibles, à savoir, notamment, que l'usage des liens hypertextes doit être calculé et, par exemple, que l'impression doit pouvoir être facilitée. Enfin,

« l'aménagement de l'espace visuel de l'acceptation de l'adhérent », un processus d'acceptation sans équivoque⁵³⁸, un droit de rétraction ou du moins de correction⁵³⁹, un mécanisme de conservation du contrat⁵⁴⁰.

Comment ces solutions doivent-elles être appliquées aux clauses d'arbitrage contenues dans les contrats électroniques ? Il s'agit en effet de déterminer si les parties ont accepté sans équivoque de soumettre leur différend à l'arbitrage.

Si cliquer sur une icône manifeste un engagement contractuel, il n'est pas certain que l'internaute ait, à cet instant, effectivement connaissance d'une clause d'arbitrage noyée dans le processus contractuel. Et le doute est d'autant plus important lorsque la clause est incorporée par référence au contrat électronique. La clause externe désigne en effet l'hypothèse où l'incorporation de la clause d'arbitrage s'effectue par un renvoi opéré par le contrat principal à un document annexe⁵⁴¹.

l'accès au contrat devrait pouvoir être également disponible une fois le contrat conclu ». V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 25-26.

⁵³⁷ L'intérêt porte « sur la présentation générale des clauses contractuelles qui doit être de bonne qualité, adaptée au support, et conforme aux exigences formelles comme celles d'écrit ou de signature ». V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 26.

⁵³⁸ On entend ici que : « le consentement doit être explicite. Pour y parvenir, plusieurs propositions peuvent être préconisées. D'abord, il peut être utile que l'acceptation soit mise en perspective à côté d'une alternative de refus. Ainsi, le bouton « j'accepte » doit être positionné à côté d'un autre inscrit « je refuse ». Dans ce dernier cas, le bien ou le service sera refusé au cocontractant. Ensuite, l'icône de dialogue doit être claire et sans ambiguïté. Ensuite, il importe que le procédé utilisé pour manifester le consentement de celui qui s'engage soit sans équivoque et ne corresponde pas à un comportement utilisé dans le cours normal de l'utilisation du site ». V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 26.

⁵³⁹ Est visé ici un droit de correction qui « peut prendre différentes formes. Ainsi, elle peut se matérialiser dans les lois qui permettent en certaines circonstances un droit de repentir ne demandant aucune justification, dans certaines jurisprudences qui considèrent qu'un consentement est effectif dès lors que le consommateur n'a pas effectué le droit de repentir qui lui était conventionnellement octroyé ou dans la doctrine qui prône un droit de correction, généralement d'une journée ou deux, plus connu sous l'appellation de « cooling-off period ». V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 27.

⁵⁴⁰ L'auteur souligne l'importance de conserver une trace du contrat. Cette responsabilité pourrait assumer ou bien par le contractant lui-même qui va imprimer le contrat ou bien le professionnel. V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc.cit.*, note 529, 27.

⁵⁴¹ Eric CAPRIOLI, définit la clause d'arbitrage par référence en ces termes : « c'est une disposition particulière d'un contrat (ou insérée dans le corps du contrat), par laquelle les contractants se réfèrent à un document extérieur (à consulter) et entendent conférer ce dernier des effets juridiques identiques à ceux du contrat signé », dans *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, *loc.cit.*, note 379, p. 119. O. CACHARD

En règle générale, la clause externe ne sera valide que si elle a été expressément portée à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat. Un lien hypertexte vers le document incorporé par référence ne satisfait pas, de prime abord, à cette condition. De fait, lorsque celui-ci se manifeste par les techniques du « *clickwrap* » ou « *browswrap* », il est légitime de s'interroger sur la connaissance réelle du consommateur de la renonciation aux tribunaux étatiques qu'il a ainsi opéré.

Même au niveau de l'arbitrage international, sous-entendu entre commerçants, la clause externe n'a pas dès le départ reçu un accueil favorable. En France, jusqu'en 1990⁵⁴², les clauses étaient considérées comme contraires aux exigences de la Convention de New York en matière d'écrit. Leur validité⁵⁴³ n'a été finalement reconnue que lorsque la démonstration de la connaissance par les parties de l'incorporation dans le contrat principal d'une clause fut faite⁵⁴⁴. Au

explique cette incorporation par référence répond aux exigences techniques de brièveté des messages de données. Tantôt cette brièveté est imposée par des considérations de coût de transmission et par la syntaxe particulière des messages : il s'agit alors de la segmentation des messages dans les échanges de données informatisées entre professionnels. Tantôt cette brièveté répond à l'exigence d'une présentation logique et « conviviale » d'un site web à destination du consommateur. Les informations ne doivent pas être présentées de manière linéaire, mais doivent au contraire être organisées selon une arborescence. Très souvent, les conditions générales, et notamment la clause compromissoire, figurent sur une page Web distincte de celle affichée lors de la commande en ligne, dans *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 346.

⁵⁴² C. KESSEDJIAN: « Les articles 1493 et 1494 DU NCPC énoncent d'ailleurs clairement la validité de la clause compromissoire par référence en matière internationale : « la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale », dans note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1989 *Rev. Arb.* 1990, 134.

⁵⁴³ J-F. POUDRET et S. BESSON, considèrent à ce sujet : qu'elle soit expressément réglementée ou non, la clause arbitrale par référence est compatible avec toutes les formes ici étudiées, même avec l'art. II de la Convention de New York qui a suscité le plus de réticences. Lorsqu'elle est globale ou implicite, une première difficulté consiste à déterminer si le destinataire en a eu connaissance [...] La deuxième question est celle de l'acceptation [...] Dans la plupart des droits, qui imposent la forme ou la preuve par écrit, cette acceptation devra résulter d'un document et ne pourra être tacite, dans *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, pp. 175-189. Par ailleurs la loi type de la CNUDCI admet expressément le procédé du renvoi à un autre document: « La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous une forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ».

⁵⁴⁴ C. KESSEDJIAN, note sous Cass. Civ. 1^{ère} 26 juin 1990, *Rev. Arb.* 1991, 231. De même dans l'arrêt du 20 décembre 2000 Prodexport la Cour de Cassation a considéré que : « Attendu qu'en

Canada, la Cour suprême a admis, en 1987, la validité de ce type clause entre commerçants⁵⁴⁵.

En revanche pour les consommateurs, la validité d'une telle clause compromissoire est douteuse dès lors que des règles entourent l'accessibilité de l'information préalablement à l'acceptation. C'est l'exemple des dispositions de la L.p.c et C.c.Q⁵⁴⁶, qui prévoient une description claire et exhaustive du processus arbitral au sein du contrat. Dans le même sens, le Code français de la consommation⁵⁴⁷ prescrit une présentation « claire et compréhensible » des clauses.

La connaissance réelle de la clause compromissoire implique nécessairement une divulgation complète. Il ne peut s'agir d'un simple renvoi à un règlement arbitral. Comme ce fut le cas par exemple dans l'affaire Dell. Dans cette cause, la lecture de la clause compromissoire était totalement laissée à l'initiative du consommateur. Rédigée en de plus petit caractère que le contrat lui-même, elle pouvait facilement passer inaperçue, sachant que l'examen des conditions générales de vente n'était pas un passage obligé avant la conclusion du contrat de vente. Et même dans l'hypothèse où le lecteur aurait finalement pu y accéder, les informations étaient somme toute incomplètes, le déroulement de la procédure arbitrale n'étant consultable qu'à partir du site de la NAF.

Cette divulgation parcellaire de l'information a justifié la sanction de la clause sous le visa de l'article 1435 du Code civil ainsi rédigé :

« 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

matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fut-ce par son silence, accepté cette référence ».

⁵⁴⁵ *Argos Film c. Ciné 360 Inc.*, [1987] R.J.Q. 2123 (C.S.C)

⁵⁴⁶ Art. 1435 du C.c.Q.

⁵⁴⁷ Art. L 133-1 Code de la consommation français.

l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. »

Les conventions d'arbitrage ne seront opposables aux consommateurs que lorsque la preuve aura été faite qu'elles reposent sur un consentement valable.

« La leçon à tirer ici n'est pas qu'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation (qu'il soit sur format papier ou sur un site Internet) est invalide. La leçon est qu'une telle clause doit être incluse clairement dans le corps même du contrat ou, à tout le moins, que les processus du site Internet imposent sa consultation avant que le consommateur ne puisse procéder à l'achat du produit⁵⁴⁸. »

Ces développements soulèvent en tout état de cause une interrogation : celui de l'existence du droit de la cyberconsommation et partant, celui de cyberconsommateurs. Le professeur Vincent Gautrais remet en cause la pertinence de ce droit face à « l'incapacité juridique à réguler efficacement le nouvel espace de consommation que propose Internet⁵⁴⁹ » (Section II).

Section II: La pertinence de la notion de consommateur dans le cyberspace

La doctrine consumériste⁵⁵⁰ a toujours fait état du déséquilibre inhérent aux relations entre professionnels et consommateurs. Elle repose ainsi sur :

⁵⁴⁸ C. MARSEILLE et E. FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », *loc.cit.*, note 477, 42.

⁵⁴⁹ V. GAUTRAIS, « L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois », dans *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 263.

⁵⁵⁰ Les origines et les fondements théoriques du consumérisme remontent à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle. Charles Gide notait dans son *Cours d'économie politique* (1925) : « ce pouvoir du consommateur est resté absolument théorique jusqu'à ces derniers temps, faute d'organisation ». Toutefois le consumérisme s'est réellement développé aux États-Unis, dans les années soixante, parce qu'il existait de nombreux facteurs structurels favorables : l'accroissement des revenus des ménages et du degré d'éducation, la croissance économique, la complexité croissante de la technologie des biens vendus, la multiplication des relations commerciales, la sophistication des techniques marketing, le retard constant de la réglementation,

« la constatation très simple que les consommateurs, pris individuellement, n'ont ni la force économique ni les connaissances leur permettant de négocier sur le plan contractuel d'égal à égal avec les fournisseurs de biens et de services, surtout dans les secteurs des biens et des services essentiels⁵⁵¹. »

C'est une faiblesse juridique que l'on reconnaît à une catégorie d'acteurs économiques sans qu'il n'y ait de réelle définition de ce qu'est un consommateur⁵⁵². En effet l'activité de consommation n'est pas en soi spécifique; tous les hommes sont des consommateurs et les biens « de consommation » ne sont pas limités aux choses consommables, détruites par le premier usage.

Un faisceau de critères⁵⁵³, subjectifs et objectifs, a été mis en place pour définir un consommateur. Il s'agira principalement de celui, sans être commerçant ou professionnel, qui se procure des biens à des fins personnelles.

Cette distinction déjà peu évidente dans le monde « réel » doit elle perdurer dans le cyberspace ? Doit-on considérer le cyberconsommateur comme l'homologue analogique du consommateur traditionnel, notion éminemment liée à un ordre public par essence nationale.

etc. En France, à ces mêmes causes, il faut ajouter le rôle des pouvoirs publics qui, dès 1945, firent en sorte que les consommateurs français puissent jouer un rôle de partenaire économique actif. Les pouvoirs publics furent à l'origine de la création du Comité National de la Consommation, en 1960, de l'Institut National de la Consommation, en 1966, puis de la construction d'un véritable droit de la consommation, à partir de 1980, qui fut consacré par le Code de la Consommation de 1993. Au Québec, la première mesure consumériste introduite dans le code civil date de 1947 : *Loi concernant les ventes à tempérament*, S.Q. 1947, c. 73, aujourd'hui la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 règne sur la matière.

⁵⁵¹ Claude MASSE, « Pour une nouvelle LPC », *Journal du Barreau*, 15 juin 2001 à la p. 12.

⁵⁵² J. CALAIS- AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, op.cit., note 451, et Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000.

⁵⁵³ Les critères s'inscrivent dans une opposition classique entre le commerçant et le consommateur. Le premier est un entrepreneur qui exerce une activité à but lucratif et à titre habituel, alors que le second est « une personne physique, [un] consommateur, [qui] acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite », Art. 1384 C.c.Q.

La notion de consommateur subit au même titre que nombre de distinctions juridiques classiques les aléas d'un monde virtuel qui ne se contente pas d'être seulement un miroir réfléchissant du monde réel ⁵⁵⁴(I).

A trop vouloir l'enraciner dans un territoire sans prêter attention à ses déplacements⁵⁵⁵ virtuels, le risque est d'oublier que des mécanismes bien plus simples dits d'autoexécution peuvent également constituer une autre voie pour assurer la protection du contractant insatisfait (II).

I. Le cyberconsommateur existe-t-il ?

Nombreux sont les auteurs pour qui le droit consumériste présuppose d'un état de faiblesse du consommateur parce qu'il contracte en dehors de sa sphère professionnelle. Inexpérimenté et vulnérable face un interlocuteur commerçant rodé aux us et coutumes de l'activité, « le consommateur [n'est en réalité] faible que parce que son contractant est puissant⁵⁵⁶ ». En conséquence, cette :

« qualité de consommateur n'existe pas en elle-même. Partie à un contrat, le consommateur est celui dont le cocontractant est un professionnel⁵⁵⁷. »

L'efficacité de cette solution est néanmoins subordonnée au maintien dans une sphère géographique du contrat lui-même et de ses protagonistes. Les modalités de la protection que le droit national entend assurer à son consommateur restent

⁵⁵⁴ Yves POULLET souligne ainsi que : « les distinctions juridiques classiques au monde du commerce réel s'évanouissent là où la distinction entre prestataires et destinataires n'a plus cours, l'internaute pouvant devenir fournisseur; la distinction entre destinataires professionnels et destinataires consommateurs perd elle-même sa pertinence, si on considère que les services s'adressent sans distinction aux uns ou aux autres », dans « De la "Maison Multimédia" au droit du village global – quelques réflexions d'humeur », en ligne : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf>.

⁵⁵⁵ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face aux ventes cyberspatiales*, *op.cit.*, note 92, p. 429.

⁵⁵⁶ Marie-Stéphanie PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001, p. 131.

⁵⁵⁷ *Id.*, pp. 64-65.

dans les limites de ce for et ne sont pas reproductibles au niveau d'Internet. Cela s'explique par des considérations juridiques (1) mais aussi sociologiques (2).

1- le caractère national du droit consommériste

Où que nous nous trouvions et quelle que soit l'approche que nous adoptions, le droit consommériste s'inscrit dans des perspectives purement nationales. En effet, que l'on pense à la *Loi sur la protection du consommateur* ou encore au Code de la consommation en droit français, les mécanismes qui entendent certifier des garanties aux consommateurs ne sont efficaces que lorsque le rapport entre l'État – producteur de ces normes - et l'accord contractuel est localisé dans le territoire du premier. Aussi le professeur Vincent Gautrais table sur le fait que :

« le caractère intrinsèquement international d'Internet s'accorde en effet mal avec un domaine du droit principalement national et s'exportant difficilement du fait de sa haute teneur en ordre public⁵⁵⁸. »

Ces lois répondent en effet à la définition de règles d'ordre public. Mais l'ordre public ne se confond pas avec les lois de police, qui sont *in fine*, et ce en raison de leur statut dans le raisonnement conflictuel, les seules règles à recevoir une priorité d'application⁵⁵⁹.

En effet, Batiffol et Lagarde remarquent que la loi de police exclut « *ab initio* » la désignation de la loi étrangère dès que « le juge constate que les intérêts sociaux en causes sont si importants que la *lex fori* doit s'appliquer selon ses propres dispositions⁵⁶⁰ ». En revanche lorsqu'il s'agit d'une règle d'ordre public, la méthode conflictuelle aboutira à sa finalité, qui est la désignation d'une loi

⁵⁵⁸ V. GAUTRAIS et Pierre-Emmanuel MOYSE, « Droit des auteurs et droits de la consommation dans le Cyberespace : relation auteur/utilisateur », (1996) 9 *C.P.I.*, p. 35, également à l'adresse : <http://www.robic.com/cpi/Cahiers/09-1/01Gautrais.htm>.

⁵⁵⁹ Yves LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 307-308.

⁵⁶⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.1, n°254.

nationale et celle-ci pourra être étrangère sauf à recourir à l'exception de l'ordre public international. Tout en sachant que ses contours n'épousent pas non plus ceux de l'ordre public interne⁵⁶¹.

Il en ressort que la protection du consommateur n'est pas acquise au niveau transnational, à moins par exemple pour un consommateur québécois de :

« contract[er] au lieu de sa résidence avec un commerçant étranger qui lui a présenté l'offre en ce lieu et où les parties n'ont pas effectué de choix de loi. Dès qu'il sort de chez lui, la protection tombe : « [l]e simple fait pour le consommateur résidant au Québec de conclure un contrat de consommation à l'étranger n'assure pas l'application des règles protectrices de la législation québécoise⁵⁶². »

Un consommateur européen semble peut être mieux loti en vertu des dispositions contenues dans la directive européenne sur les clauses abusives. Cette dernière érige en lois de police les règles de protection qu'elle entend voir mettre en œuvre par les États. Cela s'est traduit, après transposition par la France, dans le cadre de l'article L-135 du Code de la consommation préconisant :

« leur application à tous les consommateurs résidant sur le territoire, nonobstant la soumission du contrat, par la volonté des parties, à une loi étrangère moins protectrice : le but de protection des règles ne doit pas pouvoir être tenu en échec par la seule volonté des cocontractants⁵⁶³. »

Certes, la position de ce consommateur peut sembler plus enviable, mais il n'en reste pas moins que sa protection est encore intimement liée à l'existence d'« un lien étroit » le contrat et l'État membre. La question du rattachement à un territoire étatique est récurrente. En Europe, comme ailleurs, cela signifie,

⁵⁶¹ Yves LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé*, *op.cit.*, note 556, pp. 304-305.

⁵⁶² S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face aux contrats de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, pp. 409-410.

⁵⁶³ *Id.*

recourir nécessairement aux règles générales de droit international privé des États concernés⁵⁶⁴.

Une grande proportion de ces dites règles prévoit les différentes conditions à remplir pour faire jouer les règles protectrices y compris dans le cas où une élection de droit serait convenue par les parties. Il s'agira par exemple de l'article 3117 du code civil du Québec ou encore de l'article 5§2 de la Convention de Rome, qui requièrent que le consommateur reçoive une invitation à contracter à domicile. Or la détermination de la destination faite dans le cyberspace n'est pas aisée. Elle peut être faite à tout le monde et à personne en particulier⁵⁶⁵. Le doute est d'autant plus présent que ce sera dans la majeure partie des cas, le consommateur qui par une démarche active prendra soit l'initiative de rechercher un produit soit celle de poursuivre, suite à une information reçue, le processus d'achat⁵⁶⁶.

Au-delà de ces questions de localisation, l'écueil réside surtout dans le fait qu'à ce stade la voie judiciaire est engagée, à lors que, comme nous l'avons déjà souligné, celle-ci reste de manière générale peu probable, compte tenu de la faiblesse des intérêts en jeu et de la complexité des procédures à mettre en œuvre.

Aussi les propos du professeur Vincent Gautrais sont tout à fait adaptés lorsqu'il dit que :

« [L]a protection du consommateur bardée de tous ces textes qui pourraient être efficaces dans un cadre national, risque de

⁵⁶⁴ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face aux contrats de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, pp. 409-410

⁵⁶⁵ Sylvette GUILLEMARD fait valoir que les critères tels que la langue, la devise de paiements n'apportent pas d'éclaircissements, *Le droit international privé face aux contrats de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, pp. 421-423.

⁵⁶⁶ *Id.*, pp. 423-425.

devenir un simple vœux pieux dès lors qu'un élément d'extranéité s'immiscera dans la relation contractuelle⁵⁶⁷. »

2- Remise en cause de la notion de cyberconsommateur dans le cyberspace

Le consommateur est généralement défini par la négative, par ce qu'il n'a pas : de compétence technique, d'aptitude à la négociation contractuelle, le tout le plaçant en situation de faiblesse⁵⁶⁸. Handicaps qui nécessitent un rééquilibrage de sa relation avec le professionnel. Si tant est que celui-ci existe réellement, en est-il de même avec son homologue du cyberspace?

Le cyberconsommateur est, comme le consommateur traditionnel, une personne qui acquiert des biens de consommation ou qui a recours à des prestations de service, le tout pour son usage personnel ou celui de sa famille. Mais il a ceci de particulier que cette faiblesse qui le caractériserait dans le monde réel ne se retrouve pas forcément sur le réseau ; le consommateur ne se contente pas d'être le spectateur de l'élaboration de règles qui lui seraient destinées. De par ses qualités d'interactivité, d'ubiquité, de réactivité, d'économie, d'instantanéité, Internet permet au consommateur de participer à ce que l'on pourrait qualifier de nouvelles formes d'actions consuméristes telles que la rumeur électronique, des actions plus spontanées, plus individuelles, plus pernicieuses et moins contrôlables par les entreprises. Il dispose d'une densité d'informations de tous ordres à portée de clic. Qui plus est, il accède à ces sources par le médium qui lui permet *in fine* de contracter.

⁵⁶⁷ V. GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, op.cit., note 78, pp. 277-278.

⁵⁶⁸ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face aux contrats de vente cyberspatial*, op.cit., note 92, pp. 423-425.

Le centre de gravité du consumérisme est déplacé en faveur de son principal protagoniste⁵⁶⁹. Ainsi Jacques Lendrevie constatait en 1999 que :

« L'ère du consumérisme électronique est ouverte alors qu'on n'en connaît pas encore le mode d'emploi, pour autant qu'il puisse exister⁵⁷⁰. »

Et le même auteur ajoute que :

« pour la première fois, on installe gratuitement dans le marché, un formidable amplificateur du bouche à oreille. Malheureusement, pour les annonceurs, cette forme de communication leur a toujours échappé et cela restera vrai avec Internet mais avec des conséquences autrement redoutables. Les marques vont apprendre rapidement la puissance de la rumeur électronique⁵⁷¹. »

Internet contribue incontestablement à réduire le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs qui traditionnellement, et comme l'écrivent Jean Calais-Auloy et Franck Steinmetz, réside essentiellement dans la disparité de leur information⁵⁷².

Cette cyberinformation consumériste prend différentes formes dont les plus connues sont les messages laissés par des consommateurs dans les forums ou les listes de diffusion, les dossiers d'information (publiés par le site lui-même ou

⁵⁶⁹ L'espace revendicatif du cyberspace est aujourd'hui occupée par des mouvements informels plus ou moins spécialisés, mais aussi des sites personnels, ont vu le jour, les uns avec pour objectif, non pas de lutter contre Internet, mais d'en favoriser le bon fonctionnement, les autres avec une volonté de combattre les utilisations commerciales d'Internet, voire, plus idéologiquement, la société de consommation. Les moyens qu'ils utilisent ne sont pas tous nouveaux. Parmi les actions organisées par ces nouveaux consommateurs, certaines sont bien connues telles que le boycottage des achats et/ou des paiements, l'information des internautes, la contre-publicité, l'aide juridique aux personnes lésées, l'appel à témoins, la médiation et la lutte par des procédures juridiques. D'autres sont nouvelles telles que les cybermanifestations, les pétitions en ligne, les cybersondages, la mise à disposition de logiciels mangeurs de publicité ainsi que la création de forums de discussion, de chats et de listes de diffusion qui favorisent la diffusion des expériences personnelles, les rumeurs et le bouche à oreille, mode de communication parmi les plus efficaces lorsque le consommateur est impliqué par un achat.

⁵⁷⁰ Jacques LENDREVIE, préface *La publicité sur Internet*, François-Xavier HUSSHERR (dir), Paris, Edition Dunod, 1999, p. XV.

⁵⁷¹ Id.

⁵⁷² J. CALAIS- AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, op.cit., note 451, p. 1

par des sites accessibles par des liens). Il s'agit en tout état de cause d'atteindre le consommateur « isolé » et de l'informer. Certains sites proposent un assistant pour les achats en ligne⁵⁷³. D'autres assurent des études comparatives de prix en ont vu le jour et représentent un formidable indicateur sur la qualité de certains produits ou services.

Pour autant qu'il s'en donne les moyens, l'acheteur éventuel du cyberspace peut être « averti » et faire son choix en toute connaissance de cause⁵⁷⁴.

L'heure est peut-être venue au changement de paradigme, il n'y a pas d'identité entre le consommateur et le cyberconsommateur, voire même plus simplement, il n'y aurait pas réellement de cyberconsommateur mais seulement des « négociateurs occasionnels⁵⁷⁵ ». Pour leur sécurité, il est urgent d'oublier toute tentative de reproduction du schéma traditionnel. Sauf à vouloir :

«lui donn[er] une identité hasardeuse, ignor[er] les mutations
qu'il subit lorsqu'il pénètre et s'adonne à ses activités dans le
monde virtuel et, en fin de comptes, [et définitive] lui [faire]

⁵⁷³ Les comparateurs de prix et autres assistants à l'achat en ligne tels que Kelkoo, Dooyoo ou Copernic Shopper sont destinés aux cyberconsommateurs. Pour le cyberacheteur, l'utilité d'un assistant d'achat est claire. Ce robot ou agent intelligent parcourt le Web, en tenant compte des instructions et des requêtes du cyberconsommateur, à la recherche de sites commerciaux offrant le produit désiré au meilleur prix.

⁵⁷⁴ Ainsi Sylvette Guillemard remarque après une synthèse des études réalisées notamment par l'OCDE que : « la propension qu'a l'acheteur à visiter de nombreux sites le distingue particulièrement du consommateur classique et a des conséquences importantes, à notre avis, sur sa prétendue faiblesse. Le principal atout du négociant individuel réside dans la technique qui lui permet de choisir facilement un interlocuteur parmi les nombreux vendeurs présents sur le Web. En quelques clics et explorations, il compare les produits, les prix et les conditions. Le responsable d'un site d'achats groupés affirme que le consommateur d'achats en ligne est « un négociateur, qui zappe jusqu'à ce qu'il trouve le bon prix », qui fait « des achats étudiés, anticipés » et collecte « beaucoup d'informations avant l'achat. L'OCDE reconnaît « que le commerce électronique peut procurer aux consommateurs des avantages nouveaux et importants, notamment en termes de commodité, d'accès à un large éventail de biens et de services et de possibilité de rassembler et comparer des informations sur ces biens et services ». Même si il ne peut négocier avec chacun des commerçants proposant un produit qui l'intéresse, il a les moyens d'atténuer le manque de dialogue et par là sa faiblesse en mettant les commerçants en concurrence ».

⁵⁷⁵ Expression utilisée par Sylvette Guillemard comme une alternative au terme de consommateur dont elle conteste l'existence, *Le droit international privé face aux contrats de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, p. 414.

croire qu'il est protégé alors qu'il ne l'est pas ou de façon si aléatoire que c'en est périlleux⁵⁷⁶. »

Cette recherche d'une concordance absolue s'avère même vaine au regard des multiples possibilités que permet la technique numérique. Il est certain que la plupart des contrats du cyberspace sont des contrats d'adhésion susceptibles de conduire à des abus. Les moyens de les combattre peuvent alors prendre différentes formes, le mécanisme d'auto-exécution en est une (II).

II. Les mécanismes « d'auto-exécution ».

Que l'on soit ou non consommateur, un sentiment d'insatisfaction consécutif à une défaillance contractuelle ne saurait avoir une définition selon le genre. Ce qui nous importe dans cette hypothèse est que l'on y remédie. Des mécanismes dits d'auto-exécution répondent à cette demande en ce qu'ils permettent :

« d'allouer la ressource en jeu à la partie créancière en la transférant directement dans sa sphère de possession. La ressource contrôlée dans ce cas de figure est celle qui forme l'objet du litige, celle qui est directement en jeu⁵⁷⁷. »

Ces mécanismes peuvent prendre plusieurs formes et s'inscrivent nécessairement dans une perspective pécuniaire.

Selon un rapport de l'OCDE, intitulé *Working Group Report on Consumer Protection for Payment Cardholders*⁵⁷⁸, on dénombre principalement trois types de problèmes au niveau des achats en ligne : le défaut de livraison, la livraison d'une marchandise défectueuse ou encore des transactions non autorisées

⁵⁷⁶ S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face aux contrats de vente cyberspatial*, *op.cit.*, note 92, p. 431.

⁵⁷⁷ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 365.

⁵⁷⁸ *The Fair Credit Billing Act* prévoit également que les « billing errors are defined to include [a] reflection on a statement of goods or services not accepted by the obligator or his designee or not delivered to the obligator or his designee in accordance with the agreement made at the time of a transaction ».

consécutives à une fraude ou à une erreur de traitement. Or ces inexécutions peuvent à première vue être réparées par la rétrofacturation (*charge back ou rejet de débit*). La méthode consiste donc simplement en la révocation de l'ordre de paiement précédant le recrédit des sommes débitées sur le compte du contestant par l'émetteur de la carte⁵⁷⁹.

Mais avec cette réparation vient la question de la révocabilité des ordres de paiements⁵⁸⁰ effectués sur Internet. Encore une fois, s'opposent les intérêts divergents des commerçants et des consommateurs. Car, du point de vue du commerçant acceptant le paiement déclenché par l'ordre de paiement sur Internet, son irrévocabilité est primordiale sachant qu'il s'expose à la perte du bien livré. Ces derniers plaideront donc pour une irrévocabilité absolue de cet ordre. Cependant, du côté du donneur d'ordre, le consommateur dans l'hypothèse du commerce électronique, l'impossibilité de contester un ordre est problématique lorsqu'il est face à l'une des situations visées plus avant.

Les États-Unis⁵⁸¹ font figure d'exemple par l'instauration avec le *Fair Credit Billing Act* d'une obligation légale de remboursement. Certes, le principe demeure l'irrévocabilité de l'ordre de paiement, mais la procédure régie au niveau fédéral par le Truth in Lending Act (TILA) et le Règlement Z qui est un

⁵⁷⁹ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 370.

⁵⁸⁰ En France, l'ordre de paiement donné au moyen d'une carte bancaire a été déclaré irrévocable par la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985. La disposition a été reprise dans l'article 57-2 du décret-loi du 30 octobre 1935. Elle figure maintenant à l'article L. 132-2 du Code monétaire et financier. Sur la question voir J. HUET, « Aspects juridiques du télépaiement », JCP.1991.I.3524 ainsi que Claude Lucas de LEYSSAC et Xavier LACAZE, « Le paiement en ligne » 2 (2001) *Comm. com. électr.*, p. 13.

⁵⁸¹ R. PICHLER, « Finality of Credit Card Payments and Consumer Confidence – Different Approaches in the United States and in Europe » in Electronic Payment Systems Observatory Newsletter, 2001, vol. 5, <http://www.epso.jrc.es/-newsletter>. Voir également D.E. SORKIN, « Payment Methods for Consumer-to-Consumer Online Transactions », 35 *Akron L. Rev.* 1(2001), 1- 7.

règlement d'application du TILA⁵⁸², permettent des exceptions qui doivent cependant être justifiées.

Dans les faits, et en cas de réclamation du titulaire, la résolution des erreurs de facturation nécessite l'ouverture d'une enquête⁵⁸³. Celle-ci consiste essentiellement à déterminer, au vu des informations recueillies auprès du commerçant, si la transaction a été régulière. A l'issue d'un délai de deux cycles de facturation ou dans les 90 jours, le demandeur obtiendra ou bien un remboursement par le réapprovisionnement des sommes débitées ou bien, le cas échéant, une lettre expliquant la régularité de la transaction litigieuse.

A côté de cette procédure, un second mécanisme intervient de manière plus restreinte. Il vise en effet les revendications concernant la qualité des biens et des services ou les produits défectueux. Les conditions d'acceptation y sont restrictives en ce sens que l'opération contestée doit dépasser un certain montant - 50 dollars- qui ne doit pas avoir été versé au moment de l'ouverture de la procédure. Cette transaction doit également avoir été réalisée dans une sphère géographique limitée ; le territoire de l'État du titulaire de la carte ou à 100 milles au plus de son adresse postale. Ce moyen de défense peut être ensuite actionné, si l'on considère que le titulaire a fait preuve d'un effort raisonnable pour résoudre le différend avec le commerçant. S'il obtient satisfaction, le titulaire verra son compte crédité à nouveau.

Les avantages de ce mécanisme de résolution sont considérables. C'est un levier facilement actionnable pour les consommateurs.

« the system is cheap, easily accessible, and quick. A consumer need not search for and find a lawyer or a third-

⁵⁸² Truth-in-Lending Act, 15 U.S.C. §§ 1601–1667 (2004) et de la US Federal Reserve Board's implementing regulation Z, 12 C.F.R. § 226.12, lit. b (2001).

⁵⁸³ Le mécanisme s'intéresse entre autres, aux cas où les biens ou les services n'ont pas été acceptés par le consommateur ou aux cas où les biens ou les services non-conformes ont été livrés.

party dispute resolution forum. All that is necessary upon receiving a monthly credit card statement is to call or write the card issuer and protest the charge. The card issuer and the merchant handle the rest. No dispute resolution fees are involved⁵⁸⁴. »

Constats qui ont fait dire à Henri H. Perritt que :

« the most common form of alternative dispute resolution for consumer disputes is a credit card chargeback. Under the Fair Credit Billing Act, credit card issuers must investigate cardholder's claims of billing errors⁵⁸⁵. »

Habituel sans doute, mais aux États-Unis seulement, et dans quelques pays comme au Canada⁵⁸⁶ depuis peu. En Europe, cette procédure de remboursement n'est législativement consacrée que dans certains pays⁵⁸⁷ comme le Royaume-Uni, le Danemark, la Finlande et la Suède. Ce principe de la responsabilité solidaire s'applique dans des circonstances qui diffèrent légèrement d'un pays à l'autre. Cela ne signifie pas pour autant que cette dernière y soit complètement ignorée. Elle reste cependant interne à la réglementation des sociétés de cartes de crédit dans l'optique plus générale d'une autorégulation.

⁵⁸⁴ H. H. PERRIT, « Dispute resolution in Cyberspace: Demand for a new forms of ADR », *loc.cit.*, note 135, 693-694.

⁵⁸⁵ *Id.*, 675.

⁵⁸⁶ Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet, (25 mai 2001) Industrie Canada, <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html>. La rétrofacturation est aujourd'hui expressément énoncée dans le corps des textes de la loi ontarienne et québécoise.

⁵⁸⁷ Le rapport de l'OCDE indique ainsi que : « Tous les pays de l'OCDE ne possèdent pas de régime juridique ou réglementaire prévoyant la protection des titulaires de cartes de paiement. De plus, il existe de grandes différences entre les pays qui disposent de tels régimes. Alors que de nombreux pays membres ont ainsi prévu des dispositions spécifiques concernant les prélèvements non autorisés et les erreurs de traitement, rares sont ceux qui ont défini des dispositions particulières lorsque les biens ou les services ne sont pas fournis ou ne sont pas conformes. Ils sont encore moins nombreux à appliquer des dispositions particulières concernant les questions relatives à la satisfaction du consommateur. Il existe également des différences d'un pays à l'autre en ce qui concerne le type de problèmes couverts par des dispositions juridiques particulières et le type de problèmes couverts par des lignes directrices ou par des pratiques professionnelles ou ceux dont le règlement est laissé à l'initiative du consommateur et du commerçant », OCDE, Rapport général sur le règlement des litiges avec les consommateurs et la réparation sur le marché, à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/54/49/35201271.pdf>; p. 14.

Ici la rétro-facturation se situe au niveau contractuel, elle suppose l'insertion d'une clause au niveau du contrat conclu entre l'émetteur et le titulaire de la carte de crédit. En effet, les réseaux de cartes de crédit organisent un système de protection imposé aux institutions qui émettent leurs cartes⁵⁸⁸.

Pour le consommateur, les effets bénéfiques de la procédure de remboursement sont évidents. Sa simplicité dispense au payeur d'intenter un procès judiciaire et de ce fait renforce sa confiance dans le commerce électronique⁵⁸⁹. D'aucuns ont même conclu que l'une des raisons du décalage entre les résultats du commerce électronique⁵⁹⁰ aux États-Unis et en Europe est justement l'absence des exceptions de l'irrévocabilité des ordres de paiement donnés au moyen d'une carte de paiement.

Toutefois, en dépit de l'absence de dispositifs spécifiques dans certaines législations des États membres, des directives européennes accordent une protection similaire aux consommateurs. C'est le cas par exemple de la directive de 1997⁵⁹¹ concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, qui prévoit le remboursement du consommateur en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire sur Internet, ou de la directive de

⁵⁸⁸ C'est le cas de Visa, MasterCard et American Express [qui ont fait] valoir que les institutions émettant leurs cartes sont soumises à plusieurs obligations de protection des consommateurs. [Et] dans certains cas, les émetteurs de cartes complètent par des mesures de protection individuelles les obligations imposées par les réseaux de carte pour fournir des protections supplémentaires aux consommateurs », OCDE rapport, *loc.cit.*, note 587, p. 18.

⁵⁸⁹ R. PICHLER, « Finality of Credit Card Payments and Consumer Confidence – Different Approaches in the United States and in Europe », *loc.cit.*, note 581.

⁵⁹⁰ Perritt explique cependant que ce manque d'engouement pour ce système par la différence dans l'utilisation des cartes bancaires. « The availability of chargeback's in debit card agreements because the proportion of consumer transactions accomplished through debit cards relative to credit cards in Europe is much higher than in the United States, although the total of credit and debit card transactions is a much smaller proportion of the total universe in Europe than in the United States », « Dispute resolution in cyberspace: demand for new forms of ADR », *loc.cit.*, note 135, p. 693.

⁵⁹⁰ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal officiel L 144, pp. 19-27, http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/dist_sell/dist01_fr.pdf.

⁵⁹¹ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal officiel L 144, pp. 19-27, http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/dist_sell/dist01_fr.pdf.

2002⁵⁹² sur le marketing à distance des services financiers des consommateurs. Relevons également que la Commission européenne a ouvert la voie vers une instauration de la rétrofacturation par sa communication du 7 février 2001, dans laquelle elle a souligné l'urgence de la mise en place :

« au niveau communautaire, un cadre législatif instituant un droit au remboursement en cas de transaction non autorisée ou de non-livraison et précisant les conditions à ce remboursement⁵⁹³. »

Sans envisager une réglementation législative proprement dite, elle préconise la définition des objectifs ainsi que d'un cadre afin de fixer les modalités des obligations respectives de chacun. Les propositions ciblent une atténuation du principe d'irrévocabilité des ordres de paiement en cas de non-livraison du produit ou service.

Plus généralement, la rétrofacturation s'inscrit dans la lignée de ces mécanismes de protection des titulaires de cartes de crédit. En effet, ils peuvent recouvrir différentes modalités telles que la limitation de la responsabilité engagée pour les prélèvements non autorisés ou bien encore des réparations dans le cas de biens et services non conformes ou non fournis. Il est certain que la couverture internationale des réseaux de cartes de crédit réduit considérablement les difficultés de réparation pour les consommateurs réalisant des achats électroniques ou plus simplement des achats internationaux.

Ce mécanisme est ici appréhendé dans sa singularité, mais il peut s'inscrire dans une optique plus générale, comme un support aux plates-formes

⁵⁹² Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2003 concernant le marketing à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE Journal officiel L 271, pp. 16-24, http://europa.eu.int/eurlex/pri/fr/oj/dat/2002/l_271/l_27120021009fr00160024.pdf.

⁵⁹³ Communication de la Commission européenne « Commerce électronique et services financiers », COM (2001) 66 final du 7 février 2001, p. 19, disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/general/ecomfaq.htm.

électroniques. Dans ce sens, il est vu comme un des éléments participant à l'établissement d'une architecture de contrôle des ODR. Ainsi, pour Thomas Schultz, ce procédé permet, à l'instar des dispositifs d'assurance⁵⁹⁴ ou des comptes de garanties bloqués⁵⁹⁵, de constituer « en quelque sorte l'équivalent pour les ordonnancements juridiques privés de l'appareil coercitif public pour l'ordre juridique étatique⁵⁹⁶ ».

Dans cette optique, la procédure de remboursement sera extériorisée, car confiée à ce tiers neutre qu'est l'institution d'arbitrage en ligne de manière à accélérer le processus et à le rendre transparent aux yeux des consommateurs⁵⁹⁷.

Finalement c'est la défense juridique qu'on espère assurer par ce biais. Mis à mal par une globalisation de l'économie qui n'a pas eu de répondant au niveau des systèmes juridiques, les consommateurs restent les grands oubliés de la révolution électronique. La réglementation se situant presque essentiellement au niveau de l'offre, et donc des commerçants⁵⁹⁸, les acheteurs-consommateurs, ont dû s'organiser et réclamer des droits qui les protègent.

⁵⁹⁴ Proche de la rétrofacturation, l'assurance transaction permet la prise en charge des risques inhérents à l'opération par un tiers chargé de dédommager les consommateurs. T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, op.cit., note 194, pp. 373-374.

⁵⁹⁵ Le compte de garanti bloqué ou *escrow* qui s'apparente à un : « dépôt fiduciaire jusqu'à l'exécution de la prestation et l'autorisation du paiement. Ou encore au crédit documentaire, la remise des sommes attestant de la bonne exécution des différentes étapes de l'opération commerciale. L'association du paiement à la remise des marchandises permet de garantir que la livraison a été effectuée dans les règles et que la marchandise est conforme à l'attente. Ce dépôt s'effectue par hypothèse avant tout litige et laisse courir délai qui permet non seulement l'appréciation de la marchandise mais également l'exécution par les parties de leur obligation respective. L'exercice des revendications est de fait facilité lorsqu'elles surviennent durant cette période test. Les sommes étant bloquées, jusqu'au complet déroulement de la procédure qui pourra être aussi bien un arbitrage, une négociation ou encore une conciliation.

Voir T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, op.cit., note 194, pp. 366-367 et H.H. PERRITT, « Dispute resolution in cyberspace: demand for new forms of ADR », loc.cit., note 135, p. 694.

⁵⁹⁶ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, op.cit., note 194, p. 350.

⁵⁹⁷ Id., p. 372.

⁵⁹⁸ On vise ici les différents travaux cités de la CNUDCI, de l'OMPI, de la CNUCED, de la chambre de commerce internationale.

Néanmoins, le commerce électronique est une matière nouvelle à laquelle il faut nécessairement une période d'adaptation afin de permettre l'émergence d'une justice adaptée à l'instantanéité de l'échange des consentements.

C'est dans ce but qu'œuvre l'arbitrage en ligne. Pour ce faire, l'approche retenue se distancie avec les ordres juridiques dans la perception de l'arbitrage qu'elle entend mettre en œuvre (Chapitre II).

Chapitre II: Un outil malléable pour une meilleure protection des consommateurs

« La justice n'est rien en soi, elle n'a de sens que dans les contrats liant les parties et rédigés pour déclarer que l'on évitera de se nuire mutuellement. Épicure⁵⁹⁹. »

A chaque époque ses modes et ses courants philosophiques. Le 19ème siècle fut placé sous celui de la liberté. Il n'est alors pas concevable qu'un homme soit obligé à faire ce à quoi il n'a pas pleinement consenti. Ce libéralisme fondé sur la toute puissance de l'individu postule une égalité théorique entre les cocontractants potentiels. Ils sont libres de s'obliger ou non, donc ils sont a priori égaux devant le contrat. L'autonomie de la volonté est le moteur du contrat, elle lui donne vie et assure son efficacité. Dans la limite de l'ordre public et des bonnes mœurs, sans formalisme particulier, le contrat lie les parties -et seulement elles- qui se choisissent librement et déterminent le contenu de leur accord⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Epicure, « Lettre à Ménécée », dans *Diogène Laërce : vie, doctrines et sentences des philosophes illustres*, cité par Laurent GOUIFFES, Pascal GIRARD, Pétri TAIVALKOSKI et Gabrielle MECARELLI, *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 9.

⁶⁰⁰ Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville, 1993, p. 89 et V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980 ;

Soumis à de vives critiques, ce modèle a été mis à mal par l'essor d'une pensée « socialisante » considérant que la liberté théorique de chacun à s'engager ou non devait prendre en considération la réalité sociale et économique dans laquelle se trouvait chacune des parties. L'ordre public s'est renforcé et diversifié par le biais de réglementations impératives. Sont nées des obligations de contracter et un ordre public de protection permettant d'imposer un certain contenu au contrat⁶⁰¹. Une justice de masse s'est jointe à la justice individuelle, qualifiée alors de dirigisme contractuel. Ces bouleversements, aussi bien dans le fond que dans la forme, ont amené certains à parler d'une crise du contrat. Toutefois au-delà de ces approches paradigmatiques, le contrat demeure un outil indispensable à la vie économique⁶⁰². Le temps ayant fait son œuvre et les pratiques s'étant adaptées, le contrat se porte bien. Mais c'est un contrat « transformé⁶⁰³ ».

Transformé comme l'est, dans son domaine, l'arbitrage qui devient non contraignant lorsqu'il s'adapte aux nécessités du commerce électronique⁶⁰⁴. L'accent est alors mis non plus sur son aspect juridictionnel mais sur l'aspect conventionnel afin de permettre aux parties d'organiser à leur guise à la fois la forme et le fond de la procédure.

Dans la recherche d'un équilibre entre efficience et efficacité, la voie d'un arbitrage « non-contraignant » apparaît comme un moyen intéressant de contourner les obstacles dressés par le droit étatique (Section I). Cette

cité dans Maurice TANCELIN, *Sources des obligations -- l'acte juridique légitime*, W&L, Montréal, 1993, p. 24.

⁶⁰¹ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, T2, Montchrestien, Paris, 1966, p. 90.

⁶⁰² Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le code civil du Québec », en ligne : <http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol44/4rolla.pdf>.

⁶⁰³ David NOGUERO, « Le code civil et le contrat », dans le cadre de la célébration du bicentenaire du code civil, à l'adresse : <http://www.bicentenaireducodecivil.fr/leger/10questions.htm>.

⁶⁰⁴ T. SCHULTZ, « Online Arbitration : Binding or Non-Binding ? », *loc.cit.*, note 443 ; et A.S. RAU et C. PÉDAMON, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », (2001) *Rev. arb.*, 448-451.

dénaturation de l'arbitrage traditionnel n'a pas cependant pour corollaire une perte de légitimité dès lors qu'elle s'appuie sur des garanties (Section II).

Section I: Un instrument légitimisé par une approche purement contractuelle

« Thrust of the federal law is that arbitration is strictly a “matter of contract,” the parties should be “at liberty” to choose the terms under which they will arbitrate⁶⁰⁵. »

L'arbitrage a toujours eu cette particularité par rapport aux autres modes dits alternatifs de règlement des litiges d'allier conventionnel et juridictionnel au sein d'un même modèle. Conventionnel d'abord, parce qu'il prend naissance dans le contrat qui lie les parties. Et ce sera dans ce même contrat que l'arbitre puisera les règles matérielles et procédurales qu'il considèrera intéressantes d'appliquer. Juridictionnel ensuite, en référence au formalisme qui entoure l'instance arbitrale mais surtout à l'autorité dont est revêtue son issue⁶⁰⁶.

Ces deux aspects ont longtemps conféré à l'arbitrage toute sa singularité, sans que cela signifie nécessairement que ce modèle soit totalement homogène. Sa dérive procédurale en atteste⁶⁰⁷. L'aspect juridictionnel a en effet depuis quelques années pris le pas sur le caractère contractuel. Pourtant « sa judiciarisation et sa légalisation⁶⁰⁸ », bien que décriées, ne lui ont pas fait perdre son titre.

⁶⁰⁵ M. KOPTSIOVSKY, « A right to contract for judicial review of an arbitration award: does freedom of contract apply to arbitration agreements? », *loc.cit.*, note 463, 621.

⁶⁰⁶ Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191, 1987; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage – Nature juridique – Droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965. Jean ROBERT, *L'arbitrage – Droit interne – Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993.

⁶⁰⁷ J-B. RACINE, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », dans *Les transformations de la régulation juridique*, (dir.) De Jean Clam et Gilles Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 233. Voir également P. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international? », (1989) *McGill L. J.*, 435-453.

⁶⁰⁸ A. S. RAU, « Contracting out of the arbitration act », 8 *Am. Rev. Int'l Arb.* 259 (1997).

Qu'en est-il désormais, alors qu'il semble que l'aspect contractuel prédomine sur le caractère juridictionnel ?(I). L'arbitrage non contraignant mis en exergue par les procédures en ligne est il toujours un arbitrage au sens juridique du terme ? (II).

I. l'arbitrage non contraignant.

Alors qu'en Europe on dénonce une « processualisation de l'arbitrage », l'approche américaine a toujours consacré l'aspect conventionnel de l'arbitrage, comme le remarque d'ailleurs fort bien le professeur Rau :

« la principale différence entre le modèle américain et le modèle européen de l'arbitrage tient cependant à ce qu'aux États-Unis, l'aspect conventionnel est de loin prédominant. Dans ce pays, l'arbitrage est traditionnellement envisagé comme faisant partie du domaine contractuel. Il a pour fin de comprendre et de traduire la volonté des parties. C'est une différence assez marquante avec la tendance en Europe qui met l'accent sur l'exercice d'un pouvoir juridictionnel et rapproche la procédure arbitrale de celle de la juridiction étatique⁶⁰⁹. »

C'est en quelque sorte le principe du tout supplétif qui permet aux parties de donner la pleine mesure à leur liberté contractuelle. La voie fut ouverte par la décision rendue dans l'affaire *Mitsubishi* en 1985 à *Koveleskie v. SBC Capital Markets, Inc.*⁶¹⁰. Aussi, cette décision est le point de départ d'un véritable accroissement du champ d'application de l'arbitrage. Dés lors, il n'y a plus d'obstacles au fait que les parties décident de modifier conventionnellement les cas de recours judiciaires⁶¹¹, d'étendre ou de restreindre la compétence des arbitres⁶¹², d'autoriser les arbitres à rendre une sentence sans motivation⁶¹³ ou

⁶⁰⁹ A. S. RAU et C. PÉDAMON, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *loc.cit.*, note 604, 452.

⁶¹⁰ *Koveleskie v. SBC Capital Markets Inc.*, 167 F. 3rd 361(7th Cir.1999) par cet arrêt la compétence arbitrale est étendue aux questions des discriminations raciales ou sexuelles.

⁶¹¹ Dans la décision *Lapine Technology Corp. v. Kyocera*, 130 F. 3rd 884, 891, la cour admet que les parties puissent librement et contractuellement étendre les cas de recours en annulation.

⁶¹² *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*, 489 U.S. 468, 479(1989), ici la cour admet que les « parties sont libres de structurer les conventions d'arbitrage comme elles l'entendent. Elles peuvent limiter l'objet du litige qui relèvera de la compétence de l'arbitrage ainsi que préciser les règles de droit qui gouverneront l'arbitrage ».

encore de ne donner à la sentence qu'une force obligatoire limitée voire aucune⁶¹⁴.

L'arbitrage peut ainsi avoir de multiples facettes. A partir de la formule adjudicative de base, il peut se modeler selon les souhaits des parties. Dans l'hypothèse où celles-ci chercheraient à s'aménager une voie de sortie à l'issue de l'instance, elles peuvent décider d'annihiler la force obligatoire de la sentence, ou dans une moindre mesure de la limiter. Globalement ces arbitrages sont qualifiés de non-contraignants. Dans une autre optique, les cocontractants peuvent aménager une option lors du recours à l'arbitrage. Seule une des parties s'engagera de manière définitive alors que la seconde bénéficiera d'une option⁶¹⁵. Ici l'arbitrage est considéré comme non obligatoire.

Cette dernière conception de l'arbitrage renvoie à la situation dans laquelle le commerçant en général s'engage à accepter de manière unilatérale une procédure d'arbitrage⁶¹⁶.

« Cette solution était préconisée dans le projet expérimental du Cybertribunal [qui] proposait aux opérateurs de se soumettre à un code de bonne conduite et d'apposer le sceau du Cybertribunal sur leur site Web. Selon les conditions d'attribution de ce sceau, l'opérateur s'engageait unilatéralement à se soumettre à un mode extrajudiciaire de résolution des litiges. Une clause, dont l'affichage était recommandé aux « entreprises, organisations et organismes qui font du commerce électronique », informait explicitement le client de la signification du sceau et réitérait l'engagement unilatéral de l'opérateur⁶¹⁷. »

⁶¹³ Les professeurs Rau et Pédamon arguent que « la liberté de l'arbitre américain de ne pas motiver sa sentence est étroitement liée à son désir d'éviter un contrôle judiciaire qui remettrait en cause la validité de la sentence. Elle repose également sur la volonté des parties de ne pas encourir des délais ou des frais supplémentaires que l'élaboration d'une décision écrite entraînerait », dans la contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain, *loc.cit.*, note 604, 476.

⁶¹⁴ *Lapine Technology Corp. v. Kyocera*, 130 F. 3rd 884, 891(9th Cir.1997).

⁶¹⁵ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 429.

⁶¹⁶ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 353.

⁶¹⁷ *Id.*, p. 353.

Cette déclaration d'intention peut également être combinée avec la stipulation d'une clause optionnelle en vertu de laquelle; le consommateur peut après la naissance du litige, opter entre la justice étatique et la justice arbitrale. Une telle clause « combinée » offre ainsi plusieurs garanties dans la mesure où la voie qui mène aux tribunaux de droit commun reste ouverte. On évite ainsi la critique principale faite à l'arbitrage. Autrement dit la crainte de la sous protection du consommateur⁶¹⁸ est écartée. Il s'agira d'un contrat unilatéral soumettant le professionnel à la condition potestative de la levée de l'option par le consommateur⁶¹⁹.

Cette clause n'a rien de nouveau. Hors-ligne, elle est déjà reconnue et appliquée dans les litiges entre professionnels. Il ne fait pas de doute que cette option ne remet pas en cause le principe de l'arbitrage. Il s'agit d'indiquer clairement que les parties manifestent ainsi un double accord : celui de soumettre le litige à l'arbitrage lorsque l'optionnaire décide de faire usage de la faculté qui lui est offerte, ou le cas échéant d'avoir recours aux tribunaux de droit commun⁶²⁰.

La recevabilité d'une telle clause a été admise par la jurisprudence française en 1972 en ses termes :

« il ne peut être soutenu, en faveur de la compétence des juridictions françaises, qu'une clause compromissoire est nulle parce que, laissant une option entre la juridiction arbitrale et la juridiction ordinaire, elle n'implique pas la volonté de soumettre le litige à un arbitre; le fait que des sociétés étrangères se soient réservées ce droit d'option ne remet pas en cause la renonciation de la société demanderesse à se prévaloir du privilège de juridiction⁶²¹. »

⁶¹⁸ Philippe Fouchard gage sur ce point que « la clause qui permettrait au consommateur, le litige né, de choisir soit la voie arbitrale soit la voie judiciaire ne devrait pas être présumée abusive », (1)1995 *Rev.Arb.* 146-149, 148. Et O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 357.

⁶¹⁹ *Id.*, p. 353.

⁶²⁰ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p.353.

⁶²¹ CA Angers, 25 septembre 1972, *Rev.Arb.*1973.164, note Jacqueline Rebellin-Devichi et O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 355.

Le contrat est donc unilatéral en raison de l'engagement unique du promettant. Le droit privé contemporain admet la validité de l'engagement volontaire lorsque celui-ci est réalisé au sein du contrat⁶²². En effet, dans un contrat synallagmatique, la contrepartie de l'obligation de chacune des parties réside dans l'exécution par l'autre de sa propre obligation. Lorsque le contrat est unilatéral, la contrepartie n'est pas perceptible à première vue, elle existe néanmoins. Elle tient notamment au fait pour le professionnel d'éviter tous risques d'inopposabilité de la clause compromissoire. Si, effectivement, il ne peut de sa propre initiative évoquer la clause compromissoire à l'encontre du consommateur, il s'assure en cas d'acceptation une alternative rapide et peu coûteuse à la justice étatique⁶²³. Et quand bien même cette levée de l'option prend les traits d'une condition potestative, elle reste valable dès lors qu'elle n'émane pas de celui qui s'oblige⁶²⁴.

L'hypothèse de l'arbitrage non contraignant, lui aussi, se décline en deux temps. Il désigne d'abord les cas dans lesquels l'arbitrage est soumis à l'entière volonté des parties qui peuvent rejeter, simultanément ou unilatéralement dans un délai déterminé, la décision. La décision n'étant pas définitive, elle aura pour intitulé « projet de sentence » dans l'attente de la réalisation de la condition suspensive constituée par son acceptation par l'un, voire par les deux litigants⁶²⁵. L'arbitrage « réellement non contraignant » se situe encore plus bas dans la graduation de la force obligatoire de la sentence puisqu'en l'occurrence la procédure n'a pas vocation à produire une sentence mais une « recommandation » insérable ou non dans un accord contractuel de transaction. Dans une autre variante, qu'illustre la procédure URDP de l'ICANN,

⁶²² Marie-Laure IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit contemporain privé*, Aix-En-Provence, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 84-87; Alain SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », dans *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Paris, Economica, 1999, pp. 7-20.

⁶²³ O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *op.cit.*, note 28, p. 356.

⁶²⁴ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil – Les obligations*, *op.cit.*, note 458, p. 678.

⁶²⁵ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 430.

le mécanisme peut donner lieu à une décision qui s'impose aux parties sans revêtir ni le formalisme ni le contenu d'une sentence⁶²⁶.

« En définitive, on comprend que l'effectivité symbolique des décisions rendues par arbitrage non contraignant est une forme de compensation de la difficulté d'accès à la force publique. L'augmentation de la probabilité d'une exécution volontaire de la décision, par la partie débitrice à l'issue de la procédure, contrebalance les obstacles posés à l'arbitrage en ligne en vue de l'obtention d'une exécution forcée par l'appareil coercitif étatique⁶²⁷. »

Si le raisonnement semble justifié par des considérations pratiques, il reste à savoir maintenant quel accueil lui sera réservé par le droit étatique (II).

II. Arbitrage et cyberarbitrage : une racine commune pour deux mécanismes à différencier.

A de nombreuses reprises dans le passé, la question de la nature juridique de l'arbitrage a donné lieu à une importante joute doctrinale. Sa qualification juridique apparaissait en effet à l'époque comme un préalable nécessaire et indispensable à la détermination de son régime juridique⁶²⁸. Sans nier ces deux aspects - contractuel et juridictionnel - la controverse s'ingéniait à déterminer lequel devait prendre le pas sur l'autre. Aujourd'hui, si l'on souhaitait raviver ce débat au sujet d'un arbitrage qui ampute tout ou partie de la force obligatoire des sentences, la question serait alors de savoir s'il s'agit toujours d'un arbitrage. En effet :

« Qualifier d'arbitrage un procédé de règlement des conflits suppose très classiquement la vérification, dans la situation concernée, de l'existence d'un certain nombre de critères essentiels qui doivent être cumulativement réunis⁶²⁹. »

⁶²⁶ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 430.

⁶²⁷ *Id.*, p. 433.

⁶²⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage – Nature juridique : Droit interne et droit international privé*, *op.cit.*, note 606, p. 9.

⁶²⁹ P. FOUCHARD, « Les frontières de l'arbitrage », 1(2001) *Rev. Arb.* 6-41, 11.

Cela n'augure rien de positif pour l'arbitrage en ligne. L'arbitrage non-obligatoire n'emporte donc pas autant de critiques que l'arbitrage non-contraignant auquel on reproche entre autres de faire prévaloir un unilatéralisme qui n'a pas bonne presse⁶³⁰.

Le postulat de base est le suivant : l'arbitrage tire son origine du contrat mais l'on peut l'y restreindre parce que l'arbitre :

« est investi de la *juridictio* dans toute sa plénitude, avec la souplesse qu'autorise le cadre dans lequel elle s'exerce⁶³¹. »

Ce pouvoir conféré à l'arbitre de juger se manifeste au travers des sentences qui, bien que non définies par les légistes, possèdent cette caractéristique essentielle d'être exécutoire. L'atteinte portée par les arbitrages qui se disent justement non contraignants n'est donc en rien anodine⁶³². Les puristes s'insurgent aussitôt contre ce non-sens et se font les hérauts de la matière : « l'arbitrage non contraignant n'est pas de l'arbitrage ». Au regard du droit processuel, il sème donc la confusion.

Parler d'arbitrage pour une procédure qui ne donne ni lieu à une décision finale ni lieu à une décision obligatoire, n'est pour certains qu'« une facilité de langage ». Olivier Cachard s'exprime d'ailleurs à ce sujet en ces termes:

« le substantif arbitrage est retenu en raison de ses connotations positives (liberté contractuelle, souplesse, régulation) mais il n'est pas utilisé dans le sens technique qui est le sien en droit processuel⁶³³. »

⁶³⁰ O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *op.cit.*, note 28, p. 355.

⁶³¹ B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 420.

⁶³² Dans le traité sur l'arbitrage commercial international, Fouchard, Gaillard et Goldman définissent la sentence comme l'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure. *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, note 182, n°1352, p. 750.

⁶³³ O. CACHARD, « L'arbitrage non-obligatoire n'est pas un arbitrage ! A propos de l'arrêt rendu le 17 juin 2004 par la Cour de Paris », 1(2006) *R.D.A.I.* 147-156, 152.

Cette critique vise notamment la procédure URDP que nous avons décrite plus avant. Ceci dit, cette dernière n'en revendique pas le statut, la procédure étant volontiers qualifiée d'administrative, ou à défaut, de « *sui generis* ».

Ses statuts sont clairs à ce propos en ce qu'ils énoncent qu'elle n'est pas exclusive de la juridiction étatique⁶³⁴. Les parties peuvent d'ailleurs lui préférer cette voie en prenant garde de motiver leur action, comme l'illustre la décision en date du 17 juin 2004 rendue par la Cour d'appel de Paris, qui a déclaré irrecevable un « recours en annulation à l'égard d'une décision qui n'est pas une sentence⁶³⁵ ».

Le fait est, dans cette hypothèse, que ce n'est pas tant la forme qui importe, mais plutôt le résultat auquel le processus aboutit. En effet, en définitive, les parties sont assujetties au seul contenu de ces décisions, simplement parce qu'elles s'appuient sur un « mécanisme d'autoexécution » qui se traduit par l'annulation ou le transfert par l'opérateur du nom de domaine concerné.

« Concrètement, cela signifie que cet opérateur modifie dans une banque de données l'association entre un nom de domaine et une adresse IP dès lors qu'un panel autorisé à appliquer l'UDRP le lui ordonne⁶³⁶. »

De fait, si les parties n'introduisent aucun recours après l'écoulement d'un délai de dix jours, la décision se verra appliquée dans toutes ses dispositions. Cantonnée dans cette sphère déterminée, la procédure URDP est en définitive

⁶³⁴ Dans la décision Weber-Stephen Products Co. v. Armitage Hardware and Building Supply, Inc. la Cour fédérale du district Nord de l'Illinois indique que les sentences arbitrales rendues dans le cadre de la procédure d'arbitrage de noms de domaine n'ont pas de force obligatoire dans l'ordre judiciaire américain.

⁶³⁵ O. CACHARD, « L'arbitrage non-obligatoire n'est pas un arbitrage ! A propos de l'arrêt rendu le 17 juin 2004 par la Cour de Paris », loc.cit., note 633, 153.

⁶³⁶ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, op.cit., note 194, p. 375.

contraignante et « joue précisément le même rôle qu'un arbitrage au sein du droit étatique : trancher un litige par une décision finale⁶³⁷ ».

En conséquence, la vision étatique de l'arbitrage ne devrait pas nier les qualités d'un mécanisme qui, quoique « réellement non contraignant⁶³⁸ », poursuit des objectifs de rapidité et d'efficacité.

En marge, il est en revanche des procédés grâce auxquels les parties se réservent le droit d'accepter ou de rejeter le projet de sentence. Dit « conditionnellement contraignant », cet arbitrage attise la critique en ce qu'il renie toute mission juridictionnelle confiée à l'arbitre. Or :

« la décision n'est point l'œuvre des signataires mais du juge qu'ils se sont donné⁶³⁹. »

La disparition de la fonction juridictionnelle rejeterait l'arbitrage en ligne au rang de simple accord contractuel ou, pire encore, à celui d'engagement unilatéral⁶⁴⁰.

⁶³⁷ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 375.

⁶³⁸ T. SCHULTZ distingue trois formes d'arbitrage réellement non contraignant. En premier lieu, il existe un type de procédure qui n'est pas contraignant au regard du droit étatique [...] l'exemple le plus patent en est la procédure UDRP [...] Elle ne constitue pas un arbitrage au sens du droit de l'arbitrage [et] les décisions rendues en son application ne sont pas contraignantes du point de vue du droit étatique. En revanche, il ne fait aucun doute que ces décisions exercent une contrainte certaine sur leurs destinataires. On rencontre ensuite des procédures de règlement des différends qui ne sont contraignantes sur aucun plan. Il s'agit ici de la forme pure de la recommandation ou de l'évaluation, celle qui n'est pas connectée à un mécanisme d'autoexécution, c'est-à-dire celle qui ne prévoit pas, par exemple, le retrait d'un label en cas de non-exécution de la recommandation ou de l'évaluation. L'opinion du tiers n'a ici aucune force contraignante. [...] La procédure administrée par Online Resolution [en est] l'illustration. Finalement, [dans les autres hypothèses], les parties s'engagent par avance à respecter la recommandation ou l'évaluation. Dans ce cas, la décision n'a que la force obligatoire d'une convention. Le règlement d'ECODIR, par exemple, prévoit cette forme de procédure, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 435-436.

⁶³⁹ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage – Nature juridique droit interne et droit international privé*, *op.cit.*, note 606, p. 14 citant une décision de la Chambre des requêtes de 1892 qui distinguait l'arbitrage de la transaction.

⁶⁴⁰ L'engagement unilatéral est une manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans autre concours de volonté. Le droit positif conteste toute propension d'un individu à créer une obligation pour autrui, mais sur le point de savoir si une personne peut volontairement se déclarer débiteur d'autrui a été débattu. A l'origine, la doctrine soutenait qu'il ne pouvait y avoir d'engagement unilatéral créateur d'obligation. Puis il a été reconnu dans certains cas circonscrits comme la reconnaissance de dettes ou les promesses de prix

L'arbitrage serait une notion à utiliser à bon escient parce qu'il est dans l'essence même de toute notion de réunir des éléments de rattachements ou critères de nature à l'identifier. La qualification juridique est donc l'opération intellectuelle par laquelle on appose à une situation de fait déterminée une étiquette juridique par son intégration dans un concept connu⁶⁴¹. « Qualifier, c'est en définitive attribuer une situation à une notion⁶⁴² ».

Dans cette démarche, les critères sont déterminants car attributifs d'une qualité. Selon les concepts, un ou plusieurs critères sont nécessaires. Le droit positif en dénombre six pour l'arbitrage de différentes importances. Les critères majeurs sont ceux issus du litige et de la nature juridictionnelle des pouvoirs des tiers. Viennent ensuite la force obligatoire de la décision des tiers, la nature juridique ou non de la question à résoudre, la détermination d'un élément constitutif du contrat, l'ignorance par les parties de la solution du tiers au moment ou celle-ci devient obligatoire. La mission juridictionnelle confiée à l'arbitre est en conséquent un facteur déterminant.

C'est traditionnellement celui qui distingue l'arbitrage de certaines notions connexes: le juge privé détient un pouvoir juridictionnel. Cet indice⁶⁴³, éclairant, ne suffit pas totalement.

Aussi, un élément de rattachement a été trouvé dans la force obligatoire de la décision du tiers. Ce critère permet de distinguer les deux origines potentielles de

pour des soucis de protection. M-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, *op.cit.*, note 622, pp. 80-109. Voir aussi Alain SERIAUX, « L'engagement unilatéral dans le droit positif français actuel, dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op.cit.*, note 622, pp. 7-20.

⁶⁴¹ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191, p. 245.

⁶⁴² *Id.*, p.245

⁶⁴³ Le professeur Jarrosson lui reproche par exemple de n'être ni universel, ni suffisant à lui seul. « Ce critère serait l'idéal s'il ne présentait l'immense inconvénient de n'exister avec certitude qu'une fois déduit d'un autre critère, et de reposer sur une notion (celle d'acte juridictionnel) très fuyante. De plus, ce critère conduit l'interprète à étudier la volonté des parties, ce qui n'est pas une garantie de précision, bien au contraire », C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191, p. 262.

la force obligatoire: contractuelle ou juridictionnelle⁶⁴⁴. Ce critère apporte donc un élément probant pour confirmer un constat en cours. C'est par son aspect négatif qu'il joue un rôle de vérification. « S'il n'y a pas force obligatoire, la qualification d'arbitrage ne pourra être retenue⁶⁴⁵ ».

Les arbitrages non contraignants créent une contradiction dans la qualification. N'est pas forcément un arbitrage, ce que les parties ont défini ainsi. Bien souvent leurs volontés ne feront que compliquer la tâche de l'interprète en empruntant différents traits à une ou plusieurs institutions pour ensuite les réunir sous une seule étiquette⁶⁴⁶.

Généralement, le but est de confier le litige à un tiers. Cela n'empêche en rien que plusieurs qualifications soient possibles : arbitrage, conciliation, transaction. Lorsqu'un tiers se voit confier l'examen du litige, dans une optique juridictionnelle, la tâche allouée à ce dernier semble être alors de l'arbitrage. Cependant, si l'on constate par la suite que la résultante est sans force contraignante, il ne s'agira plus obligatoirement d'un arbitrage, mais peut être d'une transaction⁶⁴⁷.

Afin d'éviter que les critères se télescopent, le professeur Jarrosson propose de mettre en place une échelle de valeur dans laquelle chaque critère tiendrait son rang. Les critères⁶⁴⁸ dits majeurs qui qualifient la situation et les critères dits mineurs qui ont une « fonction de vérification de la qualification vers laquelle le juriste s'achemine⁶⁴⁹ ».

⁶⁴⁴ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op.cit., note 191, p. 265.

⁶⁴⁵ Id., p. 266.

⁶⁴⁶ Id., p. 274.

⁶⁴⁷ C. JARROSSON, fait état du rapprochement entre l'arbitrage et les notions voisines telles que la médiation et la transaction. Alors que ces deux dernières auraient tendance à se juridictionnaliser, l'arbitrage penche vers la contractualisation « Les frontières de l'arbitrage », loc.cit., note 250, 11.

⁶⁴⁸ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op.cit., note 191, pp. 251-269.

⁶⁴⁹ Id., p. 274.

Doctrines et jurisprudence se rejoignent pour condamner l'éventuelle ingérence permise par la liberté contractuelle dans la qualification juridique⁶⁵⁰. Autrement dit, bien que l'institution en elle-même fasse une large part à l'autonomie de la volonté, celle-ci doit être circonscrite aux limites de ce qui relève justement du seul domaine contractuel.

Dés lors ne sera pas de l'arbitrage, le mécanisme de règlement des litiges que les parties auront choisi de définir comme tel, mais ce qui correspondra effectivement à sa définition juridique⁶⁵¹.

Est-ce à dire que l'arbitrage est une notion moniste? En d'autres termes, l'arbitrage est-il une notion pourvue d'une signification unique, opposée à toute polysémie? Ou au contraire, autorise-t-il une vision plurielle, une cohabitation de plusieurs sens? Le débat a passionné, notamment parce que l'étude du droit romain d'où ce procédé tire ses origines ne permet pas de trancher la question de manière précise⁶⁵².

Certes la conceptualisation contemporaine de la technique arbitrale est moniste, mais dans deux interprétations opposées : l'une restrictive et l'autre extensive. Dans le cas de l'interprétation restrictive, l'arbitrage moniste ne se conçoit que dans « la pureté de ses contours ». Ses frontières n'ont aucune vocation à s'étendre vers un arbitrage contractuel. L'interprétation extensive veut en revanche :

⁶⁵⁰ C. JARROSSON, prend l'exemple de l'arrêt de la Cour de Cassation de 1862 qui a posé le principe « que la qualification appartenant à ces tiers ne saurait dépendre de celle qui a été donnée par les parties mais ressort de la nature de la mission à eux confiés ». Ce principe est jusqu'à date confirmé par les cours, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191, p. 275.

⁶⁵¹ C. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », *loc.cit.*, note 250, 15.

⁶⁵² L'auteur décrit les deux formes d'arbitrage que connaissait l'époque romaine à savoir : *l'arbiter ex compromisso* dont la reddition de la sentence n'emportait des effets de droits, pas plus qu'il ne dessaisissait les tribunaux étatiques. Pour s'assurer un minimum de garanties, les parties inséraient au compromis une clause pénale. Existait en parallèle *l'arbitrium boni viri* qui ne visait la détermination d'une question de l'accord contractuel. Toutefois de nombreuses incertitudes planeraient sur la dualité de cette notion. Incertitudes qui auraient en toute vraisemblance été transmises aux droits occidentaux qui y ont puisés leur source, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191, pp. 356-360.

« rechercher en amont une notion suffisamment large pour englober toute expression de ce que l'on veut voir appeler arbitrage⁶⁵³. »

Il y a néanmoins des nuances dans cette extension, alors que, pour certains, elle permet d'englober aussi bien l'arbitrage juridictionnel que l'arbitrage contractuel, pour d'autres, en revanche, il ne s'agit que de faire prévaloir un arbitrage uniquement contractuel.

Le professeur Jarrosson, lui, ne se situe dans aucune de ces thèses. Selon cet auteur, la distinction entre arbitrage juridictionnel et contractuel est vaine.

« l'arbitrage contractuel [...] apparaît comme une notion vide de sens, ou tout au moins de contenu : il n'est d'arbitrage que juridictionnel, mais la notion d'arbitrage (qui est celle de l'arbitrage juridictionnel) est une notion assez large qui rend inutile la notion d'arbitrage contractuel qui n'a pas [...] d'existence véritable. L'arbitrage est donc une notion moniste, il faut en avoir une vision unitaire et large⁶⁵⁴. »

Unitaire car cette conception ne doit pas servir de justification à l'attraction de situations qui restent en marge de l'arbitrage au risque de dénaturer la matière.

Pourtant au même auteur de dire que :

« sauf si l'interprétation de la volonté des parties fait apparaître une volonté de recourir à autre chose qu'à l'arbitrage, il faut préférer la qualification d'arbitrage aussi souvent que possible, non seulement parce que son régime est cohérent et apporte aux parties de garanties très sérieuses, mais aussi et peut-être souvent parce que l'arbitrage correspond très souvent au souhait véritable des parties [...] La limite qui justifierait l'exclusion de la qualification d'arbitrage tient à l'existence, dans la situation d'un élément incompatible avec celle-ci⁶⁵⁵. »

Est-ce justement le cas lorsqu'on est en présence d'un arbitrage non contraignant? A l'heure actuelle, il faut prendre garde aux conclusions hâtives, la

⁶⁵³ C. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », *loc.cit.*, note 250, 15.

⁶⁵⁴ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op.cit.*, note 191, p. 364.

⁶⁵⁵ C. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », *loc.cit.*, note 250, 24-25.

réponse pouvant varier selon le côté de l'océan atlantique dans lequel on se situe et encore. A titre d'exemple, le cas de la sentence d'accord⁶⁵⁶ des parties peut illustrer l'extension des frontières de l'arbitrage. Ou, plus pertinent encore dans cette démonstration, est l'arbitrage de la dernière offre⁶⁵⁷. Dans ce cas d'espèce, l'arbitre, au mieux, ne peut retenir que l'une ou l'autre des propositions avancées par les parties, s'il ne se contente d'avaliser un accord que les parties auront elles-mêmes défini. Rien ne s'oppose alors à accorder aux parties un pouvoir décisif sur l'issue en raison de l'efficacité qu'une telle qualification pourrait avoir sur leurs obligations⁶⁵⁸.

Tout tourne autour de l'effet symbolique du mécanisme :

« Non-binding arbitration can play the role of both an “advisory opinion” and a place to vent. As an advisory opinion, it helps the parties to reassess their own opinion on their position; they can test their arguments in a “trial run” and evaluate the likely outcome of adjudication. As a place to vent, it may provide some catharsis; it may help alleviate anguish and aggression through expression and revelation. For both of these effects to take place, it is important that the parties feel that they have obtained a fair hearing—which supposes the use of the appropriate communication tools—and that they have been handed down a decision from an expert third party who is truly impartial⁶⁵⁹. »

⁶⁵⁶ La sentence d'accord aujourd'hui est reconnue dans la plupart des règlements des institutions arbitrales comme la CCI. Son règlement prévoit ainsi que : « si les parties se mettent d'accord alors que le tribunal est saisi du dossier dans les termes de l'article 13, peut, à la demande des parties et avec l'accord du tribunal arbitral, être constaté par une sentence rendue d'accord des parties ». Voir Serge LAZAREF, « Aux frontières de l'arbitrage et de l'ADR – La sentence d'accord des parties », *Gaz. Pal.* Mercredi 14 et Jeudi 15 novembre 2001.

⁶⁵⁷ L'arbitrage de la dernière offre ou encore dit base-ball vise en général la fixation du prix dans l'accord contractuel et permet à deux parties de soumettre simultanément leur proposition à un tiers désigné qui ne pourra opter que l'une ou l'autre considérée la plus juste. N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, n°185-186.

⁶⁵⁸ T. SCHULTZ: « alternative dispute resolution methods except arbitration are often not effective enough, because they produce case outcomes that are not legally binding enough. Such methods only engender contracts—if they work. To be enforceable by state authorities, contracts again require a judgement—which is too expensive. As it is expensive, the winning party will have only limited incentives to go to court, and the losing party will also have only limited incentive to obey the contract, because it is unlikely to become enforceable», « Binding or no binding », *loc.cit.*, note 443.

⁶⁵⁹ T. SCHULTZ, « Online Arbitration: Binding or no Binding », *loc.cit.*, note 443.

Bien entendu, cette « effectivité symbolique » ne se comprend et ne fonctionne que dans la mesure où elle s'accompagne de certaines garanties visant à conférer un instrumentum aux décisions prises (Section II).

Section II : Un instrument encadré par des mécanismes coercitifs

D'aucuns considèrent que l'émergence de processus alternatifs de règlement des litiges apparaît comme un moyen d'introduire une confiance dans l'acte d'achat virtuel : en cas de différend, le consommateur aura la possibilité d'avoir recours à un mécanisme simple et rapide qu'il pourra en partie contrôler. Il va sans dire que les avantages pour les conflits nés dans le domaine de la consommation sont clairs. D'ailleurs, si les mécanismes en ligne se sont si vite développés c'est parce que :

« les parties ressentent un fort besoin de sécurité juridique et que la crédibilité de ces nouvelles formes de règlement des conflits c'est certes de permettre de résoudre ceux-ci dans des conditions jugées meilleures que ne le ferait juge civil⁶⁶⁰. »

Comme le remarque Olivier Cachard, la liberté contractuelle trouve au sein du cyberspace les moyens de son expression:

« Parce [ce dernier] se trouve à la croisée du commerce international et des nouvelles technologies, le marché électronique constitue donc un terrain favorable au plein exercice de la liberté contractuelle. [...] Elle seule paraît apte à faire face à la dématérialisation du contrat et à la délocalisation des contractants⁶⁶¹. »

Cependant, les modes alternatifs de règlement des litiges ne peuvent être réellement efficaces que dans le cas où une volonté réciproque de trouver une solution satisfaisante existe. L'acceptation volontaire de la démarche est ainsi

⁶⁶⁰ Serge GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », dans *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1998, pp. 223 à 226.

⁶⁶¹ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 148.

l'intérêt et la limite de ce mode de résolution des différends. Essentiellement basés sur une volonté commune de compromettre, ces modes alternatifs se révèlent inopérants pour certains types de conflits. Aussi la satisfaction de ce « besoin de sécurité » nécessite des garanties procédurales. Si un premier pas vers l'accès à la justice est fait au travers de l'arbitrage en ligne, il reste néanmoins à prémunir les parties faibles contre les manquements potentiels du professionnel. Ainsi l'intérêt qu'aurait ce dernier à se soustraire à cet arbitrage - qui ne reste malgré tout que peu contraignant - doit être annihilé par divers mécanismes procéduraux.

Cependant cette processualisation des mécanismes en ligne n'aura pas nécessairement la même coloration que dans le monde réel. En effet, nous visons principalement certaines techniques de contrôle (I) avalisés par l'autorité étatique (II).

I. Les mécanismes de contrôle.

Les mécanismes que nous allons décrire précèdent ou suivent les transactions commerciales. Alors que la certification met l'accent sur la fiabilité des sites, la publication et les systèmes de gestion de réputation assurent, quant à eux, le suivi du comportement des acteurs.

Publier, c'est rendre compte. Rendre compte de la qualité de la justice fournie ainsi que de la sécurité et de la prévisibilité des résultats⁶⁶². La divulgation des décisions rendues introduit en effet une compétitivité entre les fournisseurs d'arbitrage en ligne⁶⁶³. Exposés aux règles du marché, les opérateurs se devront d'être attractifs face à une clientèle qui pourra comparer entre les

⁶⁶² L.M. PONTE, « Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations For Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions », 12 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 441 (2002), 488-489.

⁶⁶³ O. RABINOVICH-EINY, « Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age », 7 *Va. J.L. & Tech.* 165 (2002).

différentes offres et opérer son choix en fonction de différents paramètres, tels que, entre autres, la rapidité ou le coût, des solutions retenues⁶⁶⁴.

Dans l'arbitrage traditionnel, il est de principe que le déroulement de la procédure comme son issue, soient entourés de la plus complète confidentialité⁶⁶⁵. Cette exigence fondamentale est totalement justifiée dans la mesure où ce sont des acteurs aux poids économiques équivalents ou identiques qui tentent de régler leurs différends. Ces derniers, ou du moins leurs conseillers aguerris par des années de pratique, en maîtrisent les tenants et les aboutissants. La symétrie est dans ce cas presque totale entre les parties⁶⁶⁶.

Dans le modèle de l'arbitrage en ligne, nous avons à faire à une justice de masse. L'asymétrie entre les pouvoirs des adhérents et des commerçants nécessite un aménagement des règles traditionnelles. Et cet aménagement passe nécessairement par la transparence du processus.

« La publication des résultats semble constituer une exigence capitale pour la crédibilité des mécanismes de résolution des litiges en ligne et corrélativement pour la confiance des parties à la procédure. D'un côté, la publication constitue sans aucun doute un facteur ordinaire de confiance pour le règlement des différends et, de l'autre, la transparence en général semble revêtir globalement une importance toute particulière dans l'environnement électronique, puisque les véhicules habituels de la confiance (apparence matérielle, réputation) y sont sinon absents, du moins affaiblis. Partant, la confiance dans la résolution des litiges en ligne, cas de figure affecté par ces deux facteurs, bénéficierait de manière particulièrement marquée de la publication. Dans cette seconde perspective, la publication répond en conséquence aux intérêts des

⁶⁶⁴ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 288-289.

⁶⁶⁵ M.S.A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, *loc.cit.*, note 25, 50.

⁶⁶⁶ L. J. GIBBONS, « Private Law, Private justice: Another look at privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », *loc.cit.*, note 426, 779.

fournisseurs de résolution des litiges en ligne, c'est-à-dire les institutions d'ODR⁶⁶⁷. »

En fait la publication fait office de « catharsis » pour les litigants. Pour les uns, les acheteurs, il s'agit de donner la preuve qu'une solution, voire même une réparation, est possible⁶⁶⁸. Pour les autres, les vendeurs, il s'agit d'accroître leurs gains en éliminant l'une des principales réticences aux achats en ligne⁶⁶⁹.

Publier une décision de réparations est une chose, mais encore faut-il que celle-ci soit accompagnée d'un dédommagement effectif. Partant, l'appel à des mécanismes d'incitations s'avère indispensables. Ces derniers peuvent recouvrir plusieurs formes. Lorsqu'ils se situent en amont, il pourra s'agir de la labellisation du site commercial⁶⁷⁰. Il s'agit d'une « marque de confiance » destinée à assurer « la conformité d'une activité aux exigences d'un standard

⁶⁶⁷ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 289.

⁶⁶⁸ ABA Task Force on E-Commerce and ADR and Shidler Center, « Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report », *loc.cit.*, note 24, 444-446.

⁶⁶⁹ Reste toutefois que le consensus n'est pas général sur la question des modalités de la publication. Cette dernière doit-elle être complète c'est-à-dire non anonyme ou au contraire doit-elle seulement s'agir de « publication de tendances générales, de données compilées, de statistiques et d'informations globales sur les résultats des procédures ». On comprend bien sûr que l'enjeu est différent selon qu'on se place du point de vue des consommateurs ou de celui des professionnels. En fait, il n'y a de réel antagonisme entre la publication et la confidentialité que dans les relations entre professionnels. Dans ceux incluant les consommateurs la publication sera à l'opposé un gage de bonne foi. T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 291-292.

⁶⁷⁰ Le professeur Vincent Gautrais précise que le mécanisme conduit à une « relation triangulaire [...] Le label de qualité est donc une image, un logo, un signe de reconnaissance qu'un marchand appose sur son site pour rassurer ces clients et notamment le plus démuné d'entre eux à savoir le consommateur. Une relation triangulaire est donc mise en place, conformément au processus même de certification, qu'il soit d'identité ou de qualité. En effet, il implique une autorité de certification, un abonné, c'est-à-dire un commerçant qui emploie les services de l'autorité de certification, et enfin l'utilisateur final, le consommateur qui « magasine » sur la base de la confiance que le sceau lui apporte », dans « Labellisation de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur », (1999) 3 *Ubiquité* 91-109, p. 91 ; Voir également « Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final recommendations and Report », *loc.cit.*, note 24, pp. 437-440. Voir également O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 274 et Bernard BRUN, « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », in *Lex Electronica*, vol. 7, n°1, été 2001, <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-1/brun.htm>.

prédéfini⁶⁷¹». Par l'apposition d'un logo sur le site d'arbitrage en ligne, le détenteur est contraint au respect de certaines règles de conduite. La violation de celles-ci conduisant au retrait du label, il s'agit d'une véritable contrainte à visée économique car posséder ce label constitue une norme de référence vis-à-vis des intéressés⁶⁷².

C'est la réputation du cybermarchand que l'on vise comme dans les hypothèses des listes noires ou des systèmes dits de gestion de réputation. Dans le cas des listes noires, il s'agit de compléter l'objectif poursuivi par la certification en insérant une graduation dans la sanction. Antérieurement au retrait du label, on dévoile les « noms des cybermarchands n'ayant pas exécuté le résultat d'une procédure en ligne ».

Dans la même optique, le système de gestion des réputations d'eBay⁶⁷³ met en place un historique du comportement des participants visible en tout temps⁶⁷⁴. Ce système de « *feedback* » institue une véritable réputation électronique pour les deux parties⁶⁷⁵ dont elles ne peuvent se départir sauf à

⁶⁷¹ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 274. Le label est soumis au contrôle d'un organisme de certification qui peut être aussi bien d'origine privée que publique. Son objet peut également varier, il pourra par exemple s'agir « du respect de la vie privée, des pratiques publicitaires, de la transparence commerciale du respect de certaines pratiques commerciales ou dans le cas qui nous intéresse de la soumission des litiges à des modes spécifiques de règlements des différends. Voir « Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final recommendations and Report », *loc.cit.*, note 24, pp. 437-440.

⁶⁷² Pour produire les effets désirés il est nécessaire que le label acquière une valeur en tant que normes de références au niveau de la clientèle. Son retrait entraînerait dans cette hypothèse un manque à gagner pour le commerçant. Bien qu'elle soit encore peu répandue, les commentateurs plaident une généralisation de ce procédé de nature à jouer sur la confiance des consommateurs. Steve ABERNETHY, « Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems », dans *Online Dispute Resolution (ODR): Technology as the « Fourth Party »*, Amherst, Publications des Nations Unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, pp. 70-85.

⁶⁷³ E. KATSH, Janet RIFKIN et Alain GAITENBY, « E-Commerce, E-disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law» », 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 705(1999-2000).

⁶⁷⁴ eBay a mis en place un système qui permet à chaque partie à une transaction de laisser un commentaire qui rend compte du comportement de son vis-à-vis durant l'opération. Alors que les commentaires positifs permettent aux participants de gagner des points, les observations négatives les retirent. Du coup, chacun connaît avant de s'engager les habitudes des uns et des autres.

⁶⁷⁵ Colin Rules souligne que le point de passage dans l'établissement de la confiance dans le commerce électronique est le développement de la communication entre les parties à travers notamment leurs expériences. Aussi écrit-il: « A logical way to build trust-in-transactions is to connect buyers and sellers to some sort of system that keeps track of their transaction history. Every time a business takes part in transaction, for example, the system could invite the other side to offer their perspective on how well the business performed. Over time a comprehensive history

soumettre à la procédure de règlement de SquareTrade. Ces antécédents permettent de stigmatiser les opérateurs indéclicats et voire même de les exclure de la place de marché considérée⁶⁷⁶. Cette exclusion :

« consiste à ne plus rendre accessible les offres ou les demandes des acteurs de la place de marché [...] Cela implique une mesure telle que la désactivation de l'accès au domaine réservé aux membres, la suppression des pages web relatives à l'acteur, la destruction de son avatar ou l'annulation du référencement de l'opérateur dans un *webring*⁶⁷⁷. »

Le bannissement peut être définitif ou limité dans le temps, mais quoiqu'il en soit sa portée est non négligeable dans la mesure où il s'inscrit dans un réseau fermé⁶⁷⁸. Ce n'est pas seulement la réputation de l'opérateur qui est ainsi entachée, mais aussi l'existence vitalité de son commerce qui peut prendre fin⁶⁷⁹.

Le point commun de ces mécanismes est donc d'influer d'une manière ou d'une autre sur la réputation des acteurs. Cette contrainte prend deux formes, elle est à la fois économique et sociale. Économique du fait que l'offrant peut perdre toute capacité à faire parti du jeu du marché. L'aspect social, quant à lui,

of the business's transaction would develop, a history that new customers could consult before they decided to buy or sell something with that business», cité par T. SCHULTZ, « Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust », 6 *N.C. J.L. & TECH.* 71(2004), 83, également à l'adresse:
http://www.jolt.unc.edu/Vol6_11/pdf/Schultz%20v6i1.pdf

⁶⁷⁶ Oliver Cachard décrit en effet l'organisation du cyberspace comme des plates-formes commerciales présentées sous forme de sites web communautaires. Sont ainsi réunis des professionnels selon les secteurs d'activités pour une meilleure centralisation et gestion de l'offre et de la demande mais aussi pour réaliser une distribution efficace des produits, le tout assorti de garanties technologiques et juridiques et sociales. E. KATSH, Janet RIFKIN et Alain GAITENBY, « E-Commerce, E-disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law», *loc.cit.*, note 673, pp. 705-728.

⁶⁷⁷ O. CACHARD, *La régulation du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, p. 259.

⁶⁷⁸ Si la caractéristique du Réseau Internet est d'être ouvert, il contient en son sein des sous-catégories qui elles peuvent être cloisonnées. La différence en cas de sanction de ce type est alors que lorsque l'exclusion provient d'un fournisseur d'hébergement, son impact est nécessairement limité dans le temps. Il suffira pour l'intéressé de requérir au service d'un autre fournisseur concurrent. En revanche lorsqu'on est face à un réseau fermé, la réintégration peut être s'avérer totalement impossible. L'accès est dans ce cas de figure strictement contrôlé. O. CACHARD, *La régulation du marché électronique*, *op.cit.*, note 28, pp. 260-261.

⁶⁷⁹ E. KATSH, Janet RIFKIN et Alain GAITENBY, « E-Commerce, E-disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law», *loc.cit.*, note 673, p. 731.

se traduit par « le renforcement du sentiment d'appartenance à une communauté », la réputation lève le voile sur l'anonymat⁶⁸⁰.

II. Un appui nécessairement étatique.

«That's an amazing invention-but who would ever want to use one of them?⁶⁸¹. »

Nous avons largement évoqué la question de la confiance des utilisateurs dans les nouvelles technologies que tous s'accordent à désigner comme le problème majeur du cyberespace⁶⁸². On retrouve ce terme partout, il semble faire défaut à tous les pans du commerce électronique (vie privée, transactions commerciales, criminalité). Dans notre matière, son effet se mesure quant à l'accueil que l'arbitrage en ligne a jusqu'à présent reçu. Le constat reste mitigé, pour ne pas dire très faible. Il l'est sans doute même plus pour l'arbitrage que pour les autres mécanismes qui évoluent avec lui en parallèle.

Pour nombres d'auteurs, l'instauration d'une telle confiance ne nécessite pas d'intervention étatique alors que pour d'autres cette intervention paraît indispensable. La remise en cause du rôle de l'État en tant qu'autorité de contrôle du cyberespace a été largement commentée et dépasse le cadre de notre analyse, mais cette question rejaillit sur notre sujet. Dans la mesure où, adapté ou non dans sa conception moderne au commerce électronique, l'État possède une légitimité que l'on ne peut occulter.

⁶⁸⁰ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 360-361.

⁶⁸¹ Julia HORNLE, citant Rutherford B. Hayes, président des États-Unis de 1877-1881, « Online Dispute Resolution – More Than The Emperor's New Clothes », disponible à l'adresse: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Hornle.pdf>.

⁶⁸² Voir Rufus PICHLER, « Trust and Reliance – Enforcement and Compliance: Enhancing Consumer Confidence in the Electronic Marketplace (2000), en ligne: <http://www.oecd.org/dataoecd/0/18/1879122.pdf>. Et E. KATSH, « Adding Trust Systems to Transaction Systems: The role of Online Dispute Resolution, First Un Economic Commission For Europe Forum on Online Dispute Resolution à l'adresse: http://www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc.

Si sa place et surtout ses pouvoirs sur Internet ne peuvent être identiques à ceux dont il est titulaire dans le monde réel, sa constance même symbolique pourrait servir de support vers pour plus de confiance envers les mécanismes de règlement en ligne. En effet:

« ODR is in need of trust, trust can be provided through architectures of control, and such control should be in the hands of government in order to induce trust [parce que] People will trust ODR only if the government controls it⁶⁸³. »

C'est en fait la « faculté dont dispose l'État d'amener les individus à se conformer aux normes qu'il prescrit » qui est recherché. Ce sceau de légitimité sur lequel repose la pérennité de l'ordonnement juridique. Car à ne pas en douter, la faculté de contrainte, consubstantielle à la notion de droit, est déterminante pour créer effectivité, efficacité et même validité juridique⁶⁸⁴. Finalement c'est l'impérium étatique qui est consacré comme garant d'une unicité juridique et partant des droits des sujets.

Bien entendu dans le cyberspace, l'approche est différente en raison de la multiplicité des territoires et des sujets qui y cohabitent. Il s'agit alors d'entrevoir une autre manière de déterminer les modalités de la contrainte.

Est donc visé l'insertion, dans une plus vaste architecte, une autorité étatique dont le rôle est d'informer, d'accréditer ou encore de recevoir en appel les décisions par les plates-formes électroniques⁶⁸⁵. La légitimité qui recouvre le

⁶⁸³ T. SCHULTZ, « Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust », *loc.cit.*, note 674, 72.

⁶⁸⁴ T. SCHULTZ, citant E. Kant lequel écrivait que « le droit est lié à la faculté de contraindre ». L'auteur en conclut que « quand bien même l'effectivité instrumentale ne saurait résumer à elle seule toutes les interactions entre le droit et le réel, quand bien même la contrainte n'est ni le seul mode opératoire du droit ni un mode opératoire de toutes les normes, la seule capacité à contraindre demeure indispensable à tout ordonnancement juridique. Il est ainsi souvent argué que l'absence de capacité à contraindre remet en question la juridicité même d'un ordonnancement juridique », dans *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, pp. 318-319.

⁶⁸⁵ Voir par exemple ABA Task Force on E-Commerce and ADR and shidler Center, « Addressing disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report », *loc.cit.*, note 28, p. 449. Et Th. SCHULTZ, « An Essay on the Role of Government for ODR. Theoretical considerations about the future of ODR » dans *Online Dispute Resolution (ODR) Technology as*

système étatique permet dans cette optique de répondre en quelque sorte des plates-formes de règlement en ligne.

L'accréditation servira de guide aux utilisateurs vers une liste ou registre d'institutions triés sur le volet et dont les pratiques sont reconnues par l'entité étatique. Est ainsi mise à la disposition des internautes « une information fournie sur les activités des organismes de résolution des litiges en ligne » leur servant de repères. Listés, évalués et certifiés, les centres en questions reçoivent ainsi un agrément qui suppose le respect de certains standards minima⁶⁸⁶.

A un niveau intermédiaire, le soutien étatique peut se traduire par des centres d'information et d'assistance (*clearinghouse*) qui relie « les futurs demandeurs dans une procédure ODR et les organismes de résolution des litiges ». Ils concentrent alors le rôle de tiers certificateur, mais également de contrôle des institutions. Dans un premier temps leurs conseillers n'orienteront les utilisateurs que vers des organismes qualifiés et dans un second temps ils pourront assurer la supervision des opérations dans l'initiation de la procédure⁶⁸⁷.

A l'heure actuelle, il existe deux exemples de centres réunissant ces fonctions. Au niveau communautaire, il s'agit du Réseau extrajudiciaire européen⁶⁸⁸ (EJE) qui, sous la condition préalable de l'adoption des recommandations de la Commission, incorpore des organismes ODR et développe de fait un répertoire d'organismes vers lesquels les consommateurs

the "Fourth Party", *op.cit.*, note 664, p. 99 et M. PHILIPPE, « Where Is Everyone Going With Online Dispute Resolution (ODR) ? », *loc.cit.*, note 222, p. 167.

⁶⁸⁶ T. SCHULTZ distingue les rôles que ce type de contrôle peut couvrir. Il décrit les quatre types d'interventions de l'entité : registraire, guide, évaluateur et certificateur, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, pp. 539-540.

⁶⁸⁷ Le rôle de ces centres est donc « de fournir des formulaires de réclamations de réclamation à compléter en ligne, de jouer le rôle d'un tiers de confiance pour les paiements des utilisateurs aux institutions d' ODR, de filtrer les demandes et de fournir toute sorte de conseils sur la résolution des litiges en général », T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 545.

⁶⁸⁸ Le réseau a été créé en 2001 et a pour but « d'établir un réseau d'organes nationaux de règlement extrajudiciaire de litiges pour une résolution rapide et efficace des litiges de consommation transfrontaliers, en utilisant les nouveaux moyens de communication, notamment l'Internet ».

désireux de déposer une plainte seront orientés. Dans chaque État membre, ces points d'ancrage nationaux sont soumis à des contrôles fréquents afin d'évaluer le maintien des critères requis.

Dans une optique similaire le *Dispute Resolution ClearingHouse* de la CCI permet, de l'information au contrôle, de rassurer les consommateurs sur la fiabilité de certains organismes⁶⁸⁹.

Enfin, le contrôle étatique peut se traduire par un deuxième degré de « juridiction » en instaurant des instances de recours en ligne⁶⁹⁰. En matière d'arbitrage, il s'agira d'une seconde instance qui sera chargé de réexaminer l'affaire portée devant lui par l'une des parties non satisfaite par la décision rendue.

Dans la mesure où l'exécution de cette dernière sera le plus souvent volontaire, l'éventuelle invalidation de la sentence peut accroître ses chances d'effectivité. Autrement dit, la probabilité que les parties exécutent le projet de sentence est plus élevée lorsque celui-ci a pu être soumis à un double examen.

Si une partie se montre réticente au premier niveau, l'appel aura pour effet, et ce même si la décision est confirmée, d'adoucir le sentiment d'injustice ressenti par la partie qui aura par deux fois dû succomber aux décisions arbitrales⁶⁹¹. L'arbitrage en ligne apparaîtrait alors à ce stade comme un véritable « système » de résolution de litige achevé. Le recours en ligne confèrerait un aspect entier au processus de cyberjustice⁶⁹².

⁶⁸⁹ Voir le Document de travail relatif à la création d'un Réseau extrajudiciaire européen (EJE) du 20 mars 2000, de la Commission européenne DG Sanco, disponible à l'adresse : [http : www.europa.eu.int/comm/consumers/redress/out_of_court/eej_net/acce_just06_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/consumers/redress/out_of_court/eej_net/acce_just06_fr.pdf).

⁶⁹⁰ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 545 et M. PHILIPPE, « Where Is Everyone Going With Online Dispute Resolution (ODR) ? », *loc.cit.*, note 222, p. 188.

⁶⁹¹ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, pp. 432-433.

⁶⁹² C'est dans le cadre de la procédure URDP que fut évoqué pour la première fois la question des instances de recours en ligne. Plusieurs auteurs ont conclu au vu des divergences constatées dans la procédure qu'une instance supérieure instaurerait plus d'unité dans le système de résolution de l'ICANN. Partant une instance de recours permettrait de voir la procédure URDP « davantage comme un droit global et moins comme un système de résolution alternative ». Voir L.R.

Ces instances s'inscriraient ensuite dans une optique d'harmonisation « de la production juridique » et de « la sécurité juridique », les décisions prises au niveau supérieur servant en ce sens à la création de « précédent ou à tout le moins « décision de principe ». Dans ce schéma, il y aurait un véritable contrôle de la décision contestée sur le fond⁶⁹³.

HELPER et G. DINWOODIE, « Designing Non-National System : The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », *loc.cit.*, note 269, 252. M.S. DONAHEY, « A Proposal for an Appellate Panel for the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy » 18 *J.Int.Arb.* 131(2001), 131-132 et M. MUELLER, « Rough Justice: An Analysis of ICANN's Dispute Resolution Policy », *loc.cit.*, note 275.

⁶⁹³ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 545.

CONCLUSION

« Build it and they will come ⁶⁹⁴. »

L'heure est venue pour nous de conclure. Pour ce faire nous empruntons volontiers la plume d'un Léon Duguit ou d'un Hans Kelsen pour lesquels :

« L'unique moyen pour assouvir nos aspirations vers la justice et l'équité c'est l'assurance résignée qu'il n'y a pas d'autre justice que celle que l'on trouve dans le droit positif des États⁶⁹⁵. »

Cependant, doit-on nous résigner à entendre par justice la seule institution ancestrale à laquelle les États nous ont jusqu'alors habitué ? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que, bien souvent par le passé, un seul choix était offert aux parties désireuses de résoudre un différend : avoir recours aux tribunaux. Ce monolithisme juridictionnel empêchait de facto toute alternative extrajudiciaire à la résolution de situations conflictuelles. Si celle-ci existait, les parties ne pouvaient que craindre dans bien des cas son inefficacité. Pour venir à bout du litige, dans ce schéma, tous les intéressés étaient focalisés sur le droit national et sa procédure.

Aujourd'hui, il semble évident pour l'observateur le moins avisé que cette situation est révolue. Cette évolution trouve en effet son origine dans un triptyque caractéristique de notre époque.

Tout d'abord, la vente est, parmi toutes les opérations juridiques contemporaines, celle qui traverse sans nul doute avec la plus grande facilité l'ensemble des frontières géographiques. Au même titre qu'elle a historiquement

⁶⁹⁴ H. H. PERRITT, « Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for new forms of ADR », *loc.cit.*, note 135, 702.

⁶⁹⁵ L. DUGUIT et H. KELSEN, Préface au premier numéro de la Revue internationale de la théorie du droit, citée par T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *op.cit.*, note 194, p. 509.

permis le développement du commerce, elle est aujourd'hui l'un des outils majeurs qui parachèvent la mondialisation des économies.

Ensuite, le monde singulier du commerce a, dans sa quête continuelle de commodité, permis l'avènement d'un mode extrajudiciaire des litiges : l'arbitrage.

Puis enfin, les progrès technologiques aidant, le commerce est devenu virtuel. Quelques secondes suffisent pour écouter la dernière chanson de notre groupe préféré ou acheter le billet d'avion de nos prochaines vacances. Pour que l'arbitrage ne soit pas en reste, on tente de le dématérialiser lui aussi.

Pourtant, pour ce mode résolution des litiges, la transition entre les pratiques anciennes et l'ère du tout virtuel n'est pas aussi simple qu'il peut le sembler. Absorbé par les législations étatiques comme en atteste la liste des États signataires des Conventions de New York de 1958 et de Washington de 1963, l'arbitrage dispose d'un cadre juridique grâce auquel ces derniers ont veillé à ce qu'il ne contredise pas certaines lois, notamment, celles édictées pour contrecarrer les injustices auxquelles la société moderne expose les plus démunis⁶⁹⁶. Son déclenchement, de même que son exécution ont dès lors été entourés d'un formalisme.

Dans le cyberspace, le concept d'État au sens traditionnel du terme - territoire /population/souveraineté- perdait beaucoup de sa vigueur. A l'heure des flux d'échanges d'informations et de données ultra rapides l'État providence, l'État protecteur des plus faibles devient une chimère, à tout le moins dans le domaine du commerce. C'est la place laissée vacante par cet affaissement de la réalité étatique que l'arbitrage en ligne tente, avec ses atouts, de combler.

⁶⁹⁶ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution en ligne des litiges*, op.cit., note 194, p. 521.

Toutefois cette ambition ne suffit pas à faire respecter tous les critères auxquels est associée la notion de légitimité.

Car c'est bien autour de celle-ci que tourne l'acceptation de cet ODR.

Les mécanismes d'arbitrage ont subi une véritable mutation au fil des années, mutation qui se manifeste tant par la quantité de matières dans lesquelles on recourt à ce processus de nos jours, que par le sens nouveau qu'on accole aujourd'hui à ce processus. Le développement exponentiel des transactions commerciales ces dernières décennies a permis de voir des centres se spécialiser dans la résolution du contentieux né du commerce électronique, dernier avatar d'un monde marchand avide de profits.

L'arbitrage, comme la médiation ou la transaction peuvent aussi l'être à leur manière, est considéré comme le « seul moyen de recours économiquement accessible et donc le seul lieu de justice réellement ouvert⁶⁹⁷ ». Ce faisant, l'arbitrage en ligne a été calqué, à tout le moins symboliquement, sur les procédures traditionnelles d'arbitrage. L'esprit humain étant plus rétif à la rupture qu'à l'évolution en douceur, les procédures d'arbitrage en ligne se devaient de reprendre à leur compte les repères matériels existant jusqu'alors pour en faire des « équivalents fonctionnels ». Cependant, si l'arbitrage en ligne s'est largement inspiré des mécanismes traditionnels, l'inverse n'est pas forcément évident. Toutefois dans cette fonction, il influe peu sur sa forme originelle puisque voué à évoluer en parallèle sans le remettre en cause.

De fait:

«The Internet will not dramatically change the international arbitration world as we know it. International arbitration of large, complex, multi-million dollar disputes will continue much as it has before, with the Internet offering modest improvements as a distribution channel of information and a vehicle for more effective case management. But the Internet

⁶⁹⁷ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 6.

will revolutionize international arbitration because electronic commerce will spawn a new wave of international arbitration in which small amounts are at issue and in which new methodologies are needed to resolve those disputes. So will the Internet revolutionize the Old World of international arbitration? No. But will the Internet usher in a New World of international arbitration? Yes⁶⁹⁸. »

Il était nécessaire de se défaire du carcan du positivisme juridique pour pérenniser le développement du commerce électronique. Une fois l'idée posée, le schéma accepté et les modifications tolérées, c'est à une autre question qu'il faut répondre.

L'arbitrage en ligne est-il réellement capable de combler les espérances qu'il a suscitées? Si intellectuellement, l'idée d'un arbitrage en ligne rapide et efficace séduit, il en est autrement de la pratique. Aussi, cette procédure novatrice rencontre pour l'heure bien moins de succès que la procédure de médiation ou que celle de l'URDP, pour ne citer que ces deux exemples particulièrement symboliques.

C'est sans doute une des raisons pour lesquelles certains auteurs ont préconisé l'extension du modèle URDP au commerce électronique en général. Ce serait néanmoins occulter le fait que cette procédure repose sur une technique :

« [qui] aurait donné à l'ICANN le contrôle exclusif de l'espace des noms de domaine le plus rentable commercialement et aurait permis de conditionner l'accès à cet espace au consentement du demandeur à une série de règles substantielles [pour ensuite lui conférer] les moyens de mettre la procédure en œuvre d'une manière simple et automatique sans avoir à subir les retards ou les contraintes inhérentes à l'exécution des jugements⁶⁹⁹. »

⁶⁹⁸ R. P. ALFORD, « The Virtual world and the Arbitration World », *loc.cit.*, note 228, 449-450.

⁶⁹⁹ Catherine RUWET, *La procédure UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) au sein des modes complémentaires de règlement des différends: aspects procéduraux*, Mémoire DEA, Droit et Nouvelles Technologies, en ligne: http://www.droit-technologie.org/dossiers/UDRP_aspects_proceduraux.pdf et L. HELFER et G. DINWOODIE, « Designing non-national systems: the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », *loc.cit.*, note 269, 103-113.

En dépit de l'efficacité dont cette structure a fait preuve, n'oublions pas de mentionner qu'elle fait l'objet d'une salve de critiques, notamment en raison d'une absence de légitimité qui est à l'heure actuelle de plus en plus condamnée⁷⁰⁰. Sa propagation « extra muros » est sans doute trop ambitieuse.

Sur le principe cependant, il faut bien admettre que ce système présente des avantages dans le sens où il s'agit « d'un système juridique propre [à cette] place de marché électronique⁷⁰¹ ».

Dans cette dynamique, la croissance d'une communauté numérique s'effectuerait autour d'institutions et d'un système juridique qui lui seraient propres. Identifier l'existence de tels systèmes nécessite la réunion de plusieurs critères. Pour Thomas Schultz, il s'agit de :

« la présence d'un groupe disposant d'une autonomie sociale, organique et organisationnelle, cette autonomie se traduisant en général par un dédoublement ou une *secondarisation* du groupe au travers des institutions ayant des compétences législatives, juridictionnelles et d'exécution⁷⁰². »

A l'image d'eBay, les places de marchés sont des lieux d'échanges virtuels dont l'objectif est d'agrèger les offres et les demandes de clients et de vendeurs⁷⁰³. S'y retrouvent donc autour d'intérêts communs « opérateurs économiques, fournisseurs et destinataires de services, acheteurs et vendeurs, professionnels et consommateurs ».

⁷⁰⁰ L. HELFER et G. DINWOODIE, « Designing non-national systems: the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », *loc.cit.*, note 269, 112-120. Et A. CRUQUENAIRE, *Le Règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 194; FROMKIN A.M., ICANN's « "Uniform dispute resolution policy"-causes and partial cures », 67 *Brooklyn L. Rev.* 605 (2002), 716-717.

⁷⁰¹ T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement en ligne des litiges*, *op.cit.*, note 194, p. 490.

⁷⁰² *Id.*, p. 440.

⁷⁰³ *Id.*, p. 501.

Généralement, l'accès à ces places de marché va nécessiter un agrément et son utilisation, le respect de règles de commerce de cette place. Ces dernières, plus ou moins contraignantes, sont définies au sein de documents contractuels⁷⁰⁴. Ces règles ou codes reflètent la « compétence législative⁷⁰⁵ » de ces places, complétée au niveau du pouvoir juridictionnel par les organismes de résolution en ligne des litiges⁷⁰⁶. Enfin au niveau de l'exécution, des mécanismes coercitifs assurent le suivi des décisions rendues par les juges de la place⁷⁰⁷.

C'est donc à un morcellement⁷⁰⁸ du cyberspace auquel conduit cette analyse. Chaque entité est donc pourvue de son propre ordonnancement, c'est-à-dire est d'un « cadre juridique uniforme » qui lui assure « efficience et efficacité juridictionnelle ». On est face à une alliance pour répondre aux besoins de chacun : pour les uns (place de marché) cela conforte la confiance des acteurs en mettant à leur disposition des voies de solution en cas de conflits et pour les autres (ODR), c'est « l'assurance d'un nombre important de litiges à traiter⁷⁰⁹ ».

On est loin de l'image du cyberspace sans frontières ; à l'inverse, elles sont réintroduites par cette perspective qui considère :

« les communautés numériques en tant que sous-systèmes sociaux et localisés qui peuvent avoir leur propre droit et leur propre mécanisme de résolution des litiges, normalement un ODR⁷¹⁰. »

⁷⁰⁴T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, op.cit., note 194, pp. 493-494.

⁷⁰⁵Id., pp. 494-500.

⁷⁰⁶L'auteur vise les cas où une institution d'ODR ne serait pas dédié à une seule place de marché mais gérerait les litiges pour le compte de plusieurs places en raison des coûts financiers qu'implique un tel établissement pour une place unique mais également parce qu'il s'agit d'une matière jeune, il faut un soutien extérieur pour gager de sa stabilité et de son impartialité. T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, note 194, p. 501.

⁷⁰⁷Id., p. 502.

⁷⁰⁸Id., pp. 229-231.

⁷⁰⁹T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par le règlement en ligne des litiges*, op.cit., note 194, pp. 503-504.

⁷¹⁰Id., p. 231.

BIBLIOGRAPHIE

1. Lois, traités, directives

Canada

- Code civil du Québec
- Code de procédure civile
- Code de procédure civile
- *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q., c. 32
- *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage* L.Q., 1986, c. 73.
- *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.
- *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, c. 21

Etats-Unis

- *Uniform Commercial Code*, en ligne: <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>
- *Uniform Computer Information Transactions Act*, en ligne : <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucita/citam99.htm>
- *Uniform Electronic Transactions Act* (1999), en ligne: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>
- *Utah Digital Signature Act*, Utah Code §§ 46-3-101 à 46-3-504, L. 1995, ch. 61
- Truth-in-Lending Act, 15 U.S.C. §§ 1601–1667 (2004)
- US Federal Reserve Board's implementing regulation Z, 12 C.F.R. § 226.12 (2001).

- Restatement of the Law Second, Conflicts of Law, dans The American Law Institute, 1971
- Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. no 105-304, 112 Stat. 2860, 1998, codifié en diverses sections de 17 U.S.C., 28 U.S.C. et 35 U.S.C.
- Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 15 U.S.C. §§ 7001–7031 (2000)
- Uniform Computer Information Transaction Act, de 2001

Europe

- *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles, le 27 septembre 1968, en ligne :
http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_498Y0126_01.html
- *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE, en ligne :
http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/498y0126-3/498y0126-3_FR.doc
- *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, en ligne :
[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997L0007&model=guichett.](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997L0007&model=guichett)
- *Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998 p. 0037 – 0048, en ligne :
http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_398L0034.html
- *Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*, Journal officiel n°524L 217 du 05/08/1998 p. 0018 – 0026, en ligne : http://europa.eu.int/eurlex/fr/lif/dat/1998/fr_398L0048.html
- *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures*

électroniques, Journal officiel no L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020, en ligne : http://europa.eu.int/eurlex/fr/lif/dat/1999/fr_399L0093.html

- *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »)*, Journal officiel no L178 du 17/07/2000 p.0001-0016, en ligne : http://europa.eu.int/eurlex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html
- *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, 93/13 CEE du 5 avril 1993, J.O.C.E. L.95 21 avril 1993, en ligne : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1993/fr_393L0013.html
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur, COM/98/0586 final - COD 98/0325, JOCE n° C 30 du 5 février 1999, p. 4, art. 11 §1 a), en ligne: <http://www.ccip.fr/etudes/propos/qjurid/sai9903/comelec.htm>
- Recommandation no 94/820 du 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées, *JOCE no L. 338* du 28 décembre 1994
- Règlement européen Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, en ligne : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf

France

- Code civil.
- Code de commerce
- *Loi no 78-22 du 10 janvier 1978 sur les opérations de crédit.*
- *Loi no 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*
- (JO(RF) du 2 février 1995, p. 1755).
- *Loi n°200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (I)*, J.O. no62 du 14 mars 2000, p. 3968, en ligne: <http://www.assembleenationale.fr/ta/ta0465.asp>

- *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, en vigueur le 19 décembre 1991, Journal Officiel du 16 mai 2001 à l'article L411-4, en ligne : <http://www.adminet.com/jo/20010516/ECOX0000021L.html>
- Nouveau code de procédure civile
- Projet de loi sur la société de l'information (LSI), version du 14 juin 2001, en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3143.asp>

Nations-Unies

- Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises, Vienne, le 11 avril 1980, A/CONF. 97/18.
- *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* Genève, 21 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 484, p. 349.
- *Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Genève, 26 septembre 1927, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 92, p. 301.
- *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol.330, p. 3, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-convf.htm>
- *Loi type sur l'arbitrage commercial international*, 21 juin 1985, Document A/40/17, annexe I, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/ml-arbf.htm>
- *Loi type sur le commerce électronique* et Guide pour son incorporation 1996, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm#TOP>
- *Loi type sur les signatures électroniques*, adoptée le 5 juillet 2001, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf>

Autres

- Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1er juillet 1964.

- Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1^{er} juillet 1964.
- Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 1994, en ligne :<http://www.unidroit.org/french/principles/contents.htm>
- English Arbitration Act 1996
- English Consumer
- Arbitration Agreements Act 1988
- Groupe de travail canadien sur le commerce électronique et les consommateurs, « Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique », 16 janvier 2004
- ICANN – Uniform Dispute Resolution Policy, du 26 août 1999
- ABA Task Force on E-commerce and ADR and Shilder center, « Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report », 2002
- Alliance for global business (AGB) – « A Global Action Plan for Electronic Business », 3^{ème} éd., juillet 2002
- CCI, « Resolving disputes online. Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions », novembre 2003
- CNUDCI – loi modèle sur l'arbitrage commercial international, du 21 juin 1985
- CNUDCI, loi modèle sur le commerce électronique, du 16 décembre 1996
- CNUDCI, projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, en l'état rapporté dans le document de travail de la CNUDCI/CN.9/WG.IV/WP.110, 18 mai 2004
- CNUDCI – rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa 34^{ème} session, New York, 21 mai – 1^{er} juin 2001, A/CN.9/487
- ECODIR, règlement de résolution des litiges en ligne, de 2001
- GBDE, « Alternative Dispute Resolution – The Miami 2000 Recommendations », 26 septembre 2000
- GBDE, « The Paris Recommendations », Paris, 1999

- GBDE et Organisation international des consommateurs, « Alternative Dispute Resolution Guidelines. Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce, novembre », 2003
- Groupe de travail canadien sur le commerce électronique et les consommateurs, « Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique », 16 janvier 2004
- ICANN, Uniform Dispute Resolution Policy, du 26 août 1999
- NADRAC, « Dispute Resolution and Information Technology. Principles for Good Practice (Draft) », mars 2002
- OCDE, « Dispositions juridiques liées au règlement alternatif des litiges entre entreprises et consommateurs relatifs à la vie privée et à la protection des consommateurs », DSTI/ICCP/REG/CP(2002)1/Final, 22 janvier 2003
- OCDE, « Les consommateurs sur le marché en ligne : les lignes directrices de l'OCDE, trois ans après », DSTI/CP/(2002)4/Final, 3 février 2003
- OCDE, « Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer
- Protection in the Context of Electronic Commerce », 9 décembre 1999
- Organisation internationale des consommateurs, « Disputes in Cyberspace 2001. Update of Online Dispute Resolution for Consumers in Cross-Border Disputes », novembre 2001
- Organisation international des consommateurs, « Disputes in Cyberspace. Online Dispute Resolution for Consumers in Cross-Border Disputes », décembre 2000
- TACD, « Alternative Dispute Resolution in the Context of Electronic Commerce », Ecom-12-00, février 2000
- TACD, « Resolution on Protecting Consumers from Fraud and Serious Deception Across Borders », Doc. no Internet-28-02, novembre 2002

- Industrie Canada, « Magasiner dans Internet. Renseignez-vous », recommandation du 8 novembre 1999
- Industrie Canada, « Votre commerce dans Internet. Gagner la confiance des consommateurs », recommandation du 8 novembre 1999

2. Jurisprudence

Canada

- Amchem Products Inc. c. British Columbia (Worker's Compensation Board), [1993] 1 R.C.S 897
- Argos Film c. Ciné 360 Inc., [1987] R.J.Q. 2123 (C.S.)
- A & W Computers Inc. c. Hinners, [1997] B.C.J. No. 521 (B.C.C.A.)
- Braintech Inc c. Kotiuk, [1999] B.C.C.A 169
- Brower c. Gateway 2000 inc., 676 N.Y.S.2d
- Dell Computer c. Union des consommateurs, 2005 QCCA 570
- Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc. [2003] 1 R.C.S. 178
- Dominion Bridge Corp. c. Knai [1997] A.Q. n°3923.
- Hammer Pizza Ltd. c. Domino's Pizza of Canada Ltd [1997] A.J. No. 67 (Alberta Court of Queen's Bench).
- General Motor Acceptance Corp of Canada Ltd. c. Beaudry [1997] C.S. 1017
- Kanitz c. Rogers Cable Inc., 58 O.R. (3d) 299. [2002] O.J. No. 665
- Mont St-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Ltée [1990] R.J.Q. 2783
- Morguard Investments s Ltd. c. De Savoye, (1990) 3 RCS 1077
- Pollstar c. Gigmania, (E.D. Cal. Oct. 17, 2000) No. CIV-F-00-5671, 2000 WL 33266437)
- Pro-C Ltd. v. Computer City Inc., [2000] O.J. No 2823
- Rémillard c. Québec inc., [2001] REJB 29551(C.Q.).
- Rosedale Motors Inc. c. Petro-Canada Inc., [1998] O.J. No. 5461
- Rudder c. Microsoft 1998, [1999] O.J. N°3778
- Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles-Boromé c. Lapointe, [1980] C.A. 568
- The Gazette c. Blondin, [2003] R.J.Q. 2090 (C.A.)
- Zodiak International Productions inc. c. Polish People's Republic, [1983]1 R.C.S.529.

Etats-Unis

- American Safety Equipment Corp. v. J.P. Mc Guire & Co., 391 F. 2d 281 (C.A. 1968).
- Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp., (1994) 1221, Court file No Re 4622/94, [1994] O.J. n. 3029.

- Bachchan v. Indian Abroad Publications Inc., 154 Misc. 2d. 228 (N.Y. Sup. Ct 1992)
- Blakey v. Continental Airlines, Inc. 164 N.J. 38 (N.J. 2000);
- Brower v. Gateway 2000 inc., 676 N.Y.S.2d 569
- Compuserve Inc. v. Patterson, 89 F.3d. 1257(6th Cir. 1997)
- Craig Comb, al. v. PayPal Incorporated, Cases No. C-02-1227 and C-02-2777 JF (N.D. Cal., August 30, 2002).
- Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc. 130 F. 3d 414 (9th Cir. 1997).
- Desbois v. Industries A.C. Davie Inc., [1990] A.Q. (Quicklaw) No. 616 (C.A.)
- Digital Control Incorporated v. Boretronics Inc., 161 F.Supp.2d 1183 (W.D. Wash., 2001)
- Discover Bank v. Superior Court, 36 Cal. 4th 148, 30 Cal. Rptr. 3d 76 (2005). 1108.
- Goodman v. J. Eban Ltd [1954] 1 Q.B. 550, 557
- Green Tree Financial Corp v. Randolph, 531 U.S. 79(2000).
- Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 67 S. Ct. 839(1947)
- Henry Yuen et al. v. The Superior Court of Los Angeles County 121 Cal. App. 4th 1133,25 août 2004.
- Hill v. Gateway 2000 Inc, 105 F.3d. 1147 (7th Cir. App. 1996)
- International Shoe Co v. Washington, 326 U.S. 310(1945) at 316 NBP (145).
- International Shoe & Hanson v. Dencka, 357 U.S. 235(1958)
- Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc., 1996 US Dist. Lexis 7160
- Koveleskie v. SBC Capital Markets Inc., 167 F. 3rd 361(7th Cir.1999)
- Lapine Technology Corp. v. Kyocera, 130 F. 3rd 884, 891
- Matusevitch v. Telnikoff, 877 F. Supp. 1(DCC 195
- Mariz Inc. v. Cybergold Inc 947 F.Supp. 1328 (E.D. M.O.1996)
- Millennium Entreprises. Inc. v. Millennium Music. LP. 33 F Supp. 2d 907 (D. Or., 1999).
- Moses H. Cone Memorial v. Mercury Construction Co., 460 U.S. (1983)
- Patricia Nefores v. BrandDirectMarketing, inc., 2004 Ohio App. Lexis 4607.
- Parisi v. Netlearning Inc. District Court, Eastern District of Virginia, 10 mai 2001, n°A 00-1823-A
- Pollstar v. Gigmania, (E.D. Cal. Oct. 17, 2000) No. CIV-F-00-5671, 2000 WL 33266437
- Pro-C Ltd. v. Computer City Inc. [2000] O.J.No. 2823
- ProCD v. Zeidenberg 1996 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996)
- Reno v. ACLU, 924 F Supp. 1, (US Sup.Ct 1997).
- Shearson/American Express Inc. & al. v. McMahon 788 F. 2d 94 (2nd cir. 1987).
- Sherk v. Alberto Culver Inc., 417 U.S. 506 (1974)
- Specht v. Netscape (S.D.N.Y. 2001) 150 F. Supp. 2d 585
- Ting v. AT&T, 182 F. Supp. 2d. 902, 930-31 (N.D. Cal. 2002)

- Tonyja Duffield v. Robertson Stephens & Co, 144 F 3d 1182 (9th Cir. C.A. 1998), 119 S. Ct.
- Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University, 489 U.S. 468, 479(1989)
- Weber-Stephen Products Co. v. Armitage Hardware and Building Supply, Inc
- Wilko v. Swan, 346 U.S. 427; 201 F. 2d 439 (2d Cir. 1953
- Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc., 952 F Supp. 1119 (W.D. P.a. 1997).

France

- Paris 9 fév. 1954, Sté anonyme agricole c. Torris, Paris 9 fév. 1954 J.C.P. 1955.II.8483
- Civ. 1^{er} juillet 1972 J.D.I 1972.843.note B. Oppetit
- Angers, 25 septembre 1972, Rev.Arb.1973.164, note Jacqueline Rebellin-Devichi
- Paris, 22 décembre 1978, IMR c/Lynx Machinery, Rev. Arb.1979, p. 266
- Paris, 13 janvier 1984, D. 1984.IR. 174
- 1^{ère} ch., 26 septembre 1984, (1986) Sté Auvinet S.A. c. S.A. Saconi et Poirier, Rev. Arb., 441-458
- CA Paris, Affaire Bomar Oil, 20 janvier 1987, Rev. Arb.1987.482, note C. Kessedjian
- CA Paris, 14^{ème} Chambre, section C, 17 novembre 1987. Menegatti c/ Société Metallurgica Nava Stefano e Giuseppina.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1989 Rev.. Arb.1990, 134.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, Rev. Arb.. 1991, 231 note KESSEDJIAN
- Paris, 29 mars 1991, Rev. arb. 1991.479 (note Laurence Idot).
- Cass. com 20 déc. 1993, Dalico, Rev. Arb.1994. Note H. GAUDEMET-TALON.
- CA Paris, 7 déc. 1994, Rev. Arb.1996.245 note C. Jarrosson
- T.G.I. Nanterre, 13 oct. 1997, sté SG2 c/ Brokat Information Systèmes GmbH, PIDB Ndeg. N°645-III-19
- Paris, 28 octobre 1997, Sociétés de préfabrication pour le béton c/ Lybie, Rev. Arb. 1998. 399, note B. Leurent
- Cass. 5 janv. 1999, Rev. Arb.1999.260.note Fouchard.
- TGI Paris, ordonnance de référé du 11 août 2000, Union des Étudiants Juifs de France et la Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme c. Yahoo ! Inc. et Yahoo France,
- TGI Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000, Union des Étudiants Juifs de France et la Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme c. Yahoo ! Inc. et Yahoo France
- TGI Paris, ordonnance de référé du 20 novembre 2000, Union des Étudiants Juifs de France, la Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme et MRAP(intervenant volontaire) c. Yahoo ! Inc. et Yahoo France
- Civ., 30 mars 2004, RTD Com 2004.447.Note E. LOQUIN

Europe

- Océano Grupo Editorial SA et Salvat Editores SA c. Rocio Murciano Quintero, 27 juin 2000, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.2000*, p. I-4941

3. Doctrine

Monographies et recueils

AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises - Convention des Nations unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990.

AMBLARD, P., *Régulation de l'Internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruyant, 2004.

ANTAKI, N., « Perspectives nord-américaines en médiation », dans Service de la Formation Permanente - Barreau du Québec - Développement récents en médiation, Cowansville, Yvon Blais, 1995.

ARCANGELI, V., *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1999.

BARETT, J.T. et J. BARETT, *A History of alternative dispute resolution : the story of a political, social and cultural movement*, San Francisco, Jossey Bass US, 2004.

BATTIFOL, H., « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Arch. Publ. de droit*, 71, Sirey, Paris, 1957.

_____ et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.1, n°254.

_____, *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^{ème} éd. L.G.D.J.,1983.

BAUDOIN, J-L., *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville, 1993.

BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, Gide Loyrette Nouel, 1983.

BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973.

BIHL L. et L. WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur : mille ans de lutte*, Paris, Aubier-Montaigne, 1984.

BOELE-WOELKI, K., C. KESSEDJIAN et M. PELICHET, *Internet Which Court Decides? Which Law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002.

CARBONNIER, J., *Droit civil - Les obligations*, t. 4, 21e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

CARRE de MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome II, Paris, Sirey, 1922, Réédition CNRS.

_____, *Contribution à la théorie de l'État*, Paris, Sirey, 1920.

CASTELLS, M., *La société en réseaux*, t. 1, l'ère de l'informatique, trad. Philippe DELMARE, Paris, Fayard, 1998.

_____, *La galaxie d'Internet*, Paris, Fayard, 2001.

CHEVALIER, J-M., I. ELEKAND, M-A. FRISON- ROCHE et M. KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, Presse Universitaire de France, 2000.

COURBE, P., *Droit International Privé*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Collin, 2003.

CRUQUENAIRE, A., *Le Règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

DELAZAY, Y. et B.G. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

DEFFAINS, B., « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », *dans les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation française, 2003.

DUNN, J., *La pensée politique de John Locke*, Presse Universitaire Française, 1991.

FOUCHARD, P., *Arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1963.

_____, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996

FRIEDMAN, T., *The world is flat*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2005.

HARNAY, S., et A. MARCIANO, *Posner – l'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003.

HAYEK, F.A., *Law, ^{Legislation} Constitution and Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973-1979. ✓

HOULE, L., *Internet et le paradigme juridictionnel*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2003.

HUSSHERR, F.X.(dir), *La publicité sur Internet*, Paris, Édition Dunod, 1999.

GAUTRAIS, V., *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

_____, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 2000.

GOLDSTEIN, G., *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire. Etude du rattachement substantif impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Droit privé, Editions Thémis, 1996.

GOUIFFES, L., P. GIRARD, P. TAIVALKOSKI et G. MECARELLI, *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé*, Paris, LGDJ, 1997.

GUILLEMARD, S., *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse doctorat, Université de Laval Québec et de Paris Panthéon Assas, 2003, à l'adresse: <http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.pdf>.

GRISHAM, J., *The King of Torts*, New York, Bantam Dell, 2003.

IZORCHE, M-L., *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit contemporain privé*, Aix-En-Provence, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

JAMIN, C. et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998.

JAROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.

KATSH, E., *Law in Digital World*, Oxford, Oxford University Press, 1995

_____ et J. RIFKIN, *Online dispute resolution – resolving conflicts in cyberspace*, San Francisco, Jossey- Bass, 2001, pp.25-26.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ / Montchrestien, Coll. La pensée juridique 1999.

KELSEN, H, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ - Bruylant, coll. La pensée juridique.1997.

KAHN, P., *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.

KUHN, T., *The culture of scientific Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962.

L'HEUREUX, N., *Droit de la consommation*, 5ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000.

LACORDAIRE, J-B. H., *Conférences de Notre-Dame de Paris*, disponible à l'adresse : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202680j>

LALIVE, P., « Avantages et inconvénients de l'arbitrage " ad hoc " », *Mélanges - Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.

LAUFER, H., *La libre circulation des jugements dans une union judiciaire : une idée géniale de T.M.C. Asser, visionnaire de la Convention de Bruxelles Berne*, Peter Lang, 1992.

LENDREVIE, J., préface *La publicité sur Internet*, François-Xavier HUSSHERR (dir), Paris, Edition Dunod, 1999.

LOUSSOUARN, Y. et P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2001.

LOQUIN, É. et K. KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000.

MALAURIE, P., *l'ordre public et le contrat*, Reims, éd. Maton-Braine, 1953.

_____ et Laurent AYNES, *Droit civil – Les obligations*, 8^{ème} éd., Paris, Éditions Cujas, 1997.

MASSE, C., *La loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999.

MAYER, P., *Droit international privé*, 5 éd., Paris, Montchrétien, 1994.

_____ et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 2001.

MAZEAUD, H., L. et J., *Leçon de droit civil*, T2, Montchrestien, Paris, 1966.

PAYET, M-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001.

POUILLE, A., *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Paris, Masson – Droit Sciences Économiques, 1985.

SCASSA, T., et M. DETURBIDE, *Electronic commerce and Internet Law in Canada*, Toronto, CCH Canadian limited, 2004.

SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par le règlement des litiges en ligne*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

SUSSKIND, R., *The future of laws the challenges of information Technology*, Oxford, University Press, 1998.

RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

RAYMOND BOUGIE, S., *Arbitrage des différends en droit de la consommation*, Cowansville, Yvons Blais, 2005.

REDFERN, A. et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

ROBERT, J., *L'arbitrage – Droit interne – Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993.

ROUSSEAU, J-J., *Essai sur l'origine des langues*, Paris, Folio essais, 1999.

RUBELLIN-DEVICHI, J., *L'arbitrage – Nature juridique – Droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965.

RUWET, C., *La procédure UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) au sein des modes complémentaires de règlement des différends: aspects procéduraux*, Mémoire DEA, Droit et Nouvelles Technologies, en ligne: http://www.droit-technologie.org/dossiers/UDRP_aspects_procedureaux.pdf.

STEINMETZ, F. et J-C. AULOY, *Droit de la consommation*, Paris, Précis Dalloz, 2003.

TANCELIN, M., *Sources des obligations - l'acte juridique légitime*, W&L, Montréal, 1993.

TERRE, F., P. SILMER P. et Y. LEQUETTE, *Droit civil- Les obligations*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1999.

THIEFFRY, P., *Commerce électronique droit international et européen*, Paris, Litec, 2002.

TRUDEL, P., *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1996.

_____, G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

THUILLEAUX, S., *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne – Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

VAN DEN BERG, A., *The New York Convention of 1958*, 1re éd., Londres, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.

VIVANT, M., *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet*, Paris, Lamy, 2005.

WITZ, C., *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris, LGDJ, 1995.

WILLIAMS, G., *Salmond on Jurisprudence*, 11 éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1957

ZOLA, E., *Au bonheur des dames*, Paris, Gallimard, 1980

Articles

ABERNETHY, S., « Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems », dans *Online Dispute Resolution (ODR) : Technology as the « Fourth Party »*, Amherst, Publications des Nations Unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, pp. 70-85

ALBOUKREK, K., « Adapting to the New World of E-Commerce », 35 (2003) *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 425(2003), 435

ALLE-MURPHY, L., « Are compulsory arbitration clauses in consumer contracts enforceable? A contractual analysis », 75 *Temp. L. Rev* 125 (2002)

ALFORD, R. P., « The virtual world and the arbitration world R.P ALFORD, « The virtual world and the arbitration world », 18 *J.Int. Arb.* 449 (2001), 458

AMBROGI, R. J., « Cyberspace Becomes Forum For Resolving Disputes », juin 1996, en ligne: <http://legaline.com/dispute.htm>.

ANCEL, P., note sous Sté Auvinet S.A. c. S.A. Saconi et Poirier, Rennes, 1^{ère} ch., 26 septembre 1984, (1986) *Rev. Arb.*, 441-458

_____, « Arbitrage – Conventions d’arbitrage- Conditions de fond- Litiges arbitrables », JCI Procédure civil, Fasc. 1024

ARSIC, J., « International commercial Arbitration on the Internet: Has the Future come too early? » 14 *J. Int. Arb.*, 209(1997), 209

BARANES, W. et M-A. FRISON-ROSHE, dans « Le souci de l’effectivité du droit », D. 1996 .Chron.302

BARLOW, J.P., « A declaration of the independence of Cyberspace », www.eff.org/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration.

BENYEKHLIF, K., « L’Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », à l’adresse: <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>.

BERAUDO, J-P., « Du bon usage des règles de compétences spéciales des Conventions de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi », J.C.P. G.2001. I.299

BERLIER, J. et T. EWBANK DE WESPIN, « Gouvernance de l’Internet : réglementation, autorégulation co-régulation? », in *Gouvernance de la société de l’Information*, actes du séminaire, Namur, 15-16 juin 2001, Cahiers du CRID, n°22, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.38

BERGERON, C. , « L’arbitrage et le droit d’auteur....Chouette! », à l’adresse <http://www.robic.ca/publications/Pdf/307-CMB.pdf>.

BISSON, D., « En quête de l’arbitrage collectif : La jurisprudence québécoise aurait-elle donné naissance à une nouvelle procédure hybride ? », dans les Journées Maximilien-Caron – 31 mars 2006

BIUKOVIC, L., « International Commercial Arbitration in Cyberspace : Recent developments », 22 *Northwestern J. Int. L. & Bus* 319 (2001-2003)

BLANKLEY, K.M., « Arbitrability after Green Tree v. Bazzle: Is there anything left for the Courts? », 65 *O. St. Johns L. Rev.* 697(2004)

BLONDEL, É., « Hobbes, Locke, Rousseau et le contrat social », *Le contrat dans les pays anglo-saxons : théories et pratiques*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1995

BOISSEON, de M. et T. CLAY, « Recent Developments in Civil Law Countries », Int. A.L.R. 359(1998)

BOYD, S. et V.V. VEEDER, « Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979 », (1991) Rev. Arb., 209-261

BORDONE, R.C., «Electronic Online Dispute Resolution: A systems Approach-Potential, Problems, and a Proposal », 3 Harv. Negot. L. Rev. 175 (1998), 189

BRAULT, N., « Le droit applicable à Internet : de l'abîme aux sommets », Légicom 1996.2.1

BRIERLEY, J.C., « la convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) C.P du N. 485, 529

BRUN, B., « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », in *Lex Electronica*, vol. 7, n°1, été 2001, <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-1/brun.htm>.

BRUNEAU, C., « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale », JCP.2001.I.304

BUYLE, J-P. et O. POELMANS, « Internet : quelques aspects juridiques », 2 (1996) D.I.T.10, 11

CACHARD, O., « L'arbitrage non-obligatoire n'est pas un arbitrage ! A propos de l'arrêt rendu le 17 juin 2004 par la Cour de Paris », 1(2006) R.D.A.I. 147-156, 152

CADIET, L., « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la médiation », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle*, Mélanges C. CHAMPAUD, Paris, Dalloz, 1996, p.123

CANDEAGO, F., « Analyse de la politique et des règles de procédure d'I.C.A.N.N. relatives au règlement des conflits entre les titulaires de marques de commerce et les détenteurs de noms de domaine », *Lex Electronica*, vol. 9, n°1, hiver 2004, à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/candeago.htm#introduction>.

CAPRIOLI, E. et R. SOREUIL, « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », 2 (1997) J.D.I., 323-393, 329

_____, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du CyberTribunal », 2(1999) Rev. Arb. 225-233, 225

CAPRIOLI, E., « La loi du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne », JCP.2000.I.Doct.224

_____, « Écrit et preuve électroniques dans la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 », JCP 2000, cahier droit de l'entreprise n°2, p. 1-11

CAPRIOLI, E., « La directive européenne n°1999 93/CE : sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », Gaz. Pal. 2000.1842

_____, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Paris, Litec, 2002

CARR, C. A. et JENCKS M. R., », « Privatization of business and commercial dispute resolution: a misguided policy decisions » 88 Kentucky L. J., 183(1999-2000), 205-206

CARRINGTON, P.D., « ADR and the future of adjudication: a primer on dispute resolution », Rev. of litigation, 485(1996)

CATALA, P., « L'écriture électronique et actes juridiques », *Mélanges Cabrillac*, Paris, Dalloz et Litec, 2000

CHAUHAN, J., « Online Dispute Resolution Systems: Exploring E-Commerce and E-Securities », 15 Windsor Rev. Legal & Soc. Issues 99 (2003), 102

CHAPPUIS, C., « Les clauses de *Best Efforts, reasonable care, due diligence* et les règles de l'art dans les contrats internationaux », (2002) R.D.A.I., 281-301

CONA, F. A., « Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution », 45 The Buffalo Law Review, 975 (1997)

CREMADES, B.M. et L. PLEHN S., « The new *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions », 2 Bos. U. Int. L. J. 317 (1984)

CRÉPEAU, P-A., « Contrat d'adhésion et contrat type » dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain - Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974

DE LEYSSAC, C. L. et X. LACAZE., 2(2001) Rev. Communication Commerce Electronique, p. 13

DE MELLO, X., « Arbitrage et droit communautaire », (1982) Rev. Arb. 349-403

DELEBECQUE, P., « Arbitrage et droit de la consommation », Droit&Pat.2002.104.46

DEFFAINS, B., « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », *dans les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation française, 2003

_____, le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, à l'adresse :

<http://www.univnancy2.fr/RECHERCHE/EcoDroit/DOWNLOAD/docdeffains/Cour%20Cassation.pdf>.

DEGOS, L., Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire, (2001) RDAI, 653-660

DONAHEY, M.S., « A Proposal for an Appellate Panel for the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy » 18 J.Int.Arb. 131(2001), 131-132

DU MARAIS, B., « Auto-régulation, régulation et co-régulation des réseaux », Colloque « Droit de l'internet : Approches européennes et internationales », 19 novembre 2001, en ligne :

<http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Marais.pdf>.

HESLER, D. N., « Le recours collectif: un parcours complexe », Conférence prononcée devant l'association du jeune barreau Canadien le 9 février 2005, <http://ajbm.qc.ca/pub/formation/duval-hesler-recourscollectif-fev2005.pdf>

FARJAT, G., « Réflexions sur les codes de conduites privés », dans *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold GOLDMAN*, Librairies techniques, coll. Litec droit Paris, 1991

FAUCHOUX, V. et N. BAURAIN, « Règlement des conflits de noms de domaine, vers l'élaboration d'un droit *sui generis* ? », *Légipresse*, n° 169, mars 2000, p. 15

FONTAINE, M., « Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux », (1988) R.D.A.I. 983-1027

FOUCHARD, P., « Alternative dispute resolution et arbitrage », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, sous la dir. de C. Leben, Paris, Litec, 2000, p. 95-115

_____, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », (1998) 4 Rev. Arb., 653-672, 659

FOUCHARD, P, « L'arbitrage en France après le décret du 12 mai 1981 », Clunet.1982. 374-420

_____, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », 1 (1995) Rev. Arb., p. 147-149

_____, « Où va l'arbitrage international ? », (1989) McGill Law journal, 435-453

_____, « Les frontières de l'arbitrage », 1(2001) Rev. Arb. 6-41, 11

FORTIER, V., « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », J.D.I. 1996.315

FRIEDMAN, G.H., « Alternative dispute resolution and emerging online technologies : Challenges and Opportunities », 19 Hasting Comm. & Ent. L. J. 695(1996-1997, 711-712

FROOMKIN, A.M., ICANN's « "Uniform dispute resolution policy"-causes and partial cures », 67 Brooklyn L. Rev. 605 (2002), 716-717

GAILLARD, E., « Trente ans de *Lex Mercatoria* - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.C.P.G.14147

_____, « Arbitrage commercial international – convention d'arbitrage-Arbitrabilité », Jurisqueur 1994, Fasc 586-3 Fasc 1058, 1-17

_____, « Arbitrage commercial international – Convention d'arbitrage – Forme et preuve », Jurisqueur, fasc. 586-4 fasc 1060, 1-9, 8

GALANTER, M., « Compared to what? Assessing the quality of dispute processing », 66 Denv. U.L. Rev. 1(1988-1989), 1-6

GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano – Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1996.

GAUTIER, P-Y, « Arbitrage et Internet », Droit et Pat.105. 2002, 88-91.

GAUTRAIS, V., G. LEFEBVRE et K. BENYEKHEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », (1997) R.D.A.I. 547, 547-600.

_____, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du CyberTribunal », 4(1998) Computer & Telecoms Law Rev., 46-51.

GAUTRAIS, V., G. LEFEBVRE et K. BENYEKHFLEF, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », 33 (1999) R.J.T. 537-587, 555, également à l'adresse :

<https://papyrus.bib.umontreal.ca:8443/dspace/bitstream/1866/61/1/0008.pdf>

GAUTRAIS, V., « Les cyberachats sont-ils vraiment internationaux », Paru dans Cyberpresse.ca, Vendredi 27 juillet 2001

_____, « *DELL Computer c. Union des consommateurs* -Histoire d'un « Oops » ! », en ligne à l'adresse :

<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/dell2005.pdf>

_____, « La couleur du consentement électronique », en ligne:

<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/textes/consentement2003CPI.pdf>

_____, « L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois », dans *Droit du commerce électronique*, Montréal, Editions Thémis, 2002

_____, et P-E. MOYSE, « Droit des auteurs et droits de la consommation dans le Cyberspace : relation auteur/utilisateur », à l'adresse :

<http://www.robic.com/cpi/Cahiers/09-1/01Gautrais.htm>.

GIBBOONS, L.J., « Private Law, Public « Justice »: Another look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce », 15 O. St. J. on Disp. Resol., 769(1999-2000), 769

GIORDANO, P., « Invoking Law as a basis for identity in Cyberspace », 1 Stan. Tech. L. Rev. (1998)

GÉLINAS, F., « Le point sur l'ODR: du concept à la réalité commerciale », *La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial – Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI, 2004

_____, « Splendeurs et misères de la célérité: bilan du système de règlement des différends relatifs à l'adressage internet », *Gazette du Palais*, 06 juin 2002 n° 157, p. 46

GEIST, M., « Il y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitudes juridiques par rapport à la compétence judiciaire sur Internet », à l'adresse :

[http://cmcweb.ca/epic/internet/incmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/\\$FILE/geist_fr.pdf](http://cmcweb.ca/epic/internet/incmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/$FILE/geist_fr.pdf).

GEIST, M., « Fair.com, An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN UDRP », pp.30-31 disponible à l'adresse: <http://aix1.uowatta.ca/~geist/geistudrp.pdf>

GIRSBERGER, D. et D. SCHRAMM, « CyberArbitration », 3(2002) European Business Organization Law Review, 605-622, 611

GOLDMAN, B., « Frontières du droit et « lex mercatoria », *Archives de philosophie du droit*, vol. 9, Paris, Sirey, 1964, 177-192

_____, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives » 3-4(1979) *J.D.I.* 476-505

GREGORY, J.D., « Les lois américaines et canadiennes sur les signatures électroniques et quelques réflexions sur la directive de l'Union européenne », à l'adresse : http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Gregory_FR.pdf.

GREGURAS, F.M., « An overview of global Ecommerce legal issues, uncertain international legal rules », à l'adresse: <http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/greguras-2000-03-all.html>.

GUINCHARD, S., « L'évitement du juge civil », dans Les transformations de la régulation juridique, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1998, pp. 223 à 226

HAAS, G., « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998) *Juriscom.net*, en ligne : <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm>.

HANG, L.Q., « Online dispute resolution systems: the future of cyberspace law », 41(2000-2001) *Santa Clara Law Review*, 837-866, 854-857

HARNAY, S. et A. MARCIANO, *Posner – l'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003

HART, C.E., « Prévention et règlement virtuel des différends reliés au commerce électronique », disponible à l'adresse : <http://www.ulcc.ca/fr/cls/index.cfm?sec=4&sub=4e>

HELPER, L. R. et G-B. DINWOODIE, « Designing non-national systems: the case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », 43 *William & Mary L Rev.*, 141(2001), disponible à l'adresse: <http://www.kentlaw.edu/depts/ipp/intl-courts/docs/dh.pdf>.

HENSLER, D.R., « Our courts, Ourselves: How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system », 108 *Penn State Rev.*, 165(2003)

HILL, R. et Walden I., « The draft UNICITRAL Model law for electronic commerce: issues and solutions », 'The computer Law, vol. 13, n°3, March 1996, p. 18

HORNLE, J., « Online Dispute Resolution – More Than The Emperor's New Clothes », disponible à l'adresse: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Hornle.pdf>.

HUET, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne :
<http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Huet.pdf>.

_____, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » (1997) 116 P.A. 6, en ligne :
<http://www.petites-affiches.presse.fr/pa>.

_____, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », Gaz.Pal. .2000.doctr.,103-115

_____, Rapport de la Commission pour l'arbitrage international, sept. 1998,
<http://www.iccwbo.org>.

_____, « Aspects juridiques du télépaiement », JCP.1991.I

JACQUOT, F. et WEITZEL B., « Le règlement des litiges », dans *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003

JAMIN, C. et MAZEAUD D. (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998

JARROSSON, C., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », in RID comp., 1997, p. 325

_____, « Les frontières de l'arbitrage », 1(2001)Rev.Arb., p. 5-41

_____, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », J.C.P. E.2001.371n°13

JOHNSON, D.R. et POST D.G., « Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace », 48(5) Stan. L. Rev. 1367(1996)

_____, « Law and Borders -- The Rise of Law in Cyberspace », en ligne:
http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html.

KALLEL, S., « Arbitrage et commerce électronique », (2001)1 R.D.A.I. 13, 14

KATSH, E., « Dispute resolution in Cyberspace », 28 Connect. L.J., 953(1996), 953

_____, « Adding Trust Systems to Transaction Systems: The Role of Online Dispute Resolution », à l'adresse:
http://www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc.

_____, « Adding Trust Systems to Transaction Systems: The role of Online Dispute Resolution, First Un Economic Commission For Europe Forum on Online Dispute Resolution à l'adresse:
http://www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc.

_____, J. RIFKIN et A. GAITENBY, « E-Commerce, E-disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law», 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 705(1999-2000)

KAHN, P., « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? », dans *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Librairies techniques, coll. Litec droit Paris, 1991

KAPLINSKY, A. et M. LEVIN précisent en effet que le consensus sur la question n'est pas totale comme l'exprime le titre de l'article : « Consensus or conflict? Most (but not all) courts enforce express class action waivers in consumer arbitration agreements », en ligne:
<http://www.allbusiness.com/periodicals/article/439879-2.html>.

KAUFMANN – KOHLER, G., « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation: réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », 3(1998) Rev. Arb., p.517-536

KHAIRALLAH, G., « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », RTDciv.1984.439

KOPTSIOVSKY, M., « A right to contract for judicial review of an arbitration award: does freedom of contract apply to arbitration agreements? », 36 Connec. L. Rev. 609 (2004), 621

LACORDAIRE, J-B.H., *Conférences de Notre-Dame de Paris*, disponible à l'adresse : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202680j>

LANDE, J., « Failing faith in litigation? A survey of business' lawyers and executive's opinions », 3 Harv. Negot. L. Rev., 1(1999)

LASKSHMINARAYAN, S., « Juridictions compétentes et Internet », à l'adresse :
<file:///G:/MEMOIRE%20D/juridictions%20competentes%20et%20internet.htm>.

LAVENUE, J-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », (1996) 3 *R.R.J.* 811, 824

LAZAREF, S., « Aux frontières de l'arbitrage et de l'ADR – La sentence d'accord des parties », *Gaz. Pal.* Mercredi 14 et Jeudi 15 novembre 2001

LEMENNCIER, B., « La privatisation du système judiciaire : un défi à relever », à l'adresse : <file:///f/Bertrand%20Lemennicier.htm>.

LE ROY, É., « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, André LAJOIE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998

LESSIG, L., « The Zone of Cyberspace », 48 *Stan. L. Rev.* 1043 (1996)

LEVEL, P., « L'arbitrabilité », (1992) *Rev. Arb.*, 213-240, 213

LIDE, C.E., « ADR and Cyberspace : The Role of alternative dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation », 12 *O. St. J. on Disp. Res.*, 193 (1996), 218

LOUNDY, D., « Virtual Magistrate becomes a reality, sort of », *Loundy.com*, 1996, <http://www.loundy.com/CDLB/Virtual-Magistrate.html>

MASSE, C., « Pour une nouvelle LPC », *Journal du Barreau*, 15 juin 2001 à la page 12

MARSEILLE, C. et E. FORLINI, « L'arbitrage et le recours collectif en droit civil québécois », 2-3, en ligne :
[http://www.fasken.com/WEB/FMDWEBSITEFRENCH.NSF/AllDoc/D25FF39A2BF9038B85257124006C6F99/\\$File/L_ARBITRAGE_ET_LE_RECOURS_COLLECTIF_EN_DROIT_CIVIL_QUEBECOIS.PDF](http://www.fasken.com/WEB/FMDWEBSITEFRENCH.NSF/AllDoc/D25FF39A2BF9038B85257124006C6F99/$File/L_ARBITRAGE_ET_LE_RECOURS_COLLECTIF_EN_DROIT_CIVIL_QUEBECOIS.PDF).

MCLAUGHLIN, J. T., « Arbitrability: Current Trends in the United States », 12 *Arb. Int.* 113 (1996)

MILCHIOR, R., « Marques et internet », *Cahiers du Lamy de l'informatique et des réseaux*, n°139, août-septembre 2001, p. 13

MONCAYO VON HASE, A., « les litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », à l'adresse : http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Moncayo_vf.pdf.

MONTESQUIEU, « Discours prononcé à la rentrée du Parlement de Bordeaux », Œuvres complètes, t. 1, Paris, Gallimard, Bibliothèque la Pléiades, 1949, p.47

MOTULSKY, H., note sous l'arrêt Sté anonyme agricole c. Torris, Paris 9 fév. 1954 J.C.P. 1955.II.8483

MÜLLER, M. L., « Rough Justice : An analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy », Syracuse University of School of Information Studies, novembre 2000, à l'adresse : http://legal/edhec.com/DTIC/ArticlesE/Article_dns_5.htm.

MUSTILL, M., « Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage », (1991) Rev. Arb., 383-417

NIBOYET, J-P., « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? » (1950) R.C.D.I.P. 509 -527, 516

NOGUERO, D., « Le code civil et le contrat », dans le cadre de la célébration du bicentenaire du code civil, à l'adresse : <http://www.bicentenaireducodecivil.fr/leger/10questions.htm>.

NORTH, P., « La liberté d'appréciation de la compétence selon la Convention de Bruxelles », dans *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.373-385

OBERDING, J.M. et T. NORDERHAUS, “A Separate Jurisdiction For Cyberspace ?”, à l'adresse : <http://jcmc.indiana.edu/vol2/issue1/juris.html>.

OPPETIT, B., « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit – droit et économie*, t. 37, Paris, Sirey, 1992, pp. 17-26

_____, « Arbitrage, médiation et conciliation », 3(1984)Rev. Arb., p. 307-324

_____, note sous l'arrêt *Société Impex c. Société P.A.Z. Malteria Adriatica Tirrena* Cass. Civ., 1^{ère} ch. Civ. 18 mai 197

_____, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991

LOPEZ ORTIZ, A., « Arbitration and TI », 21(3) Arb. Int. 343(2005)

OVERSTRAETEN, O., « Droit applicable juridiction compétente sur Internet », 3 (1998) R.D.A.I., 373-397

PÉDAMON, C., « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », (2001) Rev. arb., 448-451

PICHLER, R., « Finality of Credit Card Payments and Consumer Confidence – Different Approaches in the United States and in Europe » in *Electronic Payment Systems Observatory Newsletter*, 2001, vol. 5, <http://www.epso.jrc.es/-newsletter>.

_____, « Trust and Reliance – Enforcement and Compliance: Enhancing Consumer Confidence in the Electronic Marketplace », thèse Stanford University, mai 2000, disponible sur www.law.stanford.edu/library/special/rufus.thesis.pdf.

_____, « Finality of Credit Card Payments and Consumer Confidence – Different Approaches in the United States and in Europe », *ePSO Newsletter*, n° 5, février 2001, disponible sur www.epso.jrc.es.

PERRIT, H.H., « Dispute resolution in cyberspace: demand for new forms of ADR », 15 O. St. J. on Disp. Resol. 675 (1999-2000)

_____, « Will the judgement-Proof of own Cyberspace? », (1998) 32 Int'l Law.1121, 1131

_____, « The electronic Agency and the traditional Paradigms of administrative law », 44 Administrative L Rev. 79(1992), 79

PERRITT, J.H., « Will the judgement-Proof of own Cyberspace? », (1998) 32 Int'l Law.1121, 1131

PHILIPPE, M., « Where is everyone going with online dispute resolution (ODR) – Où en est la résolution des litiges en ligne? », 2 (2002) R.D.A.I., 167-210

PONTE, L.M., « Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations For Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions », 12 Alb. L.J. Sci. & Tech. 441 (2002), 488-489

POST, D., « Governing cyberspace », <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/governing.html>.

POULLET, Y., « De la “Maison Multimédia” au droit du village global – quelques réflexions d'humeur », en ligne : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf>.

RACINE, J-B, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », dans *Les transformations de la régulation juridique*, (dir.) De Jean Clam et Gilles Martin, Paris, LGDJ, 1998

RABINOVICH-EINY, O., « Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age », 7 *Va. J.L. & Tech.* 165 (2002)

RAU, A.S., « Contracting out of the arbitration act », 8 *Am. Rev. Int'l Arb.* 259 (1997)

_____ et C. PÉDAMON, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », (2001) *Rev. arb.*, 448-45

REIDENBERG, J.R., « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », 45 *Emory L. J.* 911 (1996)

RIGAUX, F., « Souveraineté des États et arbitrage transnational » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982

ROLLAND, L., « Les figures contemporaines du contrat et le code civil du Québec », en ligne : <http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol44/4rolla.pdf>.

RONDEAU-RIVIER, M-C. et E. LOQUIN., « Arbitrage – la sentence arbitrale », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 1042- 220, 2, 1996

SCARPINO, J. A., « Mandatory Arbitration of consumer disputes : A proposal to ease the financial burden on low-income consumers », 10 *J. of Gender, social policy & L.*, 679 (2003) également à l'adresse: <http://www.wcl.american.edu/journal/genderlaw/10/10-3scarpino.pdf?rd=1>.

SCHIAVETTA, S., « Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU? », 3 *J.I.L.T.* 2004, disponible à l'adresse: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law2/elj/jilt/2004_3/schiavetta/.

SCHNEIDER, M. E. et KUNER C., “Dispute Resolution in International Electronic Commerce”, 14 (1997) *5 J. Int'l Arbit.* 24

SCHNITZER, F., « La loi applicable aux contrats » (1955) *R.C.D.I.P.* 459-484, 459

SCHULTZ, T., « Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et *ius numericum* », 48 (2002) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, pp.153-203 disponible en ligne à l'adresse http://www.online-adr.org/SCHULTZ_ODR_RIEJ_site.pdf.

SCHULTZ, T., «Online Arbitration: Binding or Non-Binding? », *AdrOnline Monthly – Linking Information Technology and Dispute resolution*, à l'adresse: <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>.

_____, « Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust », 6 *N.C. J.L. & TECH.* 71(2004), 83, également à l'adresse: http://www.jolt.unc.edu/Vol6_I1/pdf/Schultz%20v6i1.pdf.

_____, « An Essay on the Role of Government for ODR. Theoretical considerations about the future of ODR » dans *Online Dispute Resolution (ODR) Technology as the "Fourth Party"* Amherst, Publ. des Nations unies et de l'Université de Massachusetts, 2003

SERIAUX, A., « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », dans *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Christophe JASMIN et Denis MAZEAUD (dir.), Paris, Economica, 1998, pp. 7-20

SHELLEKENS, M.H.M., « Online Arbitration and E-commerce », 9 *Electronic Comm. L. Rev.*, 113-125, 2002, 123

SLATER, A.G., «Forum non conveniens, a view from the shop floor», 104 *L. Quartely Rev.* 544 (1988) 544.

SORKIN, D.E., « Payment Methods for Consumer-to-Consumer Online Transactions », 35 *Akron L. Rev.* 1(2001), 1- 7

STEIN, A.R., « Forum Non conveniens and the Redundancy of Court-Access Doctrine », 133 *U. Pa. L. Rev.* (1985) 781,796

STEINMETZ, F. et CALAIS AULOY J., *Droit de la consommation*, Paris, Précis Dalloz, 2003

STERNLIGHT, J. R. et JENSEN E. J., « Using arbitration to eliminate consumer class actions: efficient business practice or unconscionable abuse? », en ligne: <http://www.roscoepound.org/new/sternlight.pdf>.

_____, « As mandatory binding arbitration meets the class action, will the class action survive?», 42 *William. & Mary L. Rev.* 1 (2000-2001)

STEWART, K. et MATTHEWS J, « Online arbitration of cross border dispute », 54 *U. Miami L. Rev.* 1111(2002), 1115

THOUMYRE, L., « L'échange des consentements dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, vol. 5, n°1, printemps 1999, en ligne à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>.

TRUDEL, P., « les mutations du droit à l'âge numérique », *Le devoir*, édition du 4 et 5 mai 2002. Aussi disponible à l'adresse:

<http://www.ledevoir.com/2002/05/04/192.html?280>.

_____, « Quel droit pour la cyber-presse », 2 (1996)*Légipresse*, 9-15

_____, « Le droit d'Internet au Canada », dans *Internet et le droit : Droit français, européen et comparé de l'Internet, Actes du colloque Victoires*, Paris, 2001

VAHRENWALD, A., M. WILIKENS M. et P. MORRIS, dans Joint Researcd center of the European Commission, « Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce- the report from the workshop held in Brussels on March 21 2000 », en ligne:

[http://www.federcomin.it/sviluppo/Produzio.nsf/all/AB130AEEEE4848C7C125690E00393B4C/\\$file/Reportv20apr.pdf](http://www.federcomin.it/sviluppo/Produzio.nsf/all/AB130AEEEE4848C7C125690E00393B4C/$file/Reportv20apr.pdf).

VIVANT, M., « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *J.C.P.*1996. I.3969

_____, « Internet et modes de régulation », *Internet face au droit*, n°12, Cahiers du CRID, E. Montero (éd), Kluwer, 1997

WAHAB, M., « The Global Information Society and Online dispute resolution: A New Dawn for dispute resolution », 21 *J. Int. Arb.* 143(2004), 144-145

WARE, S.J. et COLE S.R., « Introduction: ADR in Cyberspace », *O.St. J.Disp.Res* 589(2000), 590

WESTERMEIR, T., « How Arbitration clauses cans help avoid class action damages: strategies for managing risks of litigation », 14 *Computer L. Strategist* 1(1997)

YU, H-L. et M. NASIR, « Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework », 20 *Journal of arbitration* 455(2003), 459

ZENATI, F., « Le procès, lieu social », dans le *Procès- Archives de philosophie du droit*, Paris éditions Sirey, 1995

Ressources électronique.

- CyberTribunal: www.cybertribunal.org.
- eResolution :www.eresolution.ca.
- Nova Forum: www.novaforum.com.
- Cybercourt : www.cybercourt.org.
- Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR): www.ecodir.org.
- e-Settle.co.uk : www.e-settle.co.uk.
- Online Confidence : www.onlineconfidence.org.
- Word&Bond : www.wordandbond.com.
- Online Ombuds Office : www.ombuds.org
- Online Resolution: www.onlineresolution.com.
- Private Judge: www.privatejudge.com.
- Resolution Forum Inc: www.resolutionforum.org.
- Resolve It Now : www.resolveitnow.com.
- SettleTheCase : www.settlethecase.com.
- Square Trade :www.squaretrade.com.
- The Virtual Magistrate: www.vmag.org.
- WEBdispute :www.webdispute.com.
- WebMediate: www.webmediate.com.
- clickNsettle : www.clicknsettle.com.
- Cyberlaws.net : www.cyberarbitration.com.
- Cybersettle :www.cybersettle.com.
- Global Arbitration Mediation Association (GAMA): www.gama.com.
- iCourthouse: www.i-courthouse.com.
- IntelliCOURT : www.intellicourt.