

Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du "Cybertribunal" (1)

Cybermediation and cyberarbitration : an example of a "Cybertribunal"

par Vincent GAUTRAIS, Karim BENYEKHEF
et Pierre TRUDEL
Université de Montréal
Centre de Recherches en Droit Public (CRDP)

Résumé. Les progrès de la technologie ouvrent des perspectives imprévues : la pensée peut désormais circuler, infiniment plus vite et aisément, parmi les textes, les images ou les données de toute sorte. Ces progrès vont de pair avec cette autre évolution, caractéristique elle aussi de la fin du XXème siècle, l'utilisation généralisée de l'Internet et le triomphe, presque partout dans le monde des transactions sur le cyberspace. A partir de ces nouveaux moyens de communication et de traitement de l'information, certains ont mis en place des mécanismes de règlement des litiges. Examinant la médiation et l'arbitrage par voie électronique, l'article recense les difficultés et les adaptations.

Summary. Technological progress opens up unforeseen perspectives : thoughts can now circulate quicker and more easily, be it by means of texts, images or data of all types. Such progress goes hand in hand with that other progress landmark of the end of the 20th century : generalised use of Internet and the triumph of commercial transactions in cyberspace. Starting out from these new means of communication and information processing, it has become necessary to consider dispute resolution mechanisms. Whilst considering mediation and arbitration by electronic means, the following article covers both the difficulties and adjustments.

Evoquer les méthodes alternatives de résolution des différends, voilà une idée à la mode diront certains, tellement les projets de négociation, de conciliation, de médiation, d'arbitrage, et autres, sont nombreux, et ce, dans tous les pays. Le cyberspace

n'y échappe pas (2). En plus du problème bien connu de l'engorgement des tribunaux nationaux, un nouveau crédit est apporté à l'adage voltaïrien selon lequel "mieux vaut un mauvais accord qu'un bon procès". Cela s'intègre d'autant mieux dans le cadre cybernétique où l'approche classique, "juridico-centrée" du procès présente des difficultés nouvelles. Dans le cyberspace, apparaissent des litiges qui, en premier lieu, sont souvent de nature technique et particulièrement obscurs pour un juge non au fait de cette réalité (3). En deuxième lieu, on ne cesse de rappeler que les différends cybernétiques ont, plus que tout autre, la capacité de mettre en scène des acteurs de pays distincts. Dans ce cas, et bien que les méthodes juridiques de droit international privé existent depuis longtemps, elles sont parfois quelque peu arbitraires et rigoureuses. Aussi, les normes informelles que l'on peut détecter de plus en plus dans le cyberspace sont vouées à un meilleur accueil qu'à celui que l'on leur attribue actuellement. En troisième lieu, et parallèlement, au regard de la fluidité de ces domaines, lois et traités apparaissent souvent comme des normes rigides et mal adaptées. Les usages, une nouvelle fois, semblent être une des solutions possibles aux litiges cybernétiques (4). Or, il est de commune renommée que leur prise en compte est davantage consacrée par les méthodes alternatives de règlement des différends. Ceci est vrai tant pour la médiation que pour l'arbitrage.

Sur cette base de départ, le projet "Cybertribunal", mis en place dès le début 1996, propose une structure appropriée aux litiges cybernétiques qui tient compte de l'apport communicationnel que les nouvelles technologies de l'information sont suscep-

tibles de promouvoir. Ainsi, tant pour la cybermédiation (1) que pour le cyberarbitrage (11), le "Cybertribunal" essaie de relier théorie et pratique, de faire un lien entre les aspects traditionnellement dévolus à ces méthodes de résolution des différends et les spécificités du cyberspace.

D'une manière générale, la cybermédiation est la procédure recherchée lorsque les parties en cause ne sont pas liées par une convention d'arbitrage dûment signée (clause compromissoire ou compromis) ; le cyberarbitrage, quant à lui, intervient évidemment à la suite de la signature de pareils accords.

1 - La cybermédiation devant le "Cybertribunal"

Nous allons le voir, le problème qui est soulevé par l'expérience de cybermédiation est que lorsqu'il n'existe pas de relations socialement fermes entre les protagonistes, le répondant (soit la personne contre laquelle la plainte est adressée) aura tendance tout simplement à ne pas se rallier au processus de médiation (A). Face cette difficulté, le "Cybertribunal" utilise des techniques d'incitation pour susciter la collaboration du répondant (B).

A - De la difficulté de se rallier la collaboration du répondant

La médiation classique met en cause, traditionnellement, des individus ou des entreprises, qui se connaissent, souvent depuis longtemps, souvent encore pour une longue durée. Ainsi, c'est pour une meilleure gestion du futur que deux époux qui souhaitent se séparer, utilisent la médiation plutôt que la procédure judiciaire habituelle. En effet, il apparaît clairement que la médiation, que ce soit dans le domaine du droit de la famille, du droit du travail, du droit de l'environnement, du commerce international, etc., est utilisée par des parties qui souhaitent régler une situation qui va continuer à avoir des répercussions dans l'avenir.

Cette motivation à l'utilisation de la médiation, la gestion du futur, peut certes survenir dans le cyberspace. Néanmoins, il en existe une autre tout aussi importante : la modicité d'un pareil processus. Si l'on examine les études faites d'ores et déjà sur le type de produits ou de services (contrats de vente, de service, de licence, de location) qui sont échangés sur Internet, on se rend compte que le montant généralement peu élevé (5) des transactions interdit un traitement judiciaire des éventuels différends qui sont susceptibles d'intervenir. En effet, comment peut-on imaginer une action lourde en temps et en argent pour un enjeu si minime ?

Evoquer les expériences de cybermédiation oblige d'étudier ce qui a été fait par l'Ombuds Online Office (OOO) (6) même si des tentatives assez anciennes ont été signalées par le biais du téléphone (7). La première affaire traitée par Ethan Katsh, responsable de OOO, est manifeste à cet égard. Il prétend en effet :

"Much time was spent contacting the respondent and securing its cooperation. This will probably continue to be a component of most cases presented to us. Originally, this process of contacting the respondent seemed to us to represent a pre-mediation or intake phase. It may, just as easily, however, be considered to be the first phase of mediation, where the process is explained, ground rules are laid out, and the tone for future conversations is set. In the electronic environment, the boundary between intake and mediation may blur even more than it sometimes does in the physical world. All communication online takes place in the same place and some cues that suggest different stages of a process are lacking." (8)

Le "Cybertribunal" n'ayant aucun pouvoir de forcer cette personne à se joindre au processus de médiation, il faudra alors qu'il parvienne à la persuader de l'intérêt que représente pour elle le "Cybertribunal". Les très nombreux écrits sur la question ne font pas état de cette spécificité du "Cybertribunal", soit, dans la grande majorité des cas, la moindre facilité dans le cyberspace que dans le domaine physique à faire pression sur un individu afin de l'obliger à changer son attitude par rapport à un comportement donné. Ici, la question n'est pas de déterminer les avantages d'une attitude "douce" (9) de règlement des différends, mais bien de montrer comment cette même attitude pourra inciter le répondant à se soumettre au débat. Notons que la situation est délicate dans la mesure où l'on peut présumer que la collaboration du répondant est loin d'être acquise, le plaignant ayant vraisemblablement déjà pris contact avec le premier, sans succès.

B - Les techniques de persuasion pour intéresser le répondant dans le processus de cybermédiation

Face à cet état de fait, le "Cybertribunal" essaie de mettre en place une série de techniques pour y pallier. De toutes les façons, le ralliement du répondant ne pourra se faire que par le biais d'une approche très conciliatrice, non agressive. Le médiateur se doit donc de bien connaître l'état de la relation qui existe entre les deux (éventuellement plusieurs) protagonistes. Egalement, il favorise le plus possible une relation de confian-

ce dans l'interaction triangulaire qui unit les intervenants.

Pour ce faire, en premier lieu, le médiateur du "Cybertribunal" se dote d'une infrastructure qui a été spécifiquement prévue pour remédier à cette difficulté. Ainsi, à titre d'exemple, une page personnalisée (dénommée "site de l'affaire en cours") est créée au tout début du processus de médiation. Outre une plus grande facilité de communication, toute l'information pertinente étant recueillie dans un seul et même endroit, ce site de l'affaire en cours permet d'attirer, de séduire, un répondant peu enclin à la discussion. En effet, il se voit invité à se "déplacer", sur un site qui porte son nom, où la plainte est explicitée par le biais du médiateur. La description du différend par un tiers est en effet indispensable afin que les motifs du mécontentement du plaignant ne soient pas exprimés d'une façon blessante. Néanmoins, à un moment plus avancé au cours de la médiation, on peut imaginer que le médiateur décide de confronter directement les parties. Là encore, l'infrastructure du "Cybertribunal" prévoit cette fonctionnalité en établissant une aire de communication à plusieurs (en utilisant les techniques d'IRC, de "Netphone" ou de "chat room" qui pourront ultérieurement être complétées par de la vidéo conférence) (10). Dans le cadre de cette intégration importante de la technologie, il va sans dire que tout site de l'affaire en cours est protégé adéquatement contre les tentatives d'accès de tiers non autorisés.

En deuxième lieu, outre l'apport technologique, il importe grandement que le médiateur puisse se présenter comme un intervenant se prévalant d'une connaissance suffisante du cyberspace. Comme nous l'avons mentionné plus tôt, les questions en la matière sont, d'une part, souvent techniques et, d'autre part, reliées à des pratiques, usages ou coutumes, selon les appellations utilisées, qui sont propres à ce domaine. Dans l'optique d'un ralliement du répondant, mais aussi afin de convaincre le plaignant de la pertinence de ce type de règlement des différends, il importe donc au médiateur de cultiver par une bonne connaissance du milieu la confiance indispensable à la bonne marche des activités de médiation.

En troisième lieu, toujours en ce qui concerne les caractéristiques du cybermédiateur, ce dernier doit posséder les qualités psychologiques qui sont habituellement attribuées au médiateur comme, par exemple, celle qui l'incite à faire preuve d'un certain effacement de son action.

Ainsi, il nous apparaît important, dans le cyberespace plus particulièrement, qu'il déploie une certaine énergie afin de faire ressentir aux parties que les solutions proposées sont les leurs, notamment pour le répondant. Dans ce même état d'esprit, à savoir, la mise en avant d'une attitude de négociation, la place jouée par le droit paraît devoir être d'une importance relative. En effet, dans l'hypothèse où le cybermédiateur est un juriste, ce qui ne doit pas être forcément le cas, une présentation de l'état du droit relativement à une question donnée, attitude docte et traditionnelle du juriste, ne doit s'effectuer qu'avec circonspection. Si l'utilisation de développements juridiques peut constituer un levier pour le médiateur afin de bien faire prendre conscience aux parties, à l'une d'elle principalement, que le différend est véritable, cette démarche n'est pas forcément la bonne. Un retranchement du droit sera dans bien des cas préconisé, les efforts devant être davantage orientés, semble-t-il, vers une recherche des besoins des parties et vers une tentative de les concilier.

2 - Le cyberarbitrage devant le "Cybertribunal"

L'arbitrage devant le "Cybertribunal" peut être utilisé dans deux types de situations principales : d'abord, lorsque les parties ont signé une convention d'arbitrage ; ensuite, lorsque, par exemple, à la suite d'une médiation infructueuse, elles décident de signer un compromis et de transférer leur conflit à cette méthode plus juridictionnelle. Bien que l'expérience du "Cybertribunal" soit encore jeune, il nous apparaît que la dernière hypothèse est la moins fréquente. Ainsi, il est probable que le processus d'arbitrage se mettra en place davantage à la suite d'une clause compromissoire (différend à venir) qu'après la signature d'un compromis (différend né).

Quoi qu'il en soit, il nous apparaît que la nature des différends qui surviennent dans le cyberespace nous oblige à aborder avec une certaine suspicion les règles généralement dévolues à l'arbitrage commercial. En effet, alors que le droit de l'arbitrage et les procédures d'arbitrage traitent souvent de litiges conséquents et d'importance, les litiges cybernétiques concernent très souvent des montants limités, des enjeux modérés. Une certaine "démocratisation" du processus arbitral est donc exigé (A), qui se doit d'apparaître pratiquement afin d'offrir un service approprié à des parties qui ne sont pas sensé être re-

présentées par un procureur (11) (B).

Cette éventualité d'un arbitrage sans représentation n'est pas univoque. Dans des litiges plus conséquents, et dans toutes situations où la partie le désirera, l'utilisation d'un procureur est envisageable.

A - Un arbitrage "nouvelle formule" visant à la "démocratisation" de cette méthode de résolution des différends

Habituellement, l'arbitrage commercial en général, les procédures et règlements d'arbitrage en particulier, sont prévus pour des litiges d'importance entre des personnes physiques ou morales qui ont recours à un représentant. Les personnes qui sont susceptibles d'utiliser le "Cybertribunal" sont donc beaucoup plus variées avec une connaissance moindre du droit et des cultures distinctes. Cet élément central constitue, nous semble-t-il, une source d'indétermination, d'imprécision, qui oblige à revisiter la portée traditionnellement autoritaire et formaliste du juridique. Le droit, conformément à certaines thèses théoriques, se doit davantage de s'adapter à la réalité qu'il entend régir plutôt que de poser son lot de certitudes doctes qui, de toutes les manières, sont de plus en plus rares, dans le cyberspace peut-être encore plus qu'ailleurs.

Ainsi, sur la base de ce que prétendent les processualistes, Jacques Lenoble en tête (12), il est possible de prétendre que les procédures d'arbitrage se doivent de correspondre à un élément dynamique plutôt que statique. Ainsi, considère-t-il que : "la norme fonctionnelle moins aujourd'hui comme donnée. La signification des règles ne se laisse plus déduire de repères formels stables. L'action à accomplir n'est plus déterminable par le seul jeu de critères formels prédonnés. Notre conception de la raison évolue : elle se fait procédurale et pragmatique. Aujourd'hui, sans pour autant tomber dans le relativisme sans contrainte, il s'agit de réaménager nos procédures pour organiser de la façon la plus "rationnelle", une "indétermination" désormais perçue comme "irréductible" (13).

Il ressort donc de ces propos qu'une procédure d'arbitrage ne se doit pas de rester inerte sur un support, qu'il soit papier ou électronique, mais qu'elle se rende dynamiquement auprès des utilisateurs si l'on souhaite que ces derniers en prennent une connaissance effective.

B - Les techniques pratiques pour y parvenir

Si ce processualisme est jugé si important sur le plan théorique, les implications pratiques que

le "Cybertribunal" entend appliquer sont nombreuses. La principale, et qui apparaît tout au long du processus, est que la procédure d'arbitrage ne doit pas être analysée comme un "document acte", mais davantage comme un "document processus" au service des parties à l'arbitrage, qu'elles soient demanderesse ou défenderesse. Ainsi, les personnes qui s'adressent au "Cybertribunal" risquant de ne pas avoir une connaissance de la procédure applicable, il est capital que celle-ci leur apparaisse comme un guide plutôt que comme un censeur. Ce support aux parties est susceptible de se matérialiser selon les façons suivantes.

D'abord, comme en matière de médiation, la fonctionnalité de l'informatique est grandement utilisée afin de faciliter le travail des parties qui remplissent les formulaires de demande ou de défense. Dans le même ordre d'idées, il importe que le "Cybertribunal" puisse offrir aux parties et à l'arbitre un cadre automatisé qui satisfasse également cet objectif d'accomplissement d'un service individualisé aux parties qui agissent seules. Ainsi, il serait, par exemple, simple de prévoir que les délais de forclusion puissent être rappelés automatiquement aux parties dans un laps de temps raisonnable avant qu'ils soient échus. Également, et ceci est déjà le cas, les formulaires pour remplir une demande ou une défense disposent de champs préétablis qui permettent de diriger les parties vers les éléments fondamentaux qu'elles se doivent de signaler. Aussi, il existe d'ores et déjà la possibilité pour l'arbitre de demander un complément d'informations à l'une des parties dans l'hypothèse où un pan important de sa démonstration souffre d'un manquement ou d'une cohésion déficiente qui lui serait grandement préjudiciable.

Ensuite, tout au long de la procédure d'arbitrage du "Cybertribunal", on s'aperçoit que le rôle de l'arbitre diffère sensiblement des procédures traditionnelles. En effet, même si ces dernières font preuve d'une plus grande souplesse par rapport à celles qui prévalent devant les tribunaux étatiques, le cyberspace semble exiger une étape supplémentaire dans cette même direction. L'une des façons de concrétiser la spécificité des différends cybernétiques est de permettre aux arbitres, qui ont été choisis, d'intervenir davantage entre les parties. Ainsi, par exemple, il apparaissait important de ne pas faire preuve d'intransigeance en ce qui concerne les délais, une certaine discrétion étant laissée aux arbitres. A titre d'illustration, si un consommateur doit être impli-

qué dans un arbitrage, il faut prendre en compte le fait que le rapport de force qui le lie à un commerçant peut être nettement en sa défaveur. En conséquence, il est donc normal que l'arbitre prenne en compte cet état de fait, et d'une manière générale, l'ensemble des circonstances qui sont susceptibles d'être déterminantes pour une conduite appropriée de la résolution du différend.

Au-delà des deux points précédemment rapportés, il apparaît enfin que l'objectif du "Cybertribunal" est d'offrir aux internautes un traitement individualisé aux différents types de relations susceptibles de survenir, et ce, en tenant compte de leurs spécificités respectives. Ainsi, plus qu'un seul "jeu" de procédures applicables, comme on le trouve traditionnellement, le "Cybertribunal" recherche à proposer des procédures qui puissent s'adapter aux circonstances. Par exemple, lorsqu'un consommateur sera impliqué, des éléments de discrimination positive devront être pris en compte afin de satisfaire au mieux les intérêts du plus défavorisé. Par contre, lorsque le différend concerne deux petites entreprises qui sont à la recherche davantage d'une solution rapide que d'un traitement juridique du différend, conformément à l'adage faustien où une injustice vaut mieux qu'un désordre, on peut imaginer que la computation des délais, par exemple, soit plus rigoureusement calculée. Aussi, l'intervention des usages, qui risque d'être plus compliquée dans le premier exemple eu égard au caractère d'ordre public du droit de la consommation (14), sera particulièrement pertinente dans le second. Enfin, dans l'hypothèse où le différend confronte des protagonistes qui sont tous deux d'une certaine importance, alors, un arbitrage plus classique se devra d'être mis en place, et ce, sans que les procédures n'aient été fondamentalement remaniées.

Conclusion

Le projet "Cybertribunal" est donc une tentative de règlement des différends par le cyberespace et pour le cyberespace. Face à la difficulté de transposer les méthodes classiques, rigoureuses, qui ne prennent souvent pas en compte les particularités cybernétiques, il est important de concevoir des voies alternatives mieux adaptées. Le "Cybertribunal" se présente donc comme l'une des premières expériences à miser radicalement sur la fonctionnalité d'Internet étant donné les atouts communicationnels qu'il permet, et ce, même s'il apparaît clairement que les échanges sont dans

bien des cas d'une nature différente (15). Pourquoi ne pas imaginer plus tard, une fois que ce projet pilote bénéficiera d'une plus grande expérience et que les relations cybernétiques auront été mieux appréhendées, que cette méthode alternative de résolution des différends puisse être étendue à des litiges autres que ceux liés au cyberespace ? A l'intérieur d'un même pays, une infrastructure électronique comme celle-ci pourrait sans doute constituer un support, pour le moins partiel, à toutes sortes de conflits en guise de préalable à un procès.

En entendant, en ce qui concerne le seul cyberarbitrage, l'objectif que le "Cybertribunal" aimerait se voir attribuer est, quelle qu'en soit sa prétention, de constituer un organisme qui puisse participer à l'élaboration de principes découlant des sentences rendues. Une sorte de jurisprudence en devenir au même titre que ce que certaines institutions réputées et dont la légitimité est grandement affirmée sont susceptibles de faire. Pour en arriver là, il existe il est vrai un chemin long et vraisemblablement tortueux. Mais peut-on être guidé par autre chose qu'une démarche ambitieuse ?

(1) Consulter le site à l'adresse suivante : <http://www.cybertribunal.org>

(2) Pour ne citer que les plus connues, on peut mentionner les deux expériences suivantes : *Virtual Magistrate* (<http://vmag.vcilp.org>) et *Ombuds On-line Office* (<http://128.119.199.27/center/ombuds/>).

(3) Un exemple de la difficulté pour les juges nationaux à apprécier la complexité technique de certains différends peut être trouvé dans la jurisprudence *Shetland* relative aux questions de *Web-linking*, (*Shetland Times Wills*, (1996) F.S.R. 604, 1997 S.L.T. 669 (Outer House Oct. 24). Le juge y avoue en effet sa difficulté à appréhender le problème en raison de sa technicité.

(4) Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Bengkel, "Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica*", (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 547.

(5) Une récente enquête orchestrée par *Jupiter Communication* faisait part du pourcentage croissant sur Internet (près de 90 %), de transactions qui n'excèdent pas la somme de 10 \$.

(6) *Loc. cit.*, note 2.

(7) Claudine Schweber, "Your Telephone may be a Party Line : Mediation by Telephone" (1989) 7-2 *Mediation Quarterly* 191 ; Nancy Neal Yeend, "Electronic Alternative Dispute Resolution System Design", (1993) 11-2 *Mediation quarterly* 93.

(8) <http://www.ombuds.org/narrative1.html>, page 2.

(9) René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, *Economica*, 1982 ; Edward Brunet, "Questioning the Quality of Alternate Dispute Resolution", (1987) 62 *Tulane Law Review* 1 ; George W. Adams et Naomi L. Bussin, "Alternative Dispute Resolution and Canadian Courts : A Time for a Change, (May 1995) 17(2) *Advocates' Quarterly* 133 ; Nabil Antaki, "Les contrats de médiation commerciale", dans Claude Samson et Jeremy McBride, *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 9 ; Thomas J. Kliggaard et William E. Mussman, "High Technology Disputes : The Minitrial as the Emerging Solution", (1992) 8 *Computer & High Technology Law Journal* 1 ; Richard A. Schiffer, "The Use of Alternative Dispute Resolution, in *Resolving Disputes Involving EDI*", in Ian Walden (dir.) *EDI and the Law*, London, *Blenheim Online Publications*, 1989, p. 182 ; J.Z. Rubin et Bert R. Brown, *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, Academic Press, New York, 1975.

(10) Le problème de l'utilisation de procédés de communication qui demeurent aujourd'hui encore peu implantés et dispendieux, est que les parties sont également obligées d'en être munies. Actuellement, le "Cybertribunal" n'impose aux parties et au médiateur qu'une seule connexion au réseau de réseaux (courrier et accès à Internet)

(11) Cette éventualité d'un arbitrage sans représentation n'est pas univoque. Dans des litiges plus conséquents, et dans toutes situations où la partie le dé-

sirera, l'utilisation d'un procureur est envisageable.

(12) Jacques Lenoble, *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Paris, Editions du Cerf, Humanités, 1994.

(13) *Id.*, p. 10.

(14) Pour quelques développements sur la notion de *lex consomatica*, Vincent Gautrais et Pierre Emmanuel Moysse, "Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberespace : la relation auteur/utilisateur" (1996) 9-1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 9, 72-73.

(15) Le 4 juin 1998 eut lieu à Montréal un colloque sur la notion de "cyberjustice" organisé par le Centre de recherche en droit public (voir le programme de la journée à <http://www.cybertribunal.org/html/colloque.htm>). Il est apparu, surtout en matière de médiation, que les communications électroniques allaient grandement changer la façon d'interagir dans la relation triangulaire "plaignant - répondant - médiateur". A ce sujet, il nous faut signaler que le projet *Ombuds On-line Office*, dirigé par Ethan Katsh et présenté lors du colloque, prévoit permettre les échanges sur une base textuelle, traditionnelle, mais aussi par le biais de graphiques que les parties utiliseraient afin de positionner leur mécontentement, leur besoin, leur niveau de conciliation, etc. Plus généralement, et au-delà de cette expérience, il faut simplement signaler que la communication électronique apporte des innovations dans la façon de communiquer, et donc, de négocier.