



Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et ius numericum

Thomas Schultz

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2002/1 (VOLUME 48), PAGES 153 À 203
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.048.0153

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2002-1-page-153.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses de l'Université Saint-Louis.
Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International (CC BY-NC 4.0).



Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et ius numericum*

Thomas SCHULTZ

I. Introduction

La transformation par Internet des technologies de communication a entraîné une transformation des rapports économiques et des conditions d'échanges du marché. Dans l'espace ouvert et sans point de contrôle central du cyberspace, l'État est aux prises avec des difficultés à intervenir efficacement, du fait de l'architecture technique, de la mobilité des acteurs et des informations et de la disproportion topique entre certains coûts d'intervention et les sommes en jeu. En d'autres termes, la réglementation étatique et les tribunaux ordinaires sont inadaptés. Le cyberspace, dominé par les forces de l'immédiat et de l'ubiquité, exige que la norme juridique soit élaborée plus rapidement et plus proche des destinataires. Les lacunes et les incapacités des droits étatiques sont ainsi comblées par l'ordre économique international : codes de conduites et mécanismes de règlement des conflits. C'est dans ce contexte, commun aux diverses manifestations de la mondialisation du droit, que se sont développés les mécanismes de résolution des litiges en ligne (ODR).

Autant sur le plan empirique que conceptuel, l'analyse révèle rapidement qu'il s'agit déjà d'un phénomène majeur, tant en termes d'activités du secteur économique concerné qu'en termes d'ingénierie juridique. Près de cinquante centres de résolution de litiges en ligne ont déjà vu le jour et la plupart des institutions permanentes de règlement alternatif de conflits ont créé des *task forces* et ont émis de codes de conduites pour le règlement en ligne. Par ailleurs, les ODR sont l'outil qui manquait encore à l'autorégulation par les secteurs économiques concernés, car, au-delà des simples moyens de communication

* L'auteur collabore à un projet de recherche sur les ODR, dirigé par Mme Gabrielle Kaufmann-Kohler et M. Jürgen Harms, tous deux de l'Université de Genève. Je tiens à remercier, très sincèrement, M. François Ost, pour d'incalculables encouragements et conseils. Je remercie également M. Vincent Tilman, pour ses pertinentes remarques sur ce texte.

nouveaux qu'ils proposent, ils permettent d'accroître l'effectivité du droit dans le cyberspace.

Expliciter l'ampleur du phénomène suppose tout d'abord que l'on rende compte des transformations observables des voies de règlement de différends tributaires des technologies de l'information (II. "Les ODR, qu'est-ce que c'est ?"). On tentera ensuite de pronostiquer l'évolution de la résolution en ligne, en dégagant ses raisons d'être et l'adéquation spécifique de ses différents modes (III. "Pourquoi les ODR ?"). On terminera par un aperçu théorique des imbrications des ODR avec quelques phénomènes normatifs juridiques relatifs à la communication par Internet (IV. "Les ODR : producteurs du *ius numericum* ?").

II. Les ODR, qu'est-ce que c'est ?

Des États-Unis nous était déjà venue une première vague de mécanismes de résolution des litiges, opérant de manière informelle et la plupart du temps en dehors des tribunaux. Connus sous la dénomination d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR), ces modes alternatifs¹ se sont développés comme circuits de dérivation de contentieux en marge de l'institution judiciaire. Ils se conjuguent selon les trois archétypes de la négociation, la conciliation ou médiation et l'arbitrage², et se sont déployés dans quasiment tous les domaines du droit, jusqu'aux confins du commerce électronique et d'Internet.

1. Le terme « alternatif » fait l'objet d'un flou conceptuel. Dans le contexte des ADR, il désigne en principe les « alternatives à la justice ». Ces dernières peuvent être définies selon trois axes, dépendant de la dimension de la justice dont on se distingue. Il s'agit de procédures ou de pratiques qui sont soit extrajudiciaires (dimension institutionnelle), soit informelles (dimension procédurale), ou encore non juridictionnelles (dimension décisionnelle). La définition anglo-saxonne, que nous retiendrons ici, se réfère en principe à la deuxième acception, ce qui permet notamment d'inclure l'arbitrage et les cybertribunaux : *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, verbo *Alternatif (Droit) – Alternative (Justice)*, par A.-J. ARNAUD et J.-P. BONAFE-SCHMITT.

2. De nombreux autres procédés existent, mais leurs caractéristiques peuvent en principe toujours être ramenées à l'un de ces archétypes. Voir, par exemple, C. JARROSSON, "Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale", in *RID comp.*, 1997, p. 325 ; B. OPPETIT, "Arbitrage, médiation et conciliation", in *Rev. Arb.*, n° 3, 1984, p. 307-324 et P. FOUCHARD, "Alternative

À partir de 1991, le cyberspace est peu à peu passé d'un forum universitaire à une plate-forme commerciale ouverte au grand public, grâce aux possibilités de présentation graphique attractive que le *World Wide Web* commençait à offrir. Les contrats conclus sur cette plate-forme impliquent quelquefois des personnes extrêmement éloignées géographiquement les unes des autres, par la nature ubiquitaire du réseau. Quand les inévitables litiges surgissent, le recours à des tribunaux fondés sur le principe de territorialité peut devenir inefficace, insensé, voire impossible en pratique. Les ADR ne sont pas d'un grand secours, puisqu'ils requièrent en principe également la présence physique des parties en un même lieu. L'incompatibilité entre, d'un côté, ubiquité, absence de frontières, difficultés d'identification géographique des parties et, de l'autre côté, ancrage territorial et nécessité de rencontre physique est la principale raison de l'essor actuel d'une deuxième vague de mécanismes de résolution de litiges. Ces nouveaux mécanismes tirent spécifiquement parti de l'ubiquité du cyberspace : les litiges sont résolus comme les contrats sont conclus : par Internet. De *Alternative Dispute Resolution*, on est passé à *Online Dispute Resolution (ODR)*.

Nous présenterons ce phénomène tout d'abord d'un point de vue modal, relevant les principales procédures d'ODR existantes, puis d'un point de vue utilitaire, passant en revue les plus importants domaines d'activité des ODR.

a. Les modes de la résolution des litiges en ligne

Avec le développement des technologies de l'information, de nombreuses nouvelles possibilités de communiquer sont apparues, offrant d'abondantes variantes de modélisation de la résolution d'un conflit. On rencontre ainsi, sous la dénomination d'ODR, des processus aussi divers que les programmes d'ombudsman, la gestion de conflits³, la négociation assistée, la négociation automatisée, l'expertise arbitrale et la simple évaluation par une tierce partie, la médiation, la médiation-arbitrage ou med-arb, l'arbitrage, les cybertribunaux, les « tribunaux exécutifs » et les programmes de

dispute resolution et arbitrage", in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, sous la dir. de C. Leben et alii, Paris, Litec, 2000, p. 95-115.

³. Les services proposés sous cette dénomination sont en général l'assistance juridique et psychologique en ligne, notamment dans les relations de travail.

consommateurs⁴. Nous limiterons notre présentation aux plus importants de ces processus, à savoir les variantes en ligne des catégories fondamentales des ADR – négociation, médiation et arbitrage –, la procédure ICANN en matière de noms de domaine et les cybertribunaux⁵.

1. La négociation en ligne

Partant de l'importance fondamentale de la négociation dans la plupart des modes de règlement des litiges⁶, le nouveau courant ODR a

4. Pour un aperçu de la diversité des procédures, A. VAHRENWALD, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce. Report on legal issues*. "Part III: Types of Out-of-Court Dispute Settlement", rapport du *Joint Research Center* de la Commission Européenne, 29 mai 2000, http://econfidence.jrc.it/default/show gx?Object.object_id=EC_FORUM000_0000000000FF0, et la définition du champ d'investigation d'un projet de recherche sur les ODR, de l'*American Bar Association Task Force on ECommerce and Alternative Dispute Resolution (ADR)*, <http://www.law.washington.edu/ABA-eADR/surveys/GeneralSurvey.htm>.
5. Ce premier chapitre est en partie une synthèse mise à jour de T. SCHULTZ, G. KAUFMANN-KOHLER, D. LANGER, V. BONNET, *Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues*, E-Com Research Project of the University of Geneva, Geneva, 2001, <http://www.online-adr.org>. En ce qui concerne les listes de centres d'ODR et leurs adresses Internet, on consultera avec bénéfice, en plus du rapport précité : Consumers International, *Disputes In Cyberspace*, 2000, http://www.consumersinternational.org/campaigns/electr_onic/adr_web.pdf ; OECD, *Orientation Document for the Joint Conference of the OECD, HCOPIL and ICC*, 2000, http://www.oecd.org/dsti/sti/it/secur/prod/adr_agenda.pdf ; Joint Research Center – Commission européenne, *ODR services and projects*, <http://econfidence.jrc.it> ; Université du Massachusetts, *Current ODR websites and projects*, <http://aaron.sbs.umass.edu/center/onlineadr.htm> ; Cabinet Endsley et associés, *ODR Providers*, http://www.intlawyers.com/odr_providers.htm et W. I. FAGAN, *Overcoming Impasse: Are There Limits To Online Mediation?*, *International Conference on Dispute Resolution in Electronic Commerce*, OMPI, 6-7 novembre 2000, <http://arbiter.wipo.int/events/conferences/2000/presentations/fagan.html>
6. Sur le rôle fondamental de la négociation dans la résolution des conflits, *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, op. cit. note 1, verbo *Négociation* par Y. DEZALAY. Les différentes cultures juridiques ont toutefois une approche quelque peu différente de cette problématique : dans la tradition romano-germanique, parler de négociation pour la résolution d'un litige est souvent considéré comme une idée peu heureuse. Partant du sens commun du terme, qui définit la négociation comme « l'ensemble des démarches entreprises par des parties ayant des intérêts différents ou contradictoires pour parvenir à un accord » (*ibidem*), les juristes de cette tradition associent souvent la négociation

développé deux mécanismes qui mettent spécifiquement en tension les deux pôles du cyberspace et de la négociation. Le premier mécanisme, celui de la négociation dite « automatisée », se focalise sur un aspect fondamental du processus de négociation tel qu'on le retrouve dans toutes ses formes. Le deuxième mécanisme, celui de la négociation dite « assistée », se réfère plus spécifiquement à un double point fondamental du cyberspace.

A) La négociation automatisée

La négociation automatisée est la méthode de résolution de litiges qui repose sur la recherche d'une transaction extrajudiciaire sans l'intervention d'un tiers humain, par offres chiffrées, successives et comparées. Le processus est simple : chacune des parties, tour à tour, fait une offre chiffrée pour le règlement transactionnel du litige. La procédure est divisée en *rounds* de négociation. Les offres sont faites à un ordinateur avec lequel on communique par un site web – et non à la partie adverse. Pour chaque *round* de négociation, l'ordinateur effectue une comparaison arithmétique entre les deux offres. Si elles sont suffisamment proches l'une de l'autre⁷, l'ordinateur calcule la moyenne entre les deux et le litige est réglé par une transaction extrajudiciaire à concurrence de cette somme moyenne. Si les deux offres sont trop

à l'idée de marchandage, à l'abus d'une position dominante, à la loi de la jungle. Elle est ainsi perçue comme opérant « à l'ombre du droit ». Aux États-Unis par contre, le privilège est souvent accordé au processus conflictuel plutôt qu'aux normes, à une analyse sociologique plutôt qu'à une construction de textes. Force est alors de constater que c'est la justice qui opère « à l'ombre de la négociation », et non plus l'inverse : le tribunal est en pratique une modalité de règlement des litiges parmi d'autres. En effet, les statistiques du système judiciaire américain sont sans appel : seul un dixième des instances se poursuivent jusqu'au bout. En d'autres termes, une grande partie des neuf dixièmes des instances se termine par une forme quelconque de négociation.

7. Chacun des centres fournissant ce type de service définit cette marge à l'avance. En général, elle est fixée à 30%, mais elle peut descendre, selon les centres ou les montants en jeu, à 10 voire 5%.

éloignées l'une de l'autre, les parties passent au prochain *round*⁸. Les offres de chacune des parties ne sont en principe pas communiquées à l'autre partie⁹ : il s'agit d'une procédure d'offres à l'aveugle – ou *blind-bidding*. Aux États-Unis, cette forme somme toute très limitée de négociation connaît un certain succès¹⁰.

B) La négociation en ligne assistée par ordinateur

La négociation assistée vise une transaction extrajudiciaire sans l'intervention d'un tiers durant la procédure, conclue à la suite de communication en ligne. Là aussi, la procédure est simple : les parties négocient à l'aide d'outils informatiques, d'une manière similaire à ce que nous ferions *in persona*, par téléphone ou par écrit. Les services fournis par les centres proposant de la négociation assistée consistent en des plates-formes de communication, des logiciels de communication à télécharger, des sites web sécurisés, des logiciels interactifs guidant les parties vers des agendas et des solutions types ou encore des formulations types de transaction. Le succès de ce type de procédure est impressionnant : SquareTrade, le centre de résolution auquel le site commercial eBay fait référence, est proche d'atteindre les 200.000 litiges administrés¹¹.

2. La médiation en ligne

Dans une médiation en ligne, un tiers neutre sans pouvoir décisionnel intervient dans la résolution du litige en communiquant avec

8. Le nombre de *rounds* de négociation est en principe limité à trois, quoique certains centres ne prévoient pas de limites.

9. Un seul fournisseur de négociation automatisée permet aux parties de prendre connaissance réciproquement de leurs offres (il s'agit de The Claim Room).

10. Sur la cinquantaine de sites proposant des services d'ODR, une quinzaine proposent de la négociation automatisée : 1-2-3 Settle.Com, AllSettle.Com, ClickNsettle.com, Cybersettle, InterSettle, MARS, NewCourtCity, ResolvItNow.com, SettlementOnline, SettleOnline, SettleSmart, The Claim Room, U.S. Settle, WebMediate, et WeCanSettle. Cybersettle administre en moyenne 3.000 litiges par mois.

11. Une dizaine de centres d'ODR proposent de la négociation assistée. Les statistiques des autres programmes de négociation assistée – qui sont une dizaine – varient entre une trentaine de litiges tranchés et quelques milliers de conflits administrés. Les centres qui proposent de la négociation assistée sont ClaimChoice.com, ECODIR, iLevel, Online Resolution, the Resolution Forum, SquareTrade, The Claim Room, TRUSTe, et Web Trader.

les parties par des voies essentiellement électroniques. Il s'agit fondamentalement de la transposition en ligne d'une procédure classique de médiation : on retrouve dans le cyberspace les différentes variantes ou styles connus hors ligne – comme la médiation facilitative ou évaluative¹² – et certaines procédures en ligne dérivent des règlements de grands centres permanents d'ADR¹³. Cependant, certains centres limitent leurs potentialités de stratégies de médiation par les outils de communication qu'ils proposent : quelquefois, seule la diplomatie de la navette est possible¹⁴ et, d'autres fois, seules les communications triangulaires par forum de discussion sont offertes. Les centres les plus sophistiqués offrent par contre la possibilité de communiquer par courriers électroniques, forums de discussions, téléconférences et vidéoconférences, et permettent les discussions bilatérales et triangulaires, voire la participation en direct de témoins,

¹². La médiation facilitative – dans laquelle le tiers se cantonnera à catalyser la communication en orchestrant les intérêts – est proposée notamment par WebMediate. La médiation évaluative – dans laquelle le médiateur exprimera des opinions sur le droit, les faits et les preuves – est proposée notamment par 1-2-3 Settle.Com et Online Resolution. Chez SquareTrade, l'intervention du médiateur est déterminée de manière *ad hoc*, en fonction des parties et du litige. Pour une description de ces variantes de médiation, : notamment A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 21, 23 et T. F. MASTRONARDI, *Mediation als Weg, Kunst und Technik der Vermittlung*, Ittigen (Suisse), Verlag Signifix Medien, 2000, p. 192 et s. Pour une discussion de la médiation facilitative expérimentée en ligne : A. DUVAL SMITH, "Problems in Conflict Management in Virtual Communities", in *Communities in Cyberspace*, sous la dir. de P. Kollock et M. Smith, Routeledge Press, 1998. Sur les techniques de médiation en général : M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1995, p. 71-92 et G. HERRMANN, "La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends", in *Rev. Arb.*, 1985, p. 343. On consultera aussi avec bénéfice P. FOUCHARD, "Alternative dispute resolution et arbitrage", *op. cit.*, note 2, p. 109 et s.

¹³. Online Resolution, notamment, se réfère aux standards de médiation émis par trois grandes associations actives dans l'ADR (l'American Bar Association, la Society of Professionals in Dispute Resolution et l'American Arbitration Association).

¹⁴. La diplomatie de la navette met en œuvre une suite de communications bilatérales, le médiateur alternant les discussions avec l'une puis l'autre des parties, sans face-à-face de celles-ci : chez e-Mediator et MARS par exemple, la communication s'opère uniquement par des courriers électroniques que chacune des parties adresse au médiateur. Par contre, chez Cybercourt et Online Resolution par exemple, les parties ne peuvent que laisser des messages sur un forum commun de discussion.

experts et conseils¹⁵. Du point de vue du nombre de centres qui proposent de la médiation en ligne, le succès de cette forme d'ODR semble important¹⁶. Du point de vue du nombre de litiges réellement administrés, le succès est difficile à évaluer. Les statistiques, rares en pratique, culminent à quelques centaines de différends réglés, pour les centres les plus prospères¹⁷.

3. L'arbitrage en ligne

La notion d'arbitrage n'est pas aisée à définir avec précision. L'élément fondamental est toutefois l'intervention d'un tiers ayant reçu des parties une mission juridictionnelle pour trancher un différend les opposant¹⁸. Du critère de la mission juridictionnelle découle l'exigence du pouvoir décisionnel de l'arbitre, rendant des décisions qui ont force obligatoire pour les parties. 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

15. Les centres de médiation en ligne qui offrent ces possibilités étendues de communication sont 1-2-3 Settle.Com, NewCourtCity et Resolution Forum.

16. Plus d'une vingtaine de centres d'ODR proposent de la médiation en ligne.

17. Ces chiffres doivent être interprétés avec prudence. En effet, d'un côté, la confidentialité de la procédure et même de la simple existence du recours à un centre de médiation est l'un des aspects fondamentaux de la médiation. D'un autre côté, les centres de résolution de litiges ont intérêt à faire de la publicité avec le nombre de cas résolus pour susciter une confiance qui fait encore largement défaut. Sur la diffusion de l'information sur Internet et les efforts de confidentialité qui en découlent pour les ODR, E. KATSH, *The Online Ombuds Office: Adapting Dispute Resolution to Cyberspace*, A Working Paper for the NCAIR Conference on ODR, Washington, DC, 22 mai 1996, <http://mantle.sbs.umass.edu/vmag/disres.html>.

18. C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987 et "Les frontières de l'arbitrage", in *Rev. Arb.*, 1, 2001, p. 5-41 ; A. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958*, 1re éd., Londres, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 44 ; A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 3-4 ; A. BUCHER et P.-Y. TSCHANZ, *International Commercial Arbitration in Switzerland*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1989, p. 26. Un critère supplémentaire de l'arbitrage, qui se place en continuité du mouvement de processualisation de ce type de procédure, peut être le respect de règles fondamentales de procédure : G. KAUFMANN-KOHLER et H. PETER, "Formula One Racing and Arbitration: The Fia Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution", in *Arbitration International*, vol. 17 n° 2, 2001, p. 173-191 et, à propos du débat contradictoire, P. FOUCHARD, "Alternative dispute resolution et arbitrage", *loc. cit.* note 2, p. 108.

argumentent par courriers électroniques¹⁹, forum de discussions²⁰ ou vidéoconférences²¹. Certains centres permettent aussi des procédés plus classiques de communication, comme le téléphone ou le fax²². Trois centres prévoient même le recours à des auditions hors ligne, où les parties, témoins et experts se rencontrent physiquement²³. Une différence notable entre l'arbitrage en ligne et hors ligne existe toutefois : bien que ce soit la force obligatoire des décisions qui en fait des sentences arbitrales, un nombre remarquable de centres d'arbitrage en ligne proposent de « l'arbitrage » sans force contraignante ou ne sont pas clairs sur l'effet juridique de leurs décisions²⁴. Aucune différence de procédure substantielle n'existe cependant entre les procédures en ligne d'« arbitrages » contraignants et non contraignants.

Un large succès de l'arbitrage en ligne en matière de commerce électronique ne serait pas étonnant, puisque l'arbitrage hors ligne a depuis longtemps prouvé son efficacité et sa popularité, tout particulièrement en matière de commerce international. Si le nombre de centres qui proposent de l'arbitrage en ligne est en effet élevé²⁵, le

19. Deux centres limitent la communication aux courriers électroniques : IntelliCOURT et le Virtual Magistrate.

20. Les centres qui acceptent la soumission de dossiers ou qui conduisent les argumentations par forum de discussion sont 1-2-3 Settle.Com, MARS et NovaForum.com.

21. Les vidéoconférences exigent un investissement considérable en termes de matériel informatique, et ainsi seuls trois centres le proposent : MARS, NovaForum.com et Web Dispute Resolution.

22. Un relativement grand nombre de centres d'arbitrage en ligne ont encore recours au téléphone et au fax pour communiquer : MARS, NovaForum.com, Web Dispute Resolution, WEBDisputes.com, WebMediate et Word&Bond.

23. Ces trois centres, FordJourney, WEBDispute.com et WebMediate, ne fournissent malheureusement pas de statistiques concernant la fréquence avec laquelle ils ont recours aux auditions physiques, hors ligne.

24. Selon les indications qui peuvent être trouvées sur les sites, un seul centre, Word&Bond, n'offre explicitement que de l'arbitrage « à force contraignante », les autres soit offrent de « l'arbitrage » contraignant et non contraignant, soit font une assimilation entre leurs services de médiation, de négociation et d'arbitrage en ce qui concerne leurs effets juridiques, soit ne s'étendent pas du tout sur la question.

25. Une vingtaine de centres d'ODR proposent des services qu'ils qualifient d'arbitrage, parmi lesquels 1-2-3 Settle.Com, Cyberarbitration, Cybercourt, eResolution, IntelliCOURT, iCourthouse, MARS, NovaForum.com, ODR.NL, Online Resolution, the Resolution Forum, SettleTheCase, SquareTrade, the Virtual

nombre d'affaires inscrites au rôle reste toutefois relativement modeste²⁶.

4. La procédure ICANN

L'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) est la société qui administre la majorité des noms de domaines, dont les groupes les plus importants : les domaines génériques de premier niveau « com », « org » et « net »²⁷. Cette société, privée mais sans but lucratif, a été créée en 1998 par l'administration Clinton selon le principe directeur de l'autorégulation par les secteurs économiques concernés²⁸, après une bataille économique et politique dans laquelle se sont imposés les intérêts des titulaires des droits de propriété intellectuelle. Comme ces droits ont un ancrage territorial et que les noms de domaine ont une portée globale, ils entrèrent en

Magistrate, WebAssured.com, Web Dispute Resolutions, WEBDispute.com, WebMediate et Word&Bond.

26. La plupart des centres ne fournissent pas de statistiques. Ceux qui le font affichent les chiffres suivants : 350 pour iCourthouse, 200 pour NovaForum.com, moins de trente pour Online Resolution et Web Dispute Resolution. La question se pose, ici encore, de savoir si l'absence d'indication est un signe de respect des intérêts des parties à ce que la simple existence d'une procédure arbitrale reste inconnue, ou un signe de manque de succès. La deuxième hypothèse doit probablement être préférée. Par ailleurs, aucun centre ne fournit une liste d'arbitrages pendants, bien que cela soit légal et indicateur d'une certaine activité (sur la légalité de ce type de publication, notamment J. PAULSSON et N. RAWDING, "The Trouble with Confidentiality", in *Arbitration International*, vol. 11, n° 3, 1995, p. 307).
27. Chaque ordinateur connecté à Internet est identifié par une adresse IP (*Internet Protocol*, du type 129.255.255.255). Comme les humains s'accordent mieux d'un nom que d'une suite de chiffres, les noms de domaine (par exemple <http://www.unige.ch>) ont été introduits. La correspondance entre adresse IP et nom de domaine est assurée par une base distribuée de données qui est gérée, en ce qui concerne les domaines en « com », « org » et « net », par l'ICANN. L'importance de cette gestion est remarquable et a notamment amené une cour américaine à affirmer, dans un *obiter dictum*, que « l'ICANN est en charge de la supervision de l'infrastructure d'Internet », *Lockheed Martin Corporation v. Networksolutions, Inc., et al.*, n° 4:00-CV-0405-A, United States District Court For The Northern District Of Texas, Fort Worth Division, 2001 U.S. Dist. LEXIS 5459, May 1, 2001. Pour une présentation technique, W. R. STEVENS, *TCP/IP illustré*, vol. 1, *Les protocoles*, trad. E. Tyberghier, Paris, International Thomson Publ. France, 1997, p. 9 et s.
28. M. MUELLER, *ICANN and Internet Governance, Sorting through the debris of 'self-regulation'*, in *Info* 1, 6, 477-500, décembre 1999.

collision et produisirent des litiges. En conséquence, l'ICANN adopta un règlement²⁹ s'appliquant à tous les sites en « com », « org » et « net », mondialement : tout droit de marque, où qu'il soit enregistré, peut mettre en question l'attribution d'un nom de domaine. Le but principal du Règlement ICANN est de combattre le « cybersquatting », c'est-à-dire l'enregistrement d'un nom de domaine pour le revendre au titulaire du droit de marque correspondant, et il propose à cette fin une autorité de résolution de litiges unique, anationale et fonctionnant à faibles coûts³⁰.

La procédure mise en place par le Règlement ICANN se déroule, en bref, de la manière suivante³¹ : un « requérant » dépose une « plainte » concernant l'enregistrement d'un nom de domaine auprès de l'une des quatre institutions de règlement accréditées par l'ICANN³². Cette plainte, communiquée par courrier électronique³³, doit indiquer en quoi le nom de domaine est similaire à une marque, l'absence d'intérêt légitime au nom de domaine visé et la mauvaise foi du défendeur³⁴. L'institution saisie contacte le défendeur pour qu'il soumette ses conclusions, également par courrier électronique. Un panel, d'un ou de

29. Les *Principes directeurs et Règles d'application régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine* (le Règlement ICANN), adoptés le 26 août 1999, peuvent être consultés à <http://arbitrer.wipo.int/domains/rules/index-fr.html>.

30. Pour la résolution d'un litige portant sur un nom de domaine par un panel d'un seul membre, les frais de procédure s'élèvent à USD 1500. L'accessibilité économique est une nécessité, car le cybersquatting est extrêmement facile et ne requiert quasiment pas d'investissement économique.

31. Pour une description plus précise, voir par exemple P. LASTENOUE, "Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine", in *Rev. Arb.*, n° 1, 2001, p. 101-106.

32. Ces quatre institutions sont : le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Le National Arbitration Forum, l'Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (remplaçant eResolution, qui s'est retiré le 30 novembre 2001), le CPR Institute for Dispute Resolution.

33. Il est vrai que l'art. 3(b) des Règles d'application prévoit que « la plainte doit être présentée sur papier et [...] sous forme électronique » tandis que l'art. 3 (a) des règles additionnelles d'application de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle dispose que les communications peuvent être faites par télécopie, fax ou courrier électronique. En pratique, les communications se font par courrier électronique exclusivement, P. LASTENOUE, "Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine", *loc. cit.* note 32, p. 101.

34. Art 3(b) (ix) des Règles d'application.

trois membres, est ensuite constitué. Les panélistes, qui peuvent être physiquement dans des États extrêmement éloignés les uns des autres, communiquent entre eux et avec les parties toujours par courriers électroniques, par exemple pour demander à ces dernières de fournir des documents additionnels³⁵. Le panel rend ensuite une décision, en moyenne 45-50 jours après la soumission de la plainte, notifiée aux parties par voie électronique. Si les parties ne saisissent pas un tribunal étatique dans les dix jours à compter de la notification, la décision sera exécutée par le registraire³⁶ du nom de domaine concerné. Jusqu'au rendu de la décision, la procédure ICANN est analogue à un arbitrage en ligne. Toutefois, les décisions ICANN ne sont pas des sentences arbitrales, notamment parce qu'elles ne sont pas exclusives d'autres procédures et qu'elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Elles n'ont plus précisément aucune force obligatoire pour les parties, mais lient les registraires de noms de domaine³⁷. Pourtant, leur effectivité est

³⁵. Art 12 des Règles d'application.

³⁶. Art. 4(k) des Principes directeurs. Le registraire est l'entité qui enregistre les noms de domaine dans la base de données faisant la correspondance entre les noms de domaines et les adresses IP. Tous les registraires des noms de domaine en « com », « org » et « net » doivent être accrédités par l'ICANN. Ils sont contractuellement tenus à exécuter les décisions des institutions de règlement, sans droit de contrôle sur ces décisions.

³⁷. Selon la jurisprudence américaine et la doctrine internationale, le Règlement ICANN autorise la saisine des juridictions étatiques avant, pendant ou après la procédure de l'ICANN, et les décisions n'ont pas de force obligatoire pour les parties. La conclusion qui nous intéresse principalement ici est que la procédure de l'ICANN n'est donc pas de l'arbitrage : *Broadbridge Media, L.L.C. v HyperCD.com*, 106 F. Supp. 2d 505; 2000 US Dist. LEXIS 9516, *Weber-Stephen Products Co. vs. Armitage Hardware and Building Supply, Inc.*, no 00 C 1738, <<http://www.ilnd.uscourts.gov/judge/opinions.htm> >Aspen>, discuté dans P.-E. MOYSE, *La force obligatoire des sentences arbitrales rendues en matière de noms de domaine*, Juriscom.net, 10 octobre 2000, <http://www.juriscom.net/pro/2/ndm20001010.htm> ; *Heathmount v. Technodome.com*, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, 2000 U.S. Dist. LEXIS 20316 ; P. LASTENOUSE, "Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine", *loc. cit.* note 32 ; V. SLIND-FLOOR, "U.S. Judge says courts may be second-guess domain-name arbiter", in *National Law Journal*, B6 ; G. DINWOODIE, "A new copyright order : why national courts should create global norms", in 149 *U. Pa. L. Rev.* 469 ; G. DINWOODIE "(National) trademark laws and the (non-national) Domain Name System", in 21 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 495 ; M. HALPERN et A.K. MEHROTRA, "From International Treaties to Internet Norms: the Evolution of International Trademark Disputes in the Internet

extrêmement élevée : les saisines subséquentes des juridictions étatiques sont de l'ordre de quelques pour-cent des cas.

Du point de vue de l'efficacité juridictionnelle, le succès de la procédure de l'ICANN est appréciable, près de 6.000 litiges ayant été traités en moins de trois ans³⁸. D'un point de vue éthique par contre, la production décisionnelle de ce système de règlement des conflits n'est pas sans défaut.

5. Les cybertribunaux

En janvier 2002, l'État du Michigan adopta une loi instaurant le premier cybertribunal au monde, dont le début des activités est prévu pour octobre 2002³⁹. La procédure sera conduite par conférences vidéo, audio ou forums de discussion, les écritures des parties seront soumises en ligne, les avocats admis au barreau des autres États pourront pratiquer devant ce cybertribunal et les juges suivront une formation spéciale en technologies de l'information. Contrairement à de nombreux autres tribunaux, aucun jury ne sera constitué. *Ratione materiae*, le cybertribunal sera compétent en matière commerciale pour des litiges de plus de 25.000 USD. Cette compétence sera concurrente à celle des tribunaux hors ligne, les parties pouvant s'opposer à ce qu'une affaire soit traitée en ligne plutôt que par les tribunaux ordinaires traditionnels. L'instance d'appel sera la même que pour les

Age", in 21 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 523 ; M.J. MATORIN et M. BOUDET, "Domain Name Disputes: Cases illustrate Limitation of ICANN Policy", 45 *B. B. J.* 4 ; A.M. FROOMKIN, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", in 50 *Duke Law Journal* 17 et E.G. THORNBURG, "Going private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution", in 34 *U.C. Davis L. Rev.* 151. Contra : M. MUELLER, "ICANN and Internet Governance, Sorting through the debris of « self-regulation »", in *Info* 1, 6, 477 et C. KESSEDJIAN, "Internet et le règlement des différends", in *Molengrafica 1999/2000*, sous la dir. de F. W. Grosheide et K. Boele-Woelki, Koninklijke Vermonde, 2000, p. 69-96.

³⁸. Fin janvier 2002, les statistiques révélèrent que plus de 3500 affaires avaient été soumises à l'OMPI, <http://arbiter.wipo.int/domains/statistics>, 300 à *eResolution*, <http://www.eresolution.ca/services/dnd/decisions.htm>, plus de 1850 au *National Arbitration Forum*, <http://www.arb-forum.com/domains/domain-decisions.asp> > search without entry, et environ 40 au *CPR Institute*, http://www.cpradr.org/ICANN_Cases.htm.

³⁹. La *House Bill 4140 (2001)*, *Public Act 262 of 2001*, est entrée en vigueur le 9 janvier 2002. Pour l'histoire législative de cette loi, <http://www.michiganlegislature.org> > bill no 4140.

autres tribunaux de première instance⁴⁰. Les règles de procédure du cybertribunal sont en préparation par la Cour Suprême du Michigan et par l'American Bar Association⁴¹.

La Malaisie a un projet de *International Cybercourt of Justice*, qui est demeuré à ce jour une déclaration générale d'intention⁴². À Singapour, les tribunaux se dirigent également vers des procédures en ligne, en admettant peu à peu de nouveaux modes de communication⁴³.

b. Les différends réglés par les ODR

La résolution des litiges en ligne s'est développée comme une conséquence presque naturelle du commerce électronique impliquant des consommateurs. Un mode de résolution des litiges rapide et peu coûteux est en effet une question d'accès à la justice quand la valeur litigieuse est faible. S'il s'agit là du contexte principal du développement des ODR, ces modes de règlement des différends peuvent théoriquement être utilisés pour tous les litiges sur lesquels les parties peuvent transiger. En pratique cependant, tous les domaines du droit ne s'accordent pas avec une aisance égale aux nouvelles technologies. Afin de présenter le phénomène ODR sous cet angle, nous décrirons d'abord les pratiques de recours aux procédures en ligne et ensuite les domaines d'activité actuels et passés.

40. En général, voir <http://www.michigancybercourt.net> et A. RAMASASTRY, "Michigan's Cybercourt : Worthy Experiment Or Virtual Daydream ?", in *FindLaw*, February 6, 2002, http://writ.news.findlaw.com/commentary/20020206_ramasastry.html.

41. D. SARKAR, *Michigan creates cybercourt*, in *Federal Computer Week*, 11 janvier 2002, <http://www.fcw.com/geb/articles/2002/0107/web-mich-01-11-02.asp>.

42. La déclaration d'intention de la Malaisie est rapportée dans un rapport de l'OCDE (<http://www1.oecd.org/dsti/sti/industry/indcomp/prod/Asia.pdf>) et de L'Agence pour la Diffusion de l'Information Technologique (http://www.adit.fr/adit_edition/pdf/vpa/ASI_00_11.pdf).

43. M. PHILIPPE, "Where is everyone going with online dispute resolution (ODR)", in *R.D.A.I. / I.B.L.J.*, 2002, à paraître et A. LIM, "Videophones to be tested for use in Supreme Court", in *ITAsiaOne*, 21 février 2002, http://it.asia1.com.sg/newsdaily/news003_20020221.html.

1. Le recours aux ODR

La compétence des centres d'ODR découle toujours de la volonté des parties⁴⁴. Le recours aux ODR s'établit soit par une clause compromissoire, de négociation ou de médiation, soit par une convention de négociation ou de médiation ou par un compromis d'arbitrage⁴⁵. Une pratique courante – particulièrement aux États-Unis – est de prévoir de telles clauses de résolution de litiges dans des codes de conduite liés à des certificats électroniques.

Ces certificats⁴⁶ électroniques, appelés aussi *marques de confiance*⁴⁷ ou *sceaux de qualité*⁴⁸, sont des attestations – sous la forme de l'apposition d'un signe distinctif sur le site commercial – garantissant la conformité à un standard prédéfini d'une pratique commerciale ou d'une procédure de prise en charge des litiges⁴⁹. Dans le cas qui nous intéresse, ce standard prédéfini est un code de conduite prévoyant notamment comme condition de délivrance du certificat électronique l'incorporation des clauses d'ODR dans les contrats

44. Il est vrai que le cybertribunal du Michigan a une compétence *ex lege*, mais les parties peuvent s'opposer à ce que le litige soit traité en ligne. Dans ce cas, ce sera un tribunal ordinaire traditionnel de première instance du Michigan qui sera compétent.

45. Il est difficile d'évaluer l'importance quantitative de ces conventions puisque, étant conclues après la survenance du litige, elles ne figurent pas dans des conditions générales qui pourraient être consultées en ligne. Une enquête sociologique s'imposerait ici.

46. Nous retiendrons ici implicitement les définitions suivantes : un certificat est « un acte écrit par lequel une personne, soit un agent public agissant en sa qualité, soit un simple particulier, atteste un fait dont il a eu connaissance », *Vocabulaire juridique / Association Henri Capitant*, sous la dir. de G. Cornu, 2e éd., Paris, PUF, 2001, v° *Certificat*, tandis qu'une certification est « une procédure par laquelle une tierce partie donne une assurance écrite qu'un produit, un service, un système, une qualité, un organisme est conforme à des exigences spécifiées », A. COURET, J. IGALENS, H. PENAN, *La Certification*, Paris, PUF, 1995, Collection Que sais-je, numéro 3006, p. 9.

47. La terminologie anglaise, prépondérante dans le domaine, retient la dénomination de *trustmarks*.

48. Voir par exemple B. 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>>.

49. Sur les certifications électroniques, voir O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse Paris II dact., 2001, par. 432 et s.

passés entre le site commercial et ses clients⁵⁰. Ces certificats sont quelquefois délivrés par les centres d'ODR eux-mêmes⁵¹.

Si la compétence des centres d'ODR se fonde toujours sur la liberté contractuelle, une certaine contrainte de fait les impose quelquefois. Par exemple, tous les titulaires de noms de domaine en « com », « org » et « net » sont contraints de souscrire, par incorporation dans le contrat d'enregistrement de leur nom de domaine, une clause de résolution de litiges par l'une des institutions accréditées par l'ICANN⁵². La contrainte de fait découle de ce que la procédure ICANN peut être engagée à moindre frais, tandis qu'une procédure devant les tribunaux s'avère souvent trop coûteuse en comparaison avec l'intérêt économique que présente un nom de domaine. Il en va de même pour une grande partie des litiges à faible valeur litigieuse. Il en va simplement de la possibilité d'avoir un quelconque accès à la justice⁵³.

50. Sur l'incidence des certificats pour la production du droit dans le cadre du commerce électronique, voir *infra* IV.A.2. "Les codes de bonne conduite".

51. Les centres de résolution qui proposent la certification électronique de sites sont : MARS, NovaForum.com, OnlineDisputes, SquareTrade, TRUSTe, WebAssured.com, Web Trader et Word&Bond.

52. L'art. 1 des Principes directeurs de la procédure ICANN prévoit ainsi que « incorporés par renvoi dans [le] contrat d'enregistrement, [les principes directeurs] énoncent les clauses et conditions applicables à l'occasion d'un litige entre vous et toute partie autre que nous-mêmes (l'unité d'enregistrement) au sujet de l'enregistrement et de l'utilisation d'un nom de domaine de l'Internet enregistré par vous » et l'art. 4 (d) dispose que « le requérant choisit l'institution de règlement parmi celles qui sont agréées par l'ICANN en soumettant sa plainte à cette institution de règlement. L'institution de règlement choisie administre la procédure ». Notons que cette clause est dite « unilatérale », en ce sens qu'elle lie le titulaire du nom de domaine mais non le titulaire d'éventuelles marques correspondantes : le demandeur, c'est-à-dire le titulaire d'une marque, est libre d'engager une procédure ICANN (devant l'une des quatre institutions accréditées au choix) ou toute autre procédure, tandis que le défendeur, c'est-à-dire le titulaire du nom de domaine, est contractuellement tenu de se soumettre à la procédure ICANN, si c'est celle qui est engagée.

53. Sur cette problématique en général, partant d'une analyse de la nature du cyberspace, voir *infra* III.A.1. "Transnationalité". Sur l'implication de ces contraintes de fait sur l'effectivité des décisions rendues par les ODR, voir *infra* IV.A.3. "Le Règlement ICANN, un droit des noms de domaine ?".

2. Les domaines d'activités des ODR

Le centre de gravité de la résolution des litiges en ligne est le commerce électronique⁵⁴. De la conclusion, voire l'exécution, des contrats en ligne à la résolution en ligne des litiges qui en découlent, le pas est en effet vite franchi. Au-delà du commerce électronique, les domaines les plus courants pour lesquels les ODR sont proposés gravitent autour de deux pôles. Premièrement, ce sont les litiges commerciaux de manière générale qui sont appréhendés par les ODR, les exemples couvrant des domaines aussi divers que le droit du contrat d'entreprise, le droit du travail, la propriété intellectuelle, la responsabilité du fait des produits, le droit des assurances et les contrats de consommation⁵⁵.

Deuxièmement, les propositions de services visent des activités qui sont réalisées en ligne, comme les atteintes par Internet à la vie

⁵⁴. Il n'est pas aisé de déterminer avec exactitude l'activité des centres de résolution en ligne par domaine ou type de litige, aucune statistique n'ayant à notre connaissance été publiée. Les estimations qui suivent se fondent sur des déclarations générales des sites ou sur les domaines dans lesquels ils proposent leurs services. Les litiges résultant de transactions commerciales en ligne sont les exemples les plus souvent cités; on les trouve par exemple mentionnés sur les sites de médiation des centres suivants : eResolution, Cybercourt, Internet Neutral, NewCourtCity, Online Ombuds Office, SquareTrade, Web Dispute Resolutions, et sur le site d'arbitrage de WEBDisputes.com.

⁵⁵. Un certain nombre de sites offrent leurs services pour « tous les types de litiges commerciaux » : par exemple ClickNsettle.com, SettleSmart et Word&Bond. Les relations entre les assurés et leurs assurances, surtout dans le cadre des accidents de circulation, sont des exemples très fréquemment cités : par exemple Cybersettle, NewCourtCity, U.S. Settle, WebMediate, MARS, AllSettle.Com, 1-2-3 Settle.Com et ClaimChoice.com. La majorité de centres d'ODR ne font pas de distinction entre les litiges impliquant des consommateurs et les autres. En négociation automatisée, seul BBBOnline est limité au droit de la consommation ; en négociation assistée, les restrictions sont plus fréquentes, et ECODIR ainsi que iLevel restreignent leurs services aux litiges impliquant des consommateurs ; en arbitrage, les distinctions sont également rares, mais vont dans les deux sens : BBBOnline et FordJourney ne s'occupent que de droit de la consommation tandis que NovaForum.com et Web Dispute Resolutions l'excluent spécifiquement.

privée, à l'honneur⁵⁶, à l'intégrité sexuelle ou à la paix publique⁵⁷. En dehors de ce qui est commercial ou en relation avec Internet, les exemples couvrent des domaines tels que la responsabilité contractuelle du médecin envers son patient ou la responsabilité extracontractuelle⁵⁸. Les litiges relatifs au droit de la famille sont les plus controversés : ils sont expressément mentionnés dans un assez grand nombre de centres, soit parce que ce domaine est inclus dans le champ d'activité du centre, soit parce qu'il en est exclu⁵⁹.

III. Pourquoi les ODR ?

Quand bien même le phénomène des ODR n'a pas, à ce jour, acquis une importance quantitative remarquable, un certain nombre de raisons portent à croire que ce type de résolution de litiges connaîtra vraisemblablement une réussite extraordinaire. S'il est vrai que la

56. IRIS proposait de la médiation en ligne notamment pour des litiges relatifs à des violations de la vie privée ou à des atteintes à l'honneur, par exemple des insultes proférées par Internet.

57. FSM offre un service de résolution de litiges qui s'apparente à de l'arbitrage (plus exactement à la procédure comparable de *binding advies*) pour des litiges relatifs à des pages web qui comporteraient du matériel pornographique ou des incitations à la haine raciale ou à la violence.

58. Le Virtual Magistrate mentionne comme exemple de domaine d'activité les *tort disputes regarding online issues*.

59. Un domaine aussi émotionnellement chargé que le droit de la famille peut présenter des difficultés quant à la résolution d'un litige par des parties retranchées derrière leurs ordinateurs. L'observation montre que ClickNsettle.com et NewCourtCity proposent de la négociation automatisée pour transiger sur les montants de l'entretien après divorce, et 1-2-3 Settle.Com propose de l'arbitrage en ligne pour les affaires relevant du droit de la famille. Le cybertribunal compte se développer, si son activité dans le commercial se développe bien, pour pouvoir recevoir des litiges relatifs au droit de la famille.

Par contre, WebMediate (négociation automatisée, médiation et arbitrage) et ECODIR (négociation assistée et médiation) excluent spécifiquement les litiges relevant du droit de la famille. Un centre de médiation en ligne, dirigé par l'Université de Maryland, aux États-Unis, avait été créé spécialement pour résoudre des litiges de droit de la famille ; ce centre a fermé après quelques années de fonctionnement, les résultats de la médiation familiale en ligne semblant n'avoir pas donné les résultats escomptés. Nous ne préjugeons bien entendu aucunement, ici, des problèmes éthiques qu'une telle résolution de litiges familiaux soulève.

résolution en ligne rencontre encore quelques difficultés d'ordre pratique⁶⁰ et que l'évolution du phénomène prendra donc place sous le couvert de plusieurs modifications techniques, les raisons de l'émergence des ODR permettent également d'estimer son évolution. Nous avons choisi de distinguer ces raisons selon qu'elles se rapportent aux ODR en général ou qu'elles se rapportent à l'un de ses modes spécifiques.

a. En général

Les raisons générales d'émergence des ODR, nombreuses et fort diverses, peuvent être articulées autour des trois axes de la transnationalité du cyberspace, de l'économie et de la culture juridique occidentale actuelle.

1. Transnationalité

Internet et le commerce électronique sont presque totalement déterritorialisés. Toute page du web est accessible depuis la totalité du globe⁶¹ : Internet est donc ubiquitaire, tandis que le droit reste largement territorial. Pour la résolution des litiges, la conséquence en est la multiplication des fors et des droits applicables⁶². Pour certaines parties,

⁶⁰. On argue par exemple que la vidéoconférence nécessite actuellement des coûts qui rendent les procédures en lignes inaccessibles pour de nombreuses parties.

⁶¹. Exception faite des États qui ont interdit ou très fortement restreint l'utilisation d'Internet.

⁶². Un exemple typique est celui des publications sur le web, qui peuvent devoir respecter virtuellement tous les régimes de droits d'auteur nationaux. En commerce électronique, le problème principal tient à la difficulté de localiser les acteurs et les activités sur le net. Pour une discussion complète en droit international privé, voir G. KAUFMANN-KOHLER, "Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges ?", in *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies?*, sous la dir. de K. Boele-Woelki et C. Kessedjian, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 89-141, G. KAUFMANN-KOHLER, "Choice of court and choice of law clauses in electronic contracts", sous la dir. de V. Jeanneret, in *Aspects juridiques du commerce électronique*, Zürich, Schulthess, 2000 ; G. KAUFMANN-KOHLER, "Arbitration agreements in online business to business transactions", in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, sous la dir. de R. Briner et alii, Cologne 2001, p. 355-369. De manière plus générale : « [e]n réalité, les difficultés rencontrées sur le Web tiennent moins à l'inadéquation des normes existantes qu'à la profusion de textes susceptibles de s'y appliquer » (V. TILMAN, "Arbitrage et nouvelles technologies, Alternative Cyberdispute Resolution", in *Ubiquité*, 1999, 2, p. 73) ; et « En l'état du droit

introduire une instance ou se défendre devant un tribunal très éloigné, à la culture juridique différente et, hypothétiquement, pour un litige à faible valeur litigieuse n'est simplement pas possible économiquement. Il en va dans ces cas du droit d'accès à la justice : si le recours à un tribunal traditionnel est matériellement impossible, au moins faut-il que le recours à un mode alternatif de résolution du litige puisse être envisagé, par un cybertribunal ou un autre mode d'ODR⁶³.

De plus, si un éditeur de pages web ou un contractant actif sur Internet ne peut que difficilement prévoir devant quel tribunal et selon quel droit il sera jugé, c'est la sécurité juridique qui est en jeu⁶⁴. Là aussi, la résolution en ligne peut apporter une réponse opérationnelle⁶⁵.

Il se peut qu'une voie judiciaire soit trouvée par entente entre les États et qu'une politique cohérente soit développée de manière

positif, l'ubiquité des activités électroniques favorise aussi bien l'affirmation de la compétence législative que de la compétence juridictionnelle des États. Les opérateurs du marché électronique sont ainsi exposés à un cumul universel des réglementations et à une multiplication des procès devant des juridictions étatiques lointaines » (O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.*, note 50, par. 697).

63. Il faut reconnaître que, en accord avec la mouvance générale dans le domaine commercial, « à un droit du procès se substitue progressivement un droit de la justice, qu'elle soit douce ou étatique » et que « le droit à un procès équitable [...] deviendrait le droit à un règlement équitable » (S. GUINCHARD, "L'évitement du juge civil", in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la dir. de J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 228).

64. Comme nous l'avons dit, dans le cadre d'Internet les cas d'extraterritorialité des lois sont nombreux : en matière de droits d'auteur par exemple, le recours au critère de territorialité aboutit à l'application cumulative des législations de tous les États connectés à Internet (ils sont quelques 200), puisqu'une œuvre, une fois publiée sur Internet, est accessible depuis n'importe quel État « en ligne », Valérie SEDAILLAN, *Droit de l'Internet : réglementation, responsabilités, contrats*, Cachan, Ed. Net Press, 1997, p. 266 et s.

65. C'est ce qu'a fait l'ICANN, en proposant une autorité unique appliquant une loi unique à la résolution des litiges relatifs aux noms de domaines.

transnationale, par exemple au sein de l'Union européenne⁶⁶. Une harmonisation législative pourrait mettre en place une justice accessible et prévisible⁶⁷. Néanmoins, la diversité des approches des États et des cultures juridiques est actuellement telle (même au sein de l'Union européenne)⁶⁸ qu'il semble bien qu'il faille préférer, du point de vue de l'effectivité, le modèle de la co-régulation, voire de l'autorégulation par les acteurs économiques⁶⁹. Or, les ODR doivent pouvoir constituer l'un des principaux nœuds de la co- ou autorégulation d'Internet, un consensus étant plus facile à atteindre entre des acteurs financiers qu'entre des États⁷⁰, et plus particulièrement quand ils sont confrontés à

66. Y. POULLET, *Vers la confiance : Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ?*, Colloque International Droit de l'internet Approches européennes et internationales, 19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf>.

67. Pour une discussion concernant un traité international sur la résolution des litiges en relation avec Internet, rejeté dans sa probabilité d'adoption rapide, H. PERRITT, "Electronic commerce: issues in private international law and the role of alternative dispute resolution", intervention au *WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property*, Genève, 30-31 janvier 2001, consultable à l'adresse <http://wipo.int/pil-forum/en> > Documents.

68. Les gouvernements de différents États, ne serait-ce qu'en Europe, ont des approches souvent très différentes des mêmes problématiques juridiques relatives à Internet, comme pour la protection des consommateurs, par exemple, K. MANGOLD, "Alternative Dispute Resolution", intervention lors de la conférence du *Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, Miami, 26 septembre 2000, <http://gbde.org/library/adr.doc>

69. En ce sens, mais s'appuyant sur les problématiques liées au niveau technique du cyberspace, I. MANEVY, *Online dispute resolution : what future?*, juin 2001, p. 52, <http://www.juriscom.net/uni/mem/17/presentation.htm>.

70. Le gouvernement des États-Unis, au moment de l'attribution de compétences en matière de noms de domaine à l'ICANN, a déclaré qu'« obtenir l'accord des parties que la compétence de résolution des litiges en matière de noms de domaines soit conférée à un centre [privé] de résolution alternative des litiges est au moins quelque peu moins sujet à controverse que l'accord des parties qu'elles se soumettront elles-mêmes à la juridiction d'une cour nationale spécifique » (*US Department of Commerce's Statement of Policy on the Management of Internet Domain Names and Addresses*, n° 13, rapporté par S. DONAHEY, "Dispute resolution in Cyberspace", in *Journal of International Arbitration* 15(4), décembre 1998, p. 146). Le phénomène de la régulation du cyberspace semble bien, à cet égard, suivre le mouvement général du commerce international, à savoir qu'« [i]l est certain que la dématérialisation des marchés ne peut qu'accroître l'impact des processus de formation de la *lex mercatoria*. L'économie internationale se libère du support des territoires étatiques et n'a plus d'assise

un litige. Si, en plus, le mode de résolution des litiges est simple, peu coûteux et largement accessible comme les ODR⁷¹, le souci pragmatique d'arriver à une résolution effective des litiges a de fortes chances d'être décisif.

Par ailleurs, la résolution des litiges par des modes alternatifs correspond à une quête de la justice qui semble possible au plan transnational. Si, au niveau d'une nation, il est encore possible d'opérer des choix de valeurs qui seront cristallisés dans les cas particuliers par les règlements de différends, au niveau transnational, il sera difficile d'atteindre un consensus sur ces valeurs. Au transnational, on semble être contraint d'accepter l'existence de fortes oppositions de valeurs, de divergences d'intérêts et de conflits de normes. Dans un tel environnement, la quête de la justice devra souvent se limiter à la balance des intérêts en jeu, en deçà de l'idéal de la recherche d'un ordre social

territoriale. Il en résulte que les législations des États sont impuissantes à appréhender une économie immatérielle qui, s'il fallait un territoire, ne peut être que l'ensemble du globe. En l'absence d'une coopération interétatique significative, ces nouveaux espaces ne peuvent que s'autoréguler » (E. LOQUIN, "Où en est la *lex mercatoria* ?", in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle*, op. cit. note 2, p. 31).

71. Le développement des ODR par le privé correspond, dans l'Union européenne, à une volonté politique établie. Le commissaire européen Erkki Liikanen argue ainsi que la part belle doit être faite à la co-régulation ou à l'autorégulation, limitant l'intervention des États « à la protection du copyright ou aux questions de droit pénal, pour laisser principalement l'industrie définir les modes de régulation d'Internet ». L'outil principal de mise en œuvre qu'il en retient est le développement de mécanismes de résolution de litiges en ligne. Pour une présentation de cette position, L. BAERISWYL, *REPORT 2000 – Interconnection Disputes Settlements in the European Telecommunications Industry and its Effects on the European Institutions and Regulatory Environment*, European Telecommunications Platform, Brussels, [http://www.etp-online.org/documents/\(00\)030INTERC.DISP.SETTLEM.report.doc](http://www.etp-online.org/documents/(00)030INTERC.DISP.SETTLEM.report.doc), p. 69 ; et Rapport IRIS *Pour une alternative démocratique à la corégulation d'Internet : Proposition de création d'une mission interministérielle pour la citoyenneté et l'accès au droit sur Internet*, avril 2000, <http://www.irsi.sgdg.org/documents/rapport-coreg/rapport-coreg.html>.

basé sur une conception substantielle et idéologique de la justice⁷². Il se trouve que l'esprit des ADR et des ODR – l'arbitrage excepté – est bien de rendre une solution acceptable pour les parties, plutôt que de trancher le litige à proprement dit ; on recherche davantage à réconcilier ou à mettre en balance des intérêts qu'à juger des droits légitimes⁷³.

Du point de vue des instruments juridiques favorisant les ODR, on pourrait trouver la notion procédurale de *forum non conveniens*, selon laquelle un tribunal se déclarera incompétent si l'audition des parties devant lui est inopportune pour l'une des parties, alors qu'un autre tribunal peut être saisi. Si les parties sont très éloignées l'une de l'autre, on pourrait imaginer que les tribunaux hors ligne saisis se déclareraient *fora non conveniens* et donc incompétents, renvoyant les parties à un cybertribunal⁷⁴.

2. Motifs économiques

La justice privée, c'est bien connu, est un véritable marché⁷⁵. Les ODR apparaissent dès lors comme un nouveau produit destiné à concurrencer les autres formes de règlement des conflits. En tant que

⁷². Pour une discussion globale des conceptions de la justice dans les ADR, C. YOUNES, *Conflict Resolution, Reinforcement of Social Link and Substantive Justice*, Rapports et textes des chercheurs du groupe de travail Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel, <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/#3>.

⁷³. Pour la médiation, voir R. S. GRANAT, *Creating An Environment for Mediating Disputes On the Internet*, A Working Paper for the NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington, DC, 22 mai, 1996, <http://mantle.sbs.umass.edu/vmag/disres.html>. A. DUVAL SMITH, "Problems in Conflict Management in Virtual Communities", in *Communities in Cyberspace*, sous la dir. de P. Kollock et M. Smith, Routeledge Press, 1998 ; A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, op. cit. note 12, p. 34 et M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, op. cit. note 12, p. 71 et s. Voir aussi ci-dessous, III.B.3. "La médiation en ligne". Pour l'arbitrage, cette conception de la justice est de moins en moins de mise actuellement, mais la simplification des procédures qu'implique la résolution en ligne pourrait fort bien inverser la tendance. Pour l'évolution hors ligne de la conception de la justice dans l'arbitrage, J.B. RACINE, "Les dérives procédurales de l'arbitrage", in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit. note 64, p. 233.

⁷⁴. J.M. OBERDING et T. NORDERHAUS, "A Separate Jurisdiction For Cyberspace ?", in *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 2, n° 1, première partie de *Emerging Law on the Electronic Frontier*, juin, 1996, <http://www.ascusc.org/jcmc/vol2/issue1/juris.html>.

⁷⁵. Par exemple J.B. RACINE, "Les dérives procédurales de l'arbitrage", loc. cit. note 74, p. 246.

produit, il subit les règles de l'offre et de la demande et engendre des effets économiques. Ces effets influencent inévitablement les volontés politiques, qui contribueront, elles aussi, à l'accélération ou au ralentissement du développement des ODR.

L'une des principales causes de l'existence d'une demande d'ODR est le commerce électronique international de biens et services de faible valeur. Le cyberspace, on l'a vu, est ubiquitaire et, de plus, il tend à l'instantanéité⁷⁶. La simplicité des transactions commerciales internationales sur Internet a étendu les contrats internationaux à des transactions de faible valeur. Ce mouvement vers l'international est par ailleurs renforcé par la difficulté de localiser les acteurs dans le cyberspace. Les modes classiques de résolution des litiges, par les coûts relativement élevés qu'ils engendrent, ne sont pas adaptés au règlement de différends internationaux de faible valeur⁷⁷. Il en résulte une forte demande de mécanismes rapides, faciles d'utilisation, abordables financièrement et accessibles de partout, tout

⁷⁶. La temporalité du transfert d'information, entre tous points du réseau, a comme ordre de grandeur les secondes, développant un temps contractuel, et plus largement social, proche de l'instantanéité (F. OST, "Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse", in *Le consentement électronique : actes du colloque de Bruxelles des 23 et 24 septembre 1999*, sous la dir. de B. De Nayer et J. Laffineur, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, p. 187-198).

⁷⁷. La procédure d'arbitrage de la Chambre de Commerce International de Paris, par exemple, semble être prévue principalement pour des litiges dépassant USD 100.000 ; cf. R. P. ALFORD, "The Virtual World and the Arbitration World", in *Journal of International Arbitration*, 18(4), 2001, p. 456 ; l'auteur poursuit en augurant l'apparition d'un « nouveau monde de l'arbitrage », mais non d'une révolution de « l'ancien monde de l'arbitrage ».

particulièrement pour les consommateurs⁷⁸. Les ODR répondent à cette demande⁷⁹.

Le commerce électronique en tant que marché est aujourd'hui encore l'objet d'un sérieux manque de confiance de la part des contractants potentiels⁸⁰. Or, il semble bien que le développement de cette confiance passe par la disponibilité d'un système adapté de résolution des litiges⁸¹. Les ODR produisent ainsi des externalités positives sur le commerce électronique et ont en conséquence une certaine force de lobbying sur la politique de développement des mécanismes de règlement des conflits⁸².

78. Le règlement des litiges internationaux semble bien constituer la majeure partie des litiges résolus en ligne; cf. M. MITHAL (*Federal Trade Commission*), "Online Arbitration Speeds Settlements", in *Yahoo! News*, 25 février 2001, http://dailynews.yahoo.com/h/ap/20010225/tc/settling_online_1.html. En ce qui concerne les consommateurs, voir L. BAERISWYL, *Report 2000 – Interconnection Disputes Settlements*, op. cit. note 72, p. 66 et, de manière plus générale, A. CARBLANC, *Privacy Protection and Redress in the Online Environment: Fostering Effective Alternative Dispute Resolution*, 22nd International Conference on Privacy and Personal Data Protection, Venice, 28-30 septembre 2000, http://www.oecd.org/dsti/sti/it/secur/prod/venice_paper.pdf.

79. Transatlantic Consumer Organization, *Alternative Dispute Resolution in the Context of Electronic Commerce*, http://www.tacd.org/db_files/files/files-81-filetag.rtf.

80. D. BYRNE (Commissaire européen pour la santé et la protection des consommateurs), *The e-confidence barrier – New regulatory models* -, Conférence sur l'e-économie en Europe – Parlement européen, 2 mars 2001, http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/speeches/speech86_en.html.

81. R. OTT, "Removing the e-confidence barrier", in *E-Commerce Law & Policy*, March 2001, p. 12-13 et OECD *Orientation Document of the Joint Conference on Building Trust in the Online Environment: Business to Consumer Dispute Resolution*, La Haye, 11-12 décembre 2000, p. 6, <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer>.

82. Au niveau microéconomique, les entreprises de commerce électronique considèrent que les ODR constituent un service ou un produit de marketing augmentant la confiance de clients potentiels, D. DESTEPHEN et J. HELIE, *Online Dispute Resolution: Implications for the ADR profession*, <http://www.mediate.com/articles/helie1.cfm>. Au niveau macroéconomique, les ODR sont quelquefois considérées comme un avantage économique pour toute une région : l'État du Michigan, par exemple, compte attirer des sociétés de commerce électronique sur son territoire par son *cybertribunal*, les litiges y relatifs pouvant être résolus plus facilement, plus rapidement et pour moins de

On retrouve dans ces considérations les mêmes motifs de développement qui avaient déjà amené l'arbitrage international : l'absence de juridiction internationale, l'inaptitude de la justice nationale à trancher les litiges internationaux et une meilleure adaptation de la résolution des litiges aux besoins du commerce international⁸³. À un commerce spécifique, un mode spécifique de règlement des conflits.

3. ODR et culture juridique

Plusieurs facteurs de développement des ODR prennent la forme de pressions ou de tendances générales qui semblent être le produit plus ou moins lointain de notre culture juridique actuelle.

Du côté des procédures, tout d'abord : l'expansion massive du contentieux judiciaire, surtout aux États-Unis, a clairement provoqué la dérive des procédures judiciaires en temps et en argent. En réaction, on voudrait bien sûr en revenir à des procédures plus courtes et moins chères⁸⁴. Cette dérive a entraîné au moins deux conséquences : premièrement, la très grande majorité des litiges aboutit à une transaction avant le terme du jugement, entraînant l'apologie du litige réglé le plus tôt possible⁸⁵. Les ODR, avec des procédures capables de proposer une solution après seulement quelques jours voire quelques heures, tombent ainsi à point nommé. Deuxièmement, les formes simplifiées de résolution des litiges ont été mobilisées : la négociation, la conciliation, la médiation, l'arbitrage. Toutefois, il s'avère qu'un

frais : http://michigan.craintech.com/section_story.mv?story=827968367670145794&sec=intellect&back=intellect.mv.

83. J.-B. Racine a décrit en ces mots ce mouvement général : « les raisons de l'essor formidable [de l'arbitrage international tiennent, dans l'ordre international] en grande partie à l'absence de juridiction internationale de droit privé. Les agents économiques veulent échapper à la justice nationale jugée inapte à trancher des litiges internationaux. Ils tiennent à choisir leurs juges et à être jugés en application d'un droit spécifique adapté aux besoins du commerce international » (J.-B. RACINE, "Les dérives procédurales de l'arbitrage", *loc. cit.* note 74, p. 229).

84. S. GUINCHARD, "L'évitement du juge civil", *loc. cit.* note 64, p. 223.

85. Les statistiques, aux États-Unis, indiquent que 90-95% des actions intentées se soldent par une transaction, qui peut intervenir plus ou moins tard, mais bien sûr avant le prononcé du jugement, Administrative Office of the United States, *Federal Judicial Workload Statistics for the Twelve Months Period Ending December 31, 1980*, A-20, A-21, Washington, D.C., 1981. Il s'agit d'un argument promotionnel fréquemment utilisé par les centres de médiation : voir par exemple P.R. FISHER, *All You Need To Know About Mediation But Didn't Know To Ask. A Parachute for Parties in Litigation !*, <http://www.mediate.com/articles/fisher2.cfm>.

mouvement généralisé de processualisation pousse en permanence toutes ces procédures vers plus de complexité, donc plus de longueur et plus de coûts. À partir d'un certain stade de complexité, de nouvelles formes, à nouveau simplifiées, apparaissent. Et les ODR sont justement l'un de ces exemples, avec pour phénomène extrême la négociation automatisée, qui nous donnera l'occasion de revenir plus en détail sur ce glissement permanent vers la processualisation⁸⁶.

Du côté de la loi, ensuite : la prolifération normative, l'explosion des normes, devrait-on dire, n'est plus à présenter. En réaction à la complexité du système normatif, les parties cherchent souvent des solutions simplifiées, individualisées et originales. Là aussi, c'est un avantage typique des modes alternatifs de résolution des litiges, et donc des ODR⁸⁷.

Dans le même ordre d'idées, on constate une certaine perte de confiance généralisée dans le juge. Comme si on avait tellement abusé des lieux de la justice, destinés à protéger les parties notamment de la justice privée, que les parties préfèrent maintenant se tourner vers la justice privée pour se protéger. On est ainsi amené à constater que les modes alternatifs de résolution des litiges s'institutionnalisent, s'ancrant dans une procédure qui « s'installe de partout, très vite, tout simplement 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 de conditions jugées meilleures que ne le ferait un juge civil, mais sans que soit sacrifié un minimum de garanties procédurales »⁸⁸.

Tout cela correspond largement à l'idée contemporaine du droit négocié, au « mouvement général de contractualisation de la

⁸⁶. J.-B. RACINE, "Les dérives procédurales de l'arbitrage", *loc. cit.* note 74, p. 247 : « Il y aurait ainsi une tendance naturelle à l'institutionnalisation de toute forme de résolution des conflits sans doute liée à son développement et à la volonté d'en améliorer l'efficacité. Plus une forme de résolution des litiges est utilisée et plus elle se construit, se charpente. Dans la ligne d'un tel mouvement, il faudrait donc constamment découvrir, ou plutôt redécouvrir, des formes informelles de résolution des conflits ». Voir aussi P. FOUCHARD, "Alternative dispute resolution et arbitrage", *loc. cit.* note 2, p. 115.

⁸⁷. Transatlantic Consumer Organization, *Alternative Dispute Resolution in the Context of Electronic Commerce*, *op. cit.* note 80

⁸⁸. S. GUINCHARD, "L'évitement du juge civil", *loc. cit.*, note 64, p. 226.

procédure », à l'espoir que « la justice puisse être douce comme il existe des médecines douces »⁸⁹.

b. Quel mode d'ODR ?

Jusqu'ici, nous avons tenté d'isoler des facteurs de développement qui soient communs au plus grand nombre possible de ces modes de résolution des litiges que nous avons regroupés sous la dénomination d'ODR. Il nous faut maintenant nous atteler à l'analyse des facteurs de développement de certains types spécifiques de résolution en ligne.

1. La négociation automatisée

La forme automatisée de la négociation se focalise sur un aspect fondamental du processus généralisé de la négociation⁹⁰. On retrouve en effet de la négociation dans tous les modes alternatifs qui reposent sur la recherche d'un accord transactionnel, avec ou sans l'intervention d'un tiers. Or la résolution des litiges s'y termine généralement par des discussions portant sur le montant de la transaction⁹¹. Ce que fait la négociation automatisée, c'est déshabiller ces processus pour n'en retenir que la dernière phase, l'un des éléments centraux.

Il semble à cet égard que le phénomène de la négociation automatisée puisse constituer un exemple particulièrement pointu d'un aspect du postmodernisme. On entend l'observation, avec S. Guinchard, que « dans une sorte de mouvement perpétuel, chaque fois qu'une forme nouvelle de règlement des conflits apparaît hors le juge civil, c'est en réaction à une trop forte institutionnalisation, voire judiciarisation (par les voies de recours) de la forme de règlement qu'elle supplée, avant d'être elle-même remplacée par une forme moins

⁸⁹. *Ibidem*, p. 223. Notons ici que S. GUINCHARD relate ici que ce mouvement de contractualisation de la procédure « s'inscrit dans la logique du fondement contractuel de l'instance en droit romain ».

⁹⁰. La négociation, en tant que processus juridique et judiciaire généralisé de résolution des conflits, couvre « l'ensemble des modes de règlement d'un litige dans lesquelles les parties s'efforcent d'arriver à un compromis sans que le juge ait eu à trancher "au fond" leur différend » (*Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, verbo *Négociation*, loc. cit. note 1).

⁹¹. En médiation, le cœur de la procédure semble être cette discussion finale sur le montant de la transaction, préparée durant tout le processus; cf. A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, op. cit. note 12, p. 22 et s., l'auteur évoquant, à propos de la discussion de chiffres, le terme de « *negotiating funnel* » (soit « l'entonnoir de la négociation »).

institutionnalisée, au bout de quelque temps ! »⁹². L'apparition régulière de nouveaux modes vise plus de souplesse, plus de rapidité et moins de coûts, et cette quête permanente est sans cesse déjouée, dans un mouvement sisyphtien, par la dérive subséquente de ces modes vers plus de processualisation⁹³. Il semble bien que la négociation automatisée s'entende ainsi d'une procédure poussée au maximum d'un certain type de souplesse, au maximum de rapidité et au minimum des coûts, ne retenant que l'élément essentiel à une transaction.

2. La négociation assistée par ordinateur

Conceptuellement, la négociation assistée repose sur une propriété fondamentale du cyberspace. Le cyberspace est par nature ubiquitaire, et il met donc en relation des parties très éloignées géographiquement les unes des autres. L'une des conséquences que cela provoque pour la résolution des litiges est la difficulté simplement matérielle de communiquer : le décalage horaire, par exemple, est propre à ralentir sérieusement une négociation. Une autre conséquence est le contact très faible qu'ont entretenu les parties durant leurs relations contractuelles et pré-contractuelles, entraînant un anonymat relatif ou réel des cocontractants et des parties qui se cachent derrière leur identité

⁹². S. GUINCHARD, "L'évitement du juge civil", *loc. cit.* note 64, p. 225.

⁹³. En ce sens, les auteurs les plus prestigieux dressent les constats suivants : à propos des ADR en général : « à l'origine, [les procédures non juridictionnelles] exprimaient toutes le souci de leurs promoteurs de se démarquer de la voie contentieuse [...], il est facile d'observer que ces modes alternatifs tendent eux-mêmes à se juridiciser, à se processualiser » (P. FOUCHARD, "Alternative dispute resolution et arbitrage", *loc. cit.* note 2, p. 112) ; concernant la médiation : « [e]n vérité, dès l'instant où il s'agit d'aménager un véritable mode de règlement d'un litige, on échappe difficilement aux exigences minimales qu'impose toute forme de justice : l'évolution moderne de la médiation et de la conciliation en porte témoignage » (B. OPPETIT, "Arbitrage, médiation et conciliation", *loc. cit.* note 2, p. 322) ; relativement à l'arbitrage : « [l'arbitrage, d]evenu trop long, trop cher, trop processuel, [...] » (P. FOUCHARD, "Alternative dispute resolution et arbitrage", *loc. cit.* note 2, p. 112), et « [...] pour éviter les longueurs d'un procès arbitral administré par une institution, ont été inventées des formes d'arbitrage "accéléré". L'observation vaut aussi pour les diverses formes de conciliation, médiation ou arbitrage répertoriées en droit communautaire » (M. DELMAS-MARTY, "Le mou, le doux et le flou sont-ils des gardes-fous ? Introduction aux nouveaux lieux et aux nouvelles formes de régulation des conflits", in *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.* note 64, p. 212). Voir aussi J.B. RACINE, "Les dérives procédurales de l'arbitrage", *loc. cit.* note 74 p. 229 et s.

virtuelle. La résolution assistée répond à ces deux problématiques : d'une part, les parties peuvent communiquer en plaçant des messages à leur convenance sur des sites sécurisés et, d'autre part, ce mode de résolution, couplé aux certificats électroniques⁹⁴, permet de forcer les parties à établir une communication en vue de la résolution du litige qui les oppose.

3. La médiation en ligne

La médiation paraît tout particulièrement adaptée au contexte transnational, pluriculturel et dépersonnalisé d'Internet. Le cyberspace mettant en relation des individus issus d'États et de cultures très différentes, leurs acceptions de la justice peuvent fortement diverger. Un règlement des différends reposant sur une conception substantielle de la justice, soit trancher les litiges en appliquant le droit, pourrait connaître des problèmes de légitimité. Une solution est de se fonder sur une notion procédurale de la justice, soit réconcilier ou mettre en balance des intérêts⁹⁵. Par ailleurs, la sécurité juridique est menacée si de nombreux ordres juridiques peuvent s'appliquer à un complexe de faits ou si une clause d'élection de for ou d'arbitrage n'est presque jamais lue, comme c'est le cas en matière de contrats conclus en ligne avec des consommateurs⁹⁶. Là aussi, une solution est de se référer à la médiation et d'éviter ainsi l'application stricte d'un droit⁹⁷.

94. Sur les certificats électroniques, voir *supra* II.B.1. "Le recours aux ODR" et *infra* IV.A.2. "Les codes de bonne conduite" et IV.B.2. "Les exemples de l'ICANN et de la certification".

95. Voir ci-dessus III.A.1. "Transnationalité".

96. Notamment M. PHILIPPE, "Where is everyone going with online dispute resolution (ODR)", *loc. cit.* note 44.

97. En droit américain de la consommation, la question est par exemple débattue d'appliquer aux contrats conclus électroniquement soit le droit du consommateur (*country-of-destination*), soit le droit du professionnel (*country-of-origin*) et l'une des solutions envisagée est de contourner la question en ayant recours à la médiation : Federal Trade Commission et US Department of Commerce, *Summary of Public Workshop*, 6-7 juin 2000, <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/summary.htm>. Sur le recours en général aux ADR (hors arbitrage) pour l'application d'un droit particulier, cf. E. KATSH, J. RIFKIN et A. GAITENBY, "E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: in the shadow of « eBay law »", in *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 15, n° 3, 2000, p. 705, et s., plus spéc. p. 707. On relèvera néanmoins que le droit applicable n'est pas complètement exclu en médiation, demeurant une « ressource potentielle » ou un « référent pour l'action », voir ci-dessous IV.A.1. "La publication des résultats de règlements de différends".

L'un des *leitmotive* fondamentaux de la médiation est de considérer que, quand « la dimension psychologique ou politique l'emporte, on ne peut faire trancher le litige en droit, il faut trouver une autre formule »⁹⁸, la base de cette « autre formule » étant la pensée ternaire. Refusant la pratique souvent manichéenne du règlement des différends par application du droit – qui produit en principe un gagnant et un perdant – la pensée ternaire peut aboutir, espère-t-on, à l'acceptation de l'autre et des différences en général, à fonder une discussion reposant sur la reconnaissance des valeurs de l'autre⁹⁹. S'il existe un problème de légitimité lors de la résolution d'un litige parce que les parties se réfèrent à des conceptions substantielles différentes de la justice ou s'il existe un problème de sécurité juridique parce que les parties s'attendaient à voir s'appliquer des droits différents, une solution est d'amener les parties à une position de partenaires. Au lieu d'imposer l'une des cultures juridiques en appliquant les règles de droit qui en font partie, peut-être bien que le respect de ces différences constitue l'un des moteurs à l'établissement de cette confiance qui fait encore défaut dans le commerce électronique.

On objectera bien sûr que, si le médiateur ne peut communiquer que par voie électronique, il doit connaître bien des difficultés à opérer la maïeutique nécessaire à la résolution du conflit, et que les parties doivent avoir de la difficulté à exprimer leurs griefs d'une manière qui les décharge du poids conflictuel. Néanmoins, la médiation connaît divers projets, qui peuvent être la recherche d'une réconciliation, l'assurance du respect de l'autonomie de la volonté, la quête d'une transformation sociale, l'ouverture d'un accès à la justice ou la simple prestation d'un service¹⁰⁰. Or la médiation en ligne est au moins un puissant outil d'accès à la justice.

4. L'arbitrage en ligne

La résolution des litiges par l'arbitrage se particularise avant tout par le caractère définitif des sentences, voire des transactions en cours d'arbitrage (en cas de sentence d'accord). Le cadre législatif – surtout la Convention de New York, ratifiée par 121 États – facilite largement l'exécution de la sentence, lui conférant une réelle force contraignante transnationale. Si un arbitrage débouche en principe toujours sur la

⁹⁸. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, op. cit. note 12, p. 74.

⁹⁹. Sur l'éthique de la médiation, *ibidem*, p. 93 et s.

¹⁰⁰. T. F. MASTRONARDI, *Mediation als Weg, Kunst und Technik der Vermittlung*, op. cit., note 12, p. 108 et s.

résolution juridique du litige – par une transaction ou par une sentence – et qu’une sentence est ordinairement plus facile à faire exécuter qu’un contrat résultant d’une négociation ou d’une médiation, ce caractère contraignant de l’arbitrage peut aussi jouer contre lui. Le contraignant éveille en effet une certaine suspicion et l’électronique une certaine défiance, ce qui entraîne des difficultés d’amener les parties à engager une procédure d’arbitrage en ligne.

Persuader les parties d’établir un compromis d’arbitrage une fois le litige né se révélera probablement particulièrement difficile, la partie qui se perçoit dans une position forte tendant à refuser une procédure pouvant aboutir à une décision contraire à ses intérêts. Il s’avérera donc en principe plus facile de prévoir l’arbitrage avant la survenance du litige, par une clause compromissoire. Souscrire de manière explicite à une telle clause peut constituer un acte suscitant la confiance de l’autre partie¹⁰¹.

Les clauses compromissoires peuvent toutefois se heurter à des obstacles de légalité – notamment en matière de contrats de consommation – ou à d’éventuelles complications de mise en œuvre des exigences formelles qui s’y rapportent¹⁰².

De manière générale et au minimum, il faut veiller à une certaine transparence de la procédure, afin d’aller à l’encontre des suspicions éveillées. De manière spécifique et pour les litiges impliquant des consommateurs, on a avantage à prévoir des clauses « compromissoires » qui ne lient que le vendeur (clauses à force contraignante unilatérale) et qui débouchent sur une procédure dont la décision n’est pas contraignante du tout ou contraignante uniquement

101. Sur le moment opportun de se référer à une procédure d’arbitrage en ligne, cf. E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution. Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, p. 106 et s.

102. Sur les contrats de consommation, E. LOQUIN, “L’arbitrage des litiges du droit de la consommation”, in *Vers un code européen de la consommation : codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l’Union européenne : actes et débats de colloque*, Lyon, les 12 et 13 décembre 1997, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 357-381 ; J.-B. RACINE, *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, L.G.D.J., Paris, 1999 ; L. BERNARDEAU, “Clauses abusives: l’illicéité des clauses attributives de compétence et l’autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l’arrêt CJCE, 27 juin 2000, Océano, aff. C-240/98)”, in *R.E.D.C.*, 2000, p. 261-281. Sur les exigences de forme relatives à l’arbitrage, par exemple la forme écrite de la clause compromissoire, et appliquées aux ODR, voir notamment G. KAUFMANN-KOHLER, “Arbitration agreements in online business transactions”, *loc. cit.*, note 63, p. 355-369.

pour le professionnel¹⁰³. L'efficacité de la résolution du litige dépendra dans ce cas moins de la contrainte juridique que de l'impression du consommateur d'avoir été entendu de manière équitable et d'avoir eu une évaluation juridique de qualité par un tiers neutre¹⁰⁴. À cela s'ajoutera souvent une certaine contrainte économique découlant de l'inadéquation entre les coûts des procédures étatiques et les sommes litigieuses. On s'attendra donc plutôt, en ce qui concerne les litiges impliquant des consommateurs, au développement de procédures « d'arbitrage » non obligatoires.

103. Le caractère contraignant à conférer aux décisions ODR est le sujet de nombreuses controverses et est mentionné dans la plupart des recommandations relatives aux ODR, tantôt comme impératif, tantôt comme écueil : notamment A. CARBLANC, *Privacy Protection and Redress in the Online Environment: Fostering Effective Alternative Dispute Resolution*, 22e conférence internationale sur la protection des données personnelles et la vie privée, Venise, 28-30 septembre 2000, http://www.oecd.org/dsti/sti/it/se_cur/prod/venice_paper.pdf ; Organisation de Coopération et de Développement Économiques, *Building trust in the online environment: business to consumer dispute resolution. Joint conference of the OECD, HCOPIL, ICC. Report of the conference*, La Haye, 11-12 décembre 2000, http://www1.oecd.org/dsti/sti/it/secur/act/online_trust/hague-adr-report.pdf ; Federal Trade Commission et US Department of Commerce, *Summary of Public Workshop*, 6-7 juin 2000, <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/summary.htm> ; Chambre de Commerce Internationale, *ICC and business-to-consumer Alternative Dispute Resolution in E-Commerce*, présenté par C. Kuner lors du *Forum on the Legal Aspects of ODR*, Münster, 22 juin 2001, non disponible sur le site de la CCI ; Global Business Dialogue on electronic commerce, *Alternative Dispute Resolution. 2000 Recommendations*, http://consumerconfidence.gbde.org/adr_rec.html ; Dialogue Transatlantique des Consommateurs, *Alternative dispute resolution in the context of electronic commerce*, février 2000, document n° ECOM-12-00, http://www.tacd.org/db_files/files/files-81-filetag.rtf.

104. En ce sens, E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution*, op. cit. note 102, p. 108 et s.

IV. Les ODR : producteurs du *ius numericum* ?

Le droit du cyberspace et le règlement des différends qui y correspond, nous voulons dire les ODR, sont des champs d'investigation récents, et flous¹⁰⁵. L'une des premières choses qui frappe quand on se penche sur ce formidable espace de droit, c'est l'inadéquation fondamentale qui existe entre un domaine sociétal presque entièrement déterritorialisé et une pluralité d'ordres juridiques fondés sur la notion de territoire. Ces différents ordres juridiques étatiques, par leurs normes de droit international privé, s'entremêlent souvent, s'appliquant à un même complexe de fait. Un grand nombre de codes de conduite, ceux-là souvent déterritorialisés, viennent compléter ce foisonnement de normes. Il en résulte un enchevêtrement spectaculaire de groupes de normes juridiques, apparemment sans ordonnancement, certainement sans pyramide kelsénienne.

Nous considérons les ODR comme un point de départ fertile pour l'analyse des phénomènes d'émergence, de production et d'évolution du droit relatif au cyberspace à cause de leur proximité systémique au litige, et donc aux normes effectivement appliquées lors de la résolution du litige¹⁰⁶. Par ailleurs, Internet, du point de vue du

¹⁰⁵. Le concept même de « cyberspace » n'est pas facile à cerner, puisqu'il s'agit d'un espace sans dimension en lui-même, mais ayant des effets sur l'espace hors ligne, l'espace réel. Certains auteurs ont affirmé la nature purement métaphorique du cyberspace (P. TRUDEL, « La *Lex electronica* », in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la dir. de C.-A. Morand, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 222-223), et d'autres ont argué que le cyberspace ne peut que constituer une base malheureuse pour une réflexion juridique (O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, op. cit., note 50, par. 18 et s.). Sans entrer dans les détails du débat de la normativité du cyberspace, nous ne retiendrons que les éléments suivants : le cyberspace est, premièrement, « un lieu [virtuel] d'interactions dans lequel naissent inévitablement des conflits [réels] » (V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies, Alternative Cyberdispute Resolution », loc. cit., note 63, p. 48) et, deuxièmement, il fait l'objet d'un découplage structurel droit/État-nation. Sur cette base, nous analyserons les phénomènes de normativité du cyberspace d'un point de vue formel (sources et structure), en partant des ODR.

¹⁰⁶. Dans un sens proche, E. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », loc. cit. note 71, p. 33 : « La *lex mercatoria* ne s'impose pas, mais se propose à la volonté des parties. Il est exact de constater que la *lex mercatoria* est pour l'essentiel un droit « modélisé », un ensemble de règles préconstruites et offertes à la volonté des parties. L'important, à nos yeux, est l'effectivité de ces règles modèles ».

monde réel, est ubiquitaire, et donc mondial¹⁰⁷. De plus, la quasi-totalité des ODR ne connaissent pas de limitation géographique quant aux litiges qu'ils administrent. En conséquence, si les ODR produisent du droit¹⁰⁸, ce droit est mondialisé car s'appliquant potentiellement à des litiges sans considération géographique¹⁰⁹.

Afin d'évaluer la participation des ODR dans la production d'un droit mondialisé d'Internet (principalement du commerce électronique) nous nous demanderons, dans un premier temps, dans quelles situations une telle production du droit par des modes de résolution des litiges alternatifs et en ligne est possible et, dans un second temps, quels sont les instruments d'effectivité du droit et d'efficacité juridictionnelle des mécanismes retenus.

a. Les situations de production de droit

Si la participation à la production du droit par les juges lors de l'application de normes est une réalité acquise par la théorie du droit, le phénomène ne peut être simplement transposé aux modes alternatifs en général et aux ODR en particulier. Le problème principal qui se pose touche à l'absence de publication des décisions et donc de prévisibilité de la manière dont sera tranché un litige.

¹⁰⁷. Nous faisons abstraction ici des États qui ont interdit l'usage d'Internet ou dont la réglementation est extrêmement stricte, ces États ne représentant pas une catégorie quantitativement significative.

¹⁰⁸. La perspective épistémologique dans laquelle nous nous plaçons ici est celle du paradigme émergent qualifié de modèle du « réseau ». Selon ce paradigme, la production du droit s'effectue par les différents « nœuds » du réseau, par les différents acteurs de la scène juridique, par exemple le parlement, les tribunaux, les autorités administratives, les acteurs économiques ou encore les individus. Ces différents acteurs contribuent tous à donner du sens aux normes, et produisent donc tous du droit. Le modèle du réseau est développé par F. OST et M. van de KERCHOVE dans toute une série d'articles et d'ouvrage, dont la publication la plus récente est F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

¹⁰⁹. La notion de droit mondialisé que nous retenons ici correspond à la définition proposée par E. LOQUIN : « la norme mondialisée pouvant être définie comme une norme ayant vocation à régir une opération déterminée indépendamment de sa localisation dans l'espace juridique international et effectivement appliquée par l'ensemble des opérateurs du commerce international » : E. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », *loc. cit.* note 71, p. 33.

1. La publication des résultats de règlements de différends

Pour la négociation et la médiation, la problématique de la production du droit peut surprendre. Certains auteurs, en effet, considèrent que ces modes de résolution des litiges opèrent à « l'ombre du droit »¹¹⁰, et que seules des règles de procédure trouvent application. La question revient à s'interroger sur les rapports qu'entretiennent négociation, médiation et droit.

En médiation, si l'application stricte de règles de droit substantiel est effectivement écartée, la référence à ces mêmes règles demeure ; elles sont souvent utilisées comme « ressources potentielles », comme « référents pour l'action », comme « repères », comme « alternatives au contenu du règlement amiable », comme objet de « contemplation », comme critères de « détermination du champ de la négociation »¹¹¹. Ces règles substantielles, appliquées par un tribunal au conflit qui oppose les parties, constituent en quelque sorte une épée de Damoclès pendant au-dessus de leur tête, et qui viendrait à s'abattre en l'absence de transaction. De manière plus diffuse, en l'absence de « menace d'application du droit », les normes juridiques opèrent simplement par la référence qu'on leur fait naturellement lors du règlement d'un différend¹¹².

En conséquence, aux États-Unis, une ligne de réforme de la justice – objet de violentes critiques quant à ses coûts, ses délais et son accessibilité – a été de développer les ADR afin d'augmenter l'effectivité

¹¹⁰. Par exemple R.H. MNOOKIN et L. KORNHAUSER, "Bargaining in the Shadow of the Law", in *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, p. 950-997.

¹¹¹. Ces expressions sont recensées par M. van de KERCHOVE, "Médiation et législation", in *La médiation : un mode alternatif de résolution des litiges ?*, Actes du colloque de Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, en collaboration avec la Faculté de Droit de l'Université de Genève (CETEL), Zürich, Schulthess, 1992, p. 348.

¹¹². En ce sens J.-F. PERRIN, "Médiation et législation : exposé introductif", in *La médiation : un mode alternatif de résolution des litiges ? op. cit.* note 112, p. 316 : « dans la mesure où l'on veut trancher un conflit, il faut nécessairement faire appel à des principes de décision. Ceux-ci peuvent sans doute être issus d'une cristallisation de la pratique, mais, à moins d'admettre que médiateurs et médiés changent d'univers en entrant en médiation, ils ne peuvent être fermés aux représentations de ce qui est juste ou injuste, bon ou mauvais, bref aux normes morales et/ou juridiques. Il en résulte que le caractère informel n'équivaut nullement à l'absence de normes agissantes [...] ».

des droits de parties à des litiges à faible valeur litigieuse¹¹³. Augmenter l'effectivité car, comme l'affirme M. van de Kerchove, « le conflit n'aurait fait l'objet d'aucun règlement judiciaire et [...] la médiation contribue ainsi à rendre le droit, et en particulier certains droits, plus effectifs »¹¹⁴. Si la négociation et la médiation ne conduisent pas à l'application immédiate de règles de droit substantielles, elles font entrer ces règles dans la production consensuelle du droit par les parties, au titre de référent du consentement. Rendant certaines normes juridiques plus effectives, donc plus efficaces ou plus valides, négociation et médiation participent à la production du droit.

Distinguons maintenant le règlement d'un conflit *sous* le droit – qui est l'opposition de prétentions invoquant un même système de normes – du règlement d'un conflit *sur* le droit – qui est l'opposition de prétentions invoquant différents systèmes de normes¹¹⁵. Dans le deuxième cas de figure, la négociation peut avoir pour objet un « compromis entre des normes différentes en conflit dont l'applicabilité et le poids respectifs faisaient l'objet d'un désaccord préalable »¹¹⁶. Un tel compromis peut tout à fait constituer un « droit spontané »¹¹⁷ – nous pensons bien sûr ici à la *lex numerica*. De cette façon, négociation et médiation pourraient contribuer à la *lex numerica*, au titre de compromis entre les différentes normes applicables aux conflits¹¹⁸.

¹¹³. La réforme visait avant tout les consommateurs et les environnementalistes. B. GARTH, "Settlements of Disputes out of Courts in the United States : The Role of Lawyers and the Recent Emphasis on Neighborhood Justice Centers", in *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*, sous la dir. de H. Kötz et R. Ottenhof, Paris, Economica, 1983, p. 170-171 : « la première [ligne de réforme] continue – telle que décrite dans le projet d'accès à la justice de Florence – d'essayer de rendre des droits effectifs, particulièrement pour des consommateurs, des environnementalistes, des locataires, et d'autres parties de la sorte ».

¹¹⁴. M. van de KERCHOVE, "Médiation et législation", *loc. cit.* note 112, p. 349.

¹¹⁵. *Ibidem*, p. 340-341.

¹¹⁶. *Ibidem*, p. 348, nous soulignons.

¹¹⁷. *Ibidem*.

¹¹⁸. Dans les cas de médiation où le droit est l'objet même du conflit, le règlement des litiges « apparaît comme une sorte de combat pour le droit, du point de vue du droit meilleur à définir », F. OST, "Rapport général de synthèse", in *Les conflits collectifs en droit du travail. Solutions négociées ou interventions judiciaires ?*, sous la dir. de J. Gillardin et P. Van der Vorst, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, p. 349. Pour un autre parallèle, L. NADER, "The Influence of Dispute Resolution on Globalization : The Political Economy of Legal Models", in *Globalization and Legal Cultures*, sous la dir. de J. Feest, Oñati Papers, vol. 7, 1997, p. 87-97, l'auteur exposant des effets

En analysant la réalité actuelle de la négociation et de la médiation en ligne, le problème principal quant à la production du droit semble être la confidentialité des résultats¹¹⁹ de ces deux modes de résolution de litige¹²⁰. Aucune expectative de résolution de litige ne se crée, en effet, pour les parties.

Pour l'arbitrage, la problématique est plus simple. Par sa mission juridictionnelle, le juge est habilité à trancher le litige, que ce soit en application du droit choisi par les parties ou selon l'équité. Les parties pouvant choisir le droit de n'importe quel État (sous réserve de l'ordre public international), ils peuvent aussi choisir un droit qui n'a été adopté par aucun État. Autrement dit, ils peuvent choisir du droit transnational, en matière commerciale la *lex mercatoria*¹²¹. En l'appliquant, l'arbitre l'interprète et crée donc du droit¹²². La *lex numerica*, sous-catégorie de la *lex mercatoria*, peut très bien être développée de la même manière¹²³.

d'homogénéisation de cultures et de cultures juridiques par négociation et médiation au plan international.

119. Un seul centre (iLevel) déclare publier, sur un site particulier, des résultats de ses négociations et médiations. Cependant, à l'heure actuelle, le site de publication n'a pas encore vu le jour.

120. Ce problème existe bien entendu aussi dans la médiation hors ligne. Toutefois, les ODR et Internet en général n'inspirent pas encore confiance, ce qui devrait pousser, en conjonction avec des impératifs de publicité, les centres de négociation et de médiation en ligne à publier les résultats de leurs règlements des litiges, conduisant les destinataires de la *Lex numerica* à considérer ces résultats aux titres d'expectatives de règlements de litiges.

121. Voir par exemple A. BUCHER et P.-Y. TSCHANZ, *International Commercial Arbitration in Switzerland*, Bâle et Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1989, p. 105 et s.

122. D'autres, plus positivistes, diraient qu'il révèle ce droit. Pour une discussion positiviste sur l'évolution actuelle de la *lex mercatoria*, voir K. P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, Kluwer Law International, 1999. Pour un survol de l'état de la controverse concernant l'effectivité, voire la réalité de ce droit spontané et transnational, voir L. Y. FORTIER, "The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back to the Future", in *Arbitration International*, vol. 17, n° 2, p. 121-128.

123. Rappelons ici que B. Goldman, l'un des premiers théoriciens de la *lex mercatoria*, avait décrit ce *corpus* juridique comme un droit spontané, produit par les acteurs du commerce international, les institutions privées qui participent à l'organisation de ce commerce et les tribunaux arbitraux (B. GOLDMAN, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives", in *JDI*, 1979, p. 478).

L'analyse des sites d'arbitrage en ligne révèle que la quasi-totalité d'entre eux déclarent applicable le droit choisi par les parties¹²⁴ ou renvoient aux lois sur l'arbitrage¹²⁵ (qui elles-mêmes déclarent applicable le droit choisi par les parties), ou encore ne disent rien à ce sujet¹²⁶. Deux centres d'arbitrage en ligne seulement déclarent applicable un certain droit national¹²⁷. Une sentence arbitrale rendue en ligne, la seule publiée à notre connaissance, révèle que le centre a appliqué « un code de conduite, les pratiques et coutumes d'Internet, et les plaintes de consommateurs »¹²⁸.

La pratique largement majoritaire de l'arbitrage en ligne est actuellement de ne pas publier les sentences. Sur la vingtaine de centres d'arbitrage en ligne, deux projettent de publier toutes leurs sentences¹²⁹, et deux autres proposent aux parties de les publier, si elles y consentent¹³⁰. En l'absence de publication, il faut bien considérer que, pour l'heure, ces centres d'arbitrages en ligne ne produisent pas de droit au-delà de la norme individuelle et concrète qui tranche le litige¹³¹.

¹²⁴. Cybercourt.

¹²⁵. eResolution, SquareTrade.

¹²⁶. IntelliCOURT, NovaForum.com, Online Resolution, Resolution Forum, Virtual Magistrate (dans sa nouvelle version), WebMediate.

¹²⁷. 1-2-3 Settle.Com n'applique que le droit californien, Word&Bond n'applique que le droit anglais.

¹²⁸. Dans cette affaire, le demandeur, James Tierney, membre d'AOL, alléguait que le défendeur, Email America, avait déposé sur le site des petites annonces d'AOL un message qui contrevenait à « la protection de la vie privée, à l'ordre public et était trompeur ». Le message en question proposait la vente de 20 millions d'adresses de courrier électronique. Le Virtual Magistrate décida que le message était contraire au code de conduite d'AOL et aux coutumes et pratiques d'Internet, et était l'objet fréquent de plaintes de consommateurs. Pour une description de cette affaire, répertoriée sous *Tierney and Email America*, VM Docket no 96-0001 (08 May 1996), voir <http://www.interesting-people.org/archive/3076.html>.

¹²⁹. Ces deux centres sont Online Disputes et le Virtual Magistrate.

¹³⁰. Ces deux centres sont NovaForum.com et WebMediate. À ce jour aucune sentence n'y a encore été publiée. Notons que les sentences arbitrales ne sont en principe pas confidentielles de par des dispositions légales impératives. Pour une discussion de la problématique relativement complexe de la confidentialité en matière d'arbitrage, J. PAULSSON et N. RAWDING, "The Trouble with Confidentiality", in *Arbitration International*, vol. 11, n° 3, 1995, p. 304-320.

¹³¹. Notons ici que K. P. BERGER a établi une liste de 70 normes de la *Lex mercatoria*, en se basant notamment sur des recueils de sentences arbitrales (dans *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, op. cit. note 123). Cette liste est considérée par certains auteurs comme donnant de l'effectivité à la *Lex mercatoria*.

Dans le futur, par contre, on peut s'attendre à une publication de sentences¹³².

2. Les codes de bonne conduite

Une situation plus fertile de production du droit par les ODR est celle des codes de conduite, particulièrement quand ils sont liés à des services de certification électronique.

Les codes de conduite peuvent avoir une valeur indicative – « ils guident simplement les cybermarchands dans l'élaboration de leurs pratiques commerciales »¹³³ – ou plus directement normative – les centres de résolution sont habilités à apprécier la conformité des pratiques commerciales du site avec le code et à sanctionner les violations par le retrait. S'ils sont indicatifs, ils peuvent servir de référents pour l'action (ils guident les sites commerciaux dans l'élaboration de leurs pratiques commerciales)¹³⁴ et de référents pour la transaction (ils contribuent à la détermination du champ de la négociation ou de la médiation)¹³⁵. S'ils sont normatifs, les centres de résolution rappelleront les cybermarchands certifiés à l'ordre, par la menace de la révocation du certificat en cas de non-respect du code de conduite. Dans ce deuxième cas, les codes peuvent tout à fait constituer

-
- nous ne sommes pas loin de la production du droit ; voir notamment L. Y. FORTIER, "The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back to the Future", *loc. cit.*, p. 123.
132. La directive sur le commerce électronique, par exemple, prévoit, à son art. 17 ch.3, que « les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique », 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* n° L 178 du 17/07/2000 p. 1-16.
133. E. A. CAPRIOLI, "Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du « CyberTribunal »)", in *Rev. Arb.*, 1999, n° 2, p. 245, à propos de l'ancien code de conduite du Virtual Magistrate.
134. E.A. CAPRIOLI continue son analyse de l'ancien code de conduite du Virtual Magistrate en ces termes : « [c]es nouvelles pratiques du commerce électronique se transformeront peut-être peu à peu en de véritables usages commerciaux » (*ibidem*, p. 245).
135. Voir les développements supra sur la production du droit par négociation et médiation.

le droit applicable par le centre de résolution, s'il résout le litige par l'arbitrage.

À ce niveau, la création du droit par les ODR se place en continuité de phénomènes classiques de déplacement de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques¹³⁶, opérant par la proposition de normes modélisées à des acteurs économiques¹³⁷.

Mais quand ce sont les centres d'ODR eux-mêmes qui jouent le rôle de l'organisme tiers prestataire de services de certification, quand ils interviennent de la sorte comme témoins dans le commerce électronique, instaurant la confiance des tiers en garantissant la conformité des activités du site avec le code de bonne conduite, la production du droit est renforcée par l'obligation contractuelle d'accepter et d'appliquer les normes modélisées proposées par les ODR, sous peine de se voir retirer le certificat électronique¹³⁸. Par un contrôle partiel de la confiance des utilisateurs des sites commerciaux, les ODR-certificateurs s'assurent un contrôle partiel d'une ressource importante des sites commerciaux. Nous y reviendrons¹³⁹.

3. Le Règlement ICANN, un droit des noms de domaine ?

La procédure de règlement de litiges concernant l'attribution de noms de domaine mise en place par l'ICANN soulève une controverse

¹³⁶. A.-J. ARNAUD a résumé de la façon suivante une série de travaux sur la régulation juridique : « [ces travaux] montrent [...] le déplacement de la production juridique vers des pouvoirs économiques, l'importance du rôle joué par les corporations, les codes de conduite privés, le développement d'un droit négocié, la juridicisation croissante d'une normalisation technique » (A.-J. ARNAUD, "Les transformations de la régulation juridique et la production du droit. Introduction", in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., note 64, p. 77).

¹³⁷. La proposition de normes modélisées à des acteurs économiques est un mode de production de droit spontané qui semble être couramment observé dans le cadre de la *lex mercatoria*, comme le fait observer E. LOQUIN dans "Où en est la *lex mercatoria* ?", loc. cit., note 71, p. 30 : « [o]n ne peut être que frappé par la répétition de processus de formation de normes et d'autorégulations du commerce international, à savoir la production d'une innovation juridique modélisée proposée aux opérateurs du marché, lesquels répondent à l'offre en l'utilisant massivement. Ainsi se forme dans le vide des législations étatiques une pratique contractuelle homogène globale qui s'impose indépendamment de la localisation géographique des opérateurs et de leur appartenance à un système juridique donné ».

¹³⁸. Sur le rôle des certificats électroniques pour la compétence des ODR, voir *supra*, II.B.1. "Le recours aux ODR".

¹³⁹. Voir *infra* IV.A.3. "Le Règlement ICANN, un droit des noms de domaine ?".

qui pourrait bien être représentative du phénomène global de la normativité dans le cyberspace.

Certains auteurs, à la lumière du *corpus* impressionnant de décisions rendues et publiées par les centres d'ODR appliquant le règlement ICANN, évoquent l'émergence d'usages relatifs aux noms de domaine dans le cyberspace¹⁴⁰. Il est vrai, à cet égard, que l'art. 15 ch. a des *Règles d'application des principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine* prévoit que le panel statue sur la plainte conformément « aux principes directeurs, aux présentes règles et à tout principe ou règle de droit qu'[il] juge applicable »¹⁴¹. Un peu comme la jurisprudence arbitrale traditionnelle, dont on sait qu'elle contribue à l'émergence et à la consolidation de la *lex mercatoria*¹⁴², le *corpus* décisionnel grandissant de ces centres d'ODR entraînerait la croissance d'un droit transnational des noms de domaine, par l'interprétation des nombreuses notions floues du Règlement ICANN, voire par la positivisation d'usages relatifs aux noms de domaine.

D'autres auteurs objectent que ces décisions ne sauraient former un droit des noms de domaine, étant donné que les décisions ICANN n'ont pas de force juridiquement contraignante et qu'elles peuvent être écartées par n'importe quel jugement contraire. Partant, ces décisions ne sont pas autonomes par rapport aux juges étatiques, elles sont bien plus soumises à la dépendance des ordres juridiques étatiques, et ne peuvent en conséquence former de véritable jurisprudence arbitrale¹⁴³. Ne pouvant constituer de jurisprudence arbitrale, elles ne peuvent contribuer à l'émergence et à la consolidation d'un droit transnational des noms de domaine.

Mais n'est-ce pas là une approche trop positiviste, trop légaliste ? Si les décisions ICANN sont soumises aux ordres juridiques étatiques mais que ceux-ci n'interviennent presque jamais, si ces décisions ne

¹⁴⁰. Notamment C. CACON, "Brefs propos sur l'émergence des usages de l'internet dans l'environnement international", in *L'Internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'internet*, actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et fiscal de l'Université Paris I, les 25 et 26 septembre 2000, Victoires Éditions, collection Légipresse, 2001, p. 429-431.

¹⁴¹. Ces règles d'application sont disponibles à l'adresse suivante : <http://arbiter.wipo.int/domains/rules/icannrules-fr.doc>.

¹⁴². Par exemple P. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 205 et s.

¹⁴³. Notamment O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, op. cit., note 50, par. 30.

sont pas autonomes par rapport aux juges étatiques, mais que ceux-ci ne sont presque jamais saisis d'affaires ayant fait l'objet d'une décision ICANN, ne faut-il pas alors délaissier les questions de la qualification d'arbitrage de cette procédure et de jurisprudence arbitrale de ce *corpus* décisionnel ? Si on arrive, et c'est bien le cas, à la conclusion que les décisions ICANN connaissent une très forte effectivité, ne faut-il pas conclure à la validité d'un droit transnational des noms de domaine produit par les centres d'ODR appliquant le règlement ICANN ? Pour le titulaire d'un nom de domaine ou d'un droit de marque à faible valeur économique, la procédure et la décision ICANN semble bien constituer actuellement une référence normative d'importance majeure, le recours à des tribunaux étant souvent exclu par la contrainte économique additionnelle que provoque l'éloignement géographique des deux titulaires de droit. De plus, d'un point de vue structurel, l'ICANN et ses centres d'ODR interviennent en amont du litige en adoptant le règlement ICANN, lors du litige en statuant sur des prétentions relatives à des noms de domaine et en aval du litige en (auto)exécutant la décision. C'est dire si tout le processus de règlement de litiges en la matière est contrôlé par ces institutions. Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer qu'il faut s'attendre à une adaptation des droits nationaux à ce droit transnational¹⁴⁴.

b. L'effectivité du droit assuré par le contrôle de ressources

Du point de vue de la production du droit par les ODR, les deux champs d'investigation les plus fertiles sont les systèmes de résolution des litiges qui appliquent le règlement ICANN et ceux qui sont couplés à des mécanismes de certification de sites commerciaux. Cela pour deux raisons: d'une part, ces deux types de systèmes ont une large importance quantitative et, d'autre part, leur pouvoir juridictionnel est particulièrement efficace.

L'enjeu de l'importance quantitative des litiges traités par un système de résolution est simplement que plus un tel système produit des règlements de différends, plus il a d'occasions d'imposer sa production normative dans les rapports de force du marché de la

¹⁴⁴. Notamment (bien que l'argumentation soit malheureusement un peu succincte), F. DESSEMONTET, "L'arbitrage en ligne pour les noms de domaine", CEDIDAC, Bulletin d'information n° 33, mai 2000, p. 1-4, plus part. p. 4.

régulation¹⁴⁵. Or, la résolution de conflits tant dans le cadre de l'ICANN que dans celui des certifications connaît un large succès¹⁴⁶. Ce succès est très probablement dû à la présence de clauses de résolution de litiges dans les contrats d'attribution de noms de domaine et de certification, fondant la compétence de ces centres. Les raisons de la présence de ces clauses de résolution de litiges sont notamment, pour l'ICANN, la fréquente impossibilité économique d'avoir un autre accès à la justice pour des litiges impliquant des noms de domaine de faible valeur pécuniaire et, pour les mécanismes de certifications, l'importance des marques de confiance pour les clients des sites commerciaux¹⁴⁷. Ces clauses sont donc quasiment imposées économiquement à certains titulaires de noms de domaine et à certains sites commerciaux.

Mais si ces systèmes de résolution de litiges s'assurent un certain contentieux par la quasi-imposition économique de clauses de règlement des différends, ils se garantissent de plus une certaine efficacité juridictionnelle – ce qui implique une certaine effectivité du droit qu'ils produisent – par le contrôle de certaines ressources importantes pour leurs parties.

1. Le rôle du contrôle de ressources pour la production du droit

Le concept de « contrôle de ressources » semble être utilisé avec le plus de fertilité en analyse économique du droit, notamment pour faire apparaître la rationalité du développement de certains droits de

¹⁴⁵. Sur la régulation juridique en tant que marché sujet à des rapports de force, Y. DEZALAY, *Marchands de droit : la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Fayard, 1992.

¹⁴⁶. En ce qui concerne l'ICANN, il s'agit de plusieurs milliers de litiges, voir note 39; en ce qui concerne les systèmes de résolution de litiges couplés à des mécanismes de certification, un centre se distingue particulièrement par son succès : SquareTrade – proposant de l'ODR ainsi qu'un programme de certification de sites commerciaux – traite plusieurs dizaines de milliers de litiges par an, voir note 11.

¹⁴⁷. Sur les dérives éthiques en matière de noms de domaine qu'engendre, d'un côté, l'impossibilité économique d'avoir recours à d'autres types de mécanismes de résolution de litiges et, de l'autre côté, la libre compétition entre les centres de règlement des différends opérant sous l'égide de l'ICANN, M. GEIST, *Fair.com? : An Examination of the Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP*, <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>; l'auteur conclut son analyse des décisions rendues sous l'ICANN par la constatation que les centres qui s'imposent sur le marché du règlement privé des litiges sont ceux qui favorisent les demandeurs (les titulaires de droits de marque, principalement), étant donné que les demandeurs peuvent choisir le centre de résolution.

propriété. Un exemple particulièrement clair de l'utilisation de ce concept nous emmène loin du cyberspace, vers les pâturages de l'Ouest des États-Unis de la fin du XIX^e siècle, un espace qui restait à être colonisé par un droit harmonisé, tout comme le cyberspace actuellement¹⁴⁸.

Analysant l'apparition, puis le développement et l'effectivité des droits de propriété sur ces pâturages, on constate, avec T. L. Anderson et J.B. Grewell¹⁴⁹, qu'ils étaient inexistantes tant qu'il y avait suffisamment de pâturages pour nourrir tout le bétail présent. En effet, les coûts entraînés par l'établissement et la mise en œuvre de ces droits auraient tout simplement été supérieurs aux bénéfices qu'ils auraient apportés. Avec l'augmentation du bétail, les pâturages devinrent insuffisants pour nourrir toutes les bêtes, et les droits de propriété firent leur apparition, par ententes entre les futurs propriétaires. En effet, le rapport coûts / bénéfices s'était inversé. Ces nouveaux propriétaires s'associèrent et mirent sur pied des corps de cow-boys qui furent chargés de veiller au respect des frontières tracées par les droits de propriété et d'effectuer toutes sortes de tâches de gestion des troupeaux – soigner les bêtes malades ou blessées et en conduire aux marchés pour les vendre. Par ailleurs, quand de nouveaux éleveurs venaient s'installer avec leurs troupeaux sur ces pâturages sans leur aval, les cow-boys les excluaient de leur « gestion », rendant l'exploitation non rentable pour ces « envahisseurs ». Et même, quelquefois, les cow-boys chassaient les nouveaux arrivants par les armes. En d'autres termes, les propriétaires des pâturages contrôlaient ceux-ci – leur ressource – et pouvaient de la sorte assurer l'effectivité de leurs droits de propriété.

L'armée fédérale, quelques années plus tard, imposa son contrôle sur ces terres. Ce contrôle fut exercé conformément aux droits établis par ententes entre les éleveurs originaires. Les États-Unis, par l'armée fédérale, avaient de la sorte cautionné ce droit d'origine privée.

¹⁴⁸. Dans le cadre du commerce électronique, la notion de contrôle de ressources est mentionnée par H. PERRITT, qui la compte simplement parmi les fondements du droit d'origine privée, à côté de la délégation de compétences par l'État et du consentement des destinataires des normes (H. PERRITT, "Electronic commerce: issues in private international law and the role of alternative dispute resolution", intervention au Forum de l'OMPI sur le droit international privé et la propriété intellectuelle, Genève, 30-31 janvier 2001, <http://wipo.int/pil-forum/en> > Documents, par. 41 et s).

¹⁴⁹. T. L. ANDERSON et J. B. GREWELL, "Property Rights Solutions for the Global Commons : Bottom-Up or Top-Down ?", in *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. 10 n° 1, 1999, p. 73-102, plus part. p. 77-83.

Quant à la production du droit, cet exemple nous montre que les premiers propriétaires purent réellement créer leur droit, de l'édiction de la norme à son (auto)exécution, parce qu'ils contrôlaient de fait la ressource — les pâturages. Les nouveaux arrivants étant en effet forcés, économiquement, voire par les armes, de consentir à ce droit.

2. Les exemples de l'ICANN et de la certification

Les champs contextuels des noms de domaine et des certifications électroniques de sites commerciaux présentent des caractéristiques similaires quant aux instruments d'effectivité du droit y relatif développé par autorégulation, et se prêtent particulièrement à l'illustration de notre propos.

En ce qui concerne l'ICANN, tout d'abord. Aux débuts d'Internet, les noms de domaines n'étaient guère réglementés¹⁵⁰. Actuellement, par contre, toutes les personnes désireuses d'avoir un nom de domaine à l'extension « com », « net » ou « org »¹⁵¹ doivent passer par une société d'enregistrement de noms de domaine – un registraire – accréditée par l'ICANN. Ces registraires sont tenus par l'ICANN de leur imposer, par les conditions générales, le règlement ICANN. Tous les titulaires des noms de domaines en question, quel que soit l'État dans lequel ils résident, sont donc soumis à ce règlement. La force de ce droit, par rapport au droit étatique notamment, est due au contrôle par l'ICANN¹⁵² de la banque de données qui convertit les

¹⁵⁰. Les noms de domaine étaient initialement administrés par une seule personne, John Postel, fondateur d'Arpanet, ancêtre d'Internet. On peut imaginer que la réglementation en était très souple.

¹⁵¹. Ce qui représente la plupart des noms de domaine à l'échelle mondiale, les seuls sites au suffixe .com représentant 80% des sites mondiaux (*Wall Street Journal*, 1er mars 2001, <http://interactive.wsj.com/articles/SB983413593429062903.htm>, et l'article de *Transfert.net* (quotidien en ligne spécialisé en société de l'information, nouvelles technologies et nouvelle économie) : "Les .com, .org et .net bientôt séparés", 1er mars 2001, http://transfert.net/fr/cyber_société/article.cfm?id_rub=87&id_art=4472.

¹⁵². Pour plus de précision : P. LASTENOUSE, "Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine", in *Rev. Arb.*, 2001, p. 97, « [l]e système des noms de domaine sur internet est composé d'un annuaire de tous les noms de domaine enregistrés par des personnes physiques ou morales et des ordinateurs correspondants. [...] La société américaine ICANN détient le monopole mondial d'attribution des noms de domaine dans les domaines génériques de premier niveau « com », « net » et « org ». Pour être précis, il est vrai que ce contrôle n'est qu'indirect, puisque la base de données est accessible par toutes les sociétés d'enregistrement accréditées par l'ICANN et qu'elle est

noms de domaine en « com », « net » ou « org » en adresses IP¹⁵³. En quelque sorte, celui qui contrôle cette banque de données contrôle l'accès des internautes aux sites ayant pour nom de domaine « com », « net » ou « org ». Rappelons-le, les règles émises par l'ICANN sont d'origine privée et elles sont appliquées par les centres de résolution en ligne accrédités par cet organisme. L'ICANN contrôle ainsi la ressource nécessaire à l'activité d'un site web en « com », « net » ou « org » : en effet, sans conversion, l'accès au site est difficile¹⁵⁴. Par

directement administrée par la société VeriSign (l'ex-*Network Solutions*). Toutefois, toutes ces sociétés sont contractuellement soumises à l'ICANN ». En bref donc, même si les « com », « org » et « net » peuvent être vendus par plusieurs sociétés, ils sont enregistrés dans une seule base : celle de VeriSign, contrôlée par l'ICANN.

153. L'adresse IP est cette suite de chiffres qui identifie, en langage machine, les ordinateurs sur Internet ou les pages web recherchées. Le système des noms de domaine fonctionne comme ceci : les adresses des sites web sont centralisées, pour éviter des doublons, dans des banques de données – des registres – selon les suffixes des sites. Toute adresse du même suffixe se retrouve donc dans un même registre. Celle qui centralise les sites « com », « org » et « net » est contrôlée par l'ICANN. Ces banques de données aiguillent les internautes – qui entrent le nom du site recherché sur leur navigateur – vers les pages web correspondantes, par la conversion du nom de domaine en une suite de chiffres, l'*Internet Protocol* (IP). Par exemple, le site web du *New York Times* correspond à l'adresse IP 208.48.26.15.

154. Il est toutefois possible de contourner tout ce système d'aiguillage par noms de domaine en rendant public l'*Internet Protocol* d'un site donné, mais, comme il s'agit d'une suite de chiffres, la symbolique de la référence en disparaît presque totalement et seul un nombre très limité d'internautes sont capables de surfer sur Internet en n'utilisant que l'adresse IP. Il ne semble par contre pas possible de convertir des noms de domaines en *Internet Protocol* sans avoir recours aux banques de données centralisées (donc à l'ICANN pour les sites « com », « org » et « net »). Au surplus, l'ICANN est seule compétente (juridiquement et matériellement) pour la création de nouveaux suffixes. De temps en temps, des mécanismes de contournement de l'ICANN sont tentés, et échouent (voir l'article de *Transfert.net* intitulé "Des vrais-faux noms de domaine à 25 dollars", <http://www.transfert.net/l.cfm?num=8670>).

Dans un sens proche de cette théorie du contrôle des ressources, L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, considère que, sur Internet, le contrôle de la production du droit dépend du contrôle du « code » (i.e. logiciels, architectures des réseaux et protocoles). Celui qui impose ses logiciels, ses protocoles, ses conceptions d'architecture d'Internet peut également imposer son droit. Pour une application de cette théorie au système des noms de domaine et à l'ICANN, cf. F. C. MAYER, "Review Essay : The Internet and Public

ailleurs, bien que la procédure ne produise pas de décisions ayant une force juridiquement contraignante, ses décisions ont une certaine force économiquement contraignante, car elle peut être engagée à moindre frais, tandis qu'un recours ou une procédure parallèle devant les tribunaux s'avère souvent trop coûteuse en comparaison avec l'intérêt économique que présente un nom de domaine. Si l'institution de règlement décide d'ordonner le transfert du nom de domaine au demandeur titulaire d'un droit de marque, le défendeur n'aura souvent pas d'autre choix économique que de se plier à la décision.

En ce qui concerne les certificats électroniques, leur importance pour l'effectivité du droit qui y est rattaché – les codes de conduites – découle de leur qualité de promoteur de la confiance des internautes dans les sites commerciaux certifiés. Cette confiance des utilisateurs d'Internet est actuellement faible et difficile à susciter, car la mise en présence de personnes physiques, qui est encore la règle dans la plupart des échanges et qui donne normalement accès à des éléments objectifs d'évaluation du partenaire, disparaît avec les technologies actuelles de l'information, facilitant la création d'illusions et engendrant le besoin de nouveaux repères pour les clients des sites commerciaux¹⁵⁵. Or, il semble que les certificats puissent constituer de tels repères, et la certification un bon outil pour instaurer ou susciter la confiance en des sites commerciaux. C'est en tout cas à cette conclusion que conduit une étude sociologique de *BBBOnline*, selon laquelle 84% des internautes

International Law – Worlds Apart ?”, in *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 3, 2001, p. 617-623.

155. En ce sens B. Brun, analysant l'enjeu de la certification électronique pour le commerce électronique, remarque : « [c]e manque de confiance constitue à ce jour le principal obstacle au développement du commerce électronique avec les particuliers. En effet, comment savoir si l'entreprise existe, quelle juridiction est applicable, quelles sont ses politiques concernant la sécurité ou la gestion des renseignements personnels, quelles sont ses pratiques commerciales, bref, quelle sera la situation si une difficulté se présente dans le cadre de la transaction ? » (B. 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>>). Sur la difficulté en général d'établir la confiance en matière de commerce électronique, cf. D. KOSUR, *Understanding Electronic Commerce*, Redmond (USA), Microsoft Press, 1997.

s'estimeraient rassurés par une certification¹⁵⁶, et c'est sur cette idée que s'est reposé le gouvernement canadien – après avoir isolé la confiance comme élément commun aux différents défis posés par la croissance du commerce électronique – pour émettre une série de recommandations incitant les commerçants à faire certifier leurs sites et suggérant aux consommateurs de rechercher la présence de tels certificats¹⁵⁷. Plusieurs auteurs se sont également exprimés en ce sens¹⁵⁸. La certification étant donc un outil de contrôle¹⁵⁹ qui permet d'accroître l'effectivité des codes de conduite par la menace du retrait du certificat¹⁶⁰, la ressource que contrôlent les centres d'ODR qui agissent également comme certificateurs est donc la confiance des internautes, elle-même potentiellement une condition nécessaire à la réussite commerciale du site Web. En tant qu'outil de contrôle de

156. Étude rapportée par T. TROMPETTE, "Une nouvelle mission : la certification des sites Web de commerce électronique", in *Les Cahiers de l'Audit*, vol. 4, 1999, p. 34. Une étude qualitative, moins topique pour notre propos, a indiqué qu'un élément central pour l'établissement de la confiance des Internautes est la présence sur le site commercial d'une marque reconnue : Cheskin Research et Studio Archetype/Sapient, "Commerce Trust Study", janvier 1999, <<http://www.studioarchetype.com/cheskin>>, rapportée dans *Focus on I-Commerce*, in *InfoWorld*, 1er février 1999, p. 41.
157. Industrie Canada, *Magasiner dans Internet. Renseignez-vous*, recommandation du 8 novembre 1999, <<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01187f.html>>, et Bureau de la consommation, Industrie Canada, *Votre commerce dans Internet. Gagner la confiance des consommateurs*, recommandation du 8 novembre 1999, <<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01186f.html#Certifying>>.
158. Notamment P. TRUDEL et alii, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997, p. 3-46 ; K. STUURMAN, "Legal aspects of standardization and certification in information technology and telecommunication: an overview", in *Amongst friends in computers and law, a collection of essays in remembrance of Guy Vandenberghe*, Deventer, Kluwer Law & Taxation Pub, 1991, p. 80 ; et J. FONTANA, "Certification plans to help Web confidence", in *Communications Week*, n° 622, 5 août 1996.
159. En ce sens, B. BRUN, "Nature et impacts juridiques de la certification", *loc. cit.* note 156, p. 13 : « [d]ans le cas du réseau Internet, malgré le fait qu'il s'agisse d'un réseau ouvert, il n'en demeure pas moins que l'élaboration de standards et l'instauration de la certification constituent un mode de contrôle de ce nouveau moyen de commercer ».
160. Y. POULLET, M. ANTOINE, « « Vers la confiance » ou comment assurer le développement du commerce électronique », actes du colloque *L'internet et le droit. Droit européen et comparé de l'internet*, Paris, 25-26 septembre 2000, <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_30.htm>.

ressources, la certification pourrait bien être l'un des instruments fondamentaux de l'autorégulation du commerce électronique¹⁶¹.

Dans ces deux cas des noms de domaine et des certifications électroniques, l'effectivité du droit découle donc de l'efficacité juridictionnelle, qui découle avant tout de la contrainte économique. La production du droit se fonde en conséquence sur l'imposition, par les lois du marché, de normes de comportements positivées dans des codes de conduite.

V. Conclusion

Faut-il qualifier le phénomène des ODR de révolution de la résolution des litiges ? Qualitativement, il est à tout le moins apparu, au long de cette réflexion, comme un effort permanent et inévitable de composer avec l'évolution (celle-ci certainement une révolution) des technologies de l'information. Quantitativement, il connaît actuellement un large engouement économique, de nombreux acteurs espérant y voir un nouveau produit attractif sur le marché du règlement de conflits. Cependant, à l'heure où nous écrivons et à notre connaissance, aucun service d'ODR n'est rentable économiquement pour ses opérateurs. Le futur du phénomène dépendra peut-être des *business plans* des centres d'ODR.

¹⁶¹. Il s'agit bien ici d'autorégulation du marché électronique, les centres d'ODR délivrant les certificats étant eux-mêmes des entreprises commerciales. La boucle de l'autorégulation peut aller encore une étape plus loin, quand les centres d'ODR certificateurs sont eux-mêmes certifiés par d'autres certificateurs commerciaux : voir American Bar Association Task Force on E-commerce & Alternative Dispute Resolution, *Draft preliminary Report & Concept Paper* [concernant la certification de centres d'ODR], mai 2001, <<http://www.law.washington.edu/ABA-eADR>>. Sur les codes de conduites et la certification de manière plus générale, cf. G. NANNARIELLO, *E-commerce and Consumer Protection. A Survey of Codes of Practice and Certification Processes*, Joint Research Centre of the European Commission, Institute for the Protection and Security of the Citizen, Cybersecurity Sector, Ispra (Italie), 2001, EUR 19932 EN. Sur la fonction de régulation du commerce électronique de la certification, C. C. HAVIGHURST, "The Place of Private Accrediting among the Instruments of Government", in *Law and Contemporary problems*, vol. 57, 1994, n°1, p. 3 ; P. TRUDEL et alii, *Droit du Cyberspace*, op. cit. note 159, p. 3-34 ; S. PARISIEN, P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Les Éditions Yvon Blais, Comansville, 1996, p. 270 ; C. ROJINSKI, "Cyberspace et nouvelles régulations technologiques", in *D.*, 2001, *chron.*, p. 845.

Quant à la qualité de la justice que rendent ces mécanismes, elle ne peut être raisonnablement comparée qu'avec l'absence de toute justice, les ODR étant, dans bien des cas, le seul accès à la justice réellement envisageable. Tout particulièrement pour les consommateurs, le phénomène acquerra ainsi peut-être le statut d'une condition *sine qua non* de participation au commerce électronique. En effet, d'un point de vue économique, les ODR apparaissent comme un moteur promotionnel parfaitement cohérent avec la rationalité interne du marché électronique.

Quant à leurs effets normatifs sur le commerce électronique, ils semblent avoir déjà acquis la qualité d'outil puissant d'autorégulation, accaparant quelquefois la quasi-totalité de la chaîne de production du droit : édition de normes – codes de conduite et certification, règlement ICANN –, interprétation du droit par résolution des litiges, application concrète du droit par (auto)exécution des décisions – retrait de certificat, transfert de noms de domaine. Si la conclusion s'impose qu'il faille promouvoir ces mécanismes de règlement des différends, un certain encadrement démocratique se commande toutefois, car le cyberspace, loin d'échapper à toute forme de régulation comme certaines personnes férues de technologie l'espèrent encore, est un domaine qui se prête aux formes les moins perméables de l'autorégulation.