UNCTAD/SDTE/ECB/2003/1

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT
Genève

RAPPORT SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT, 2003

Chapitre 6

NATIONS UNIES
New-York et Genève, 2003

Chapitre 7

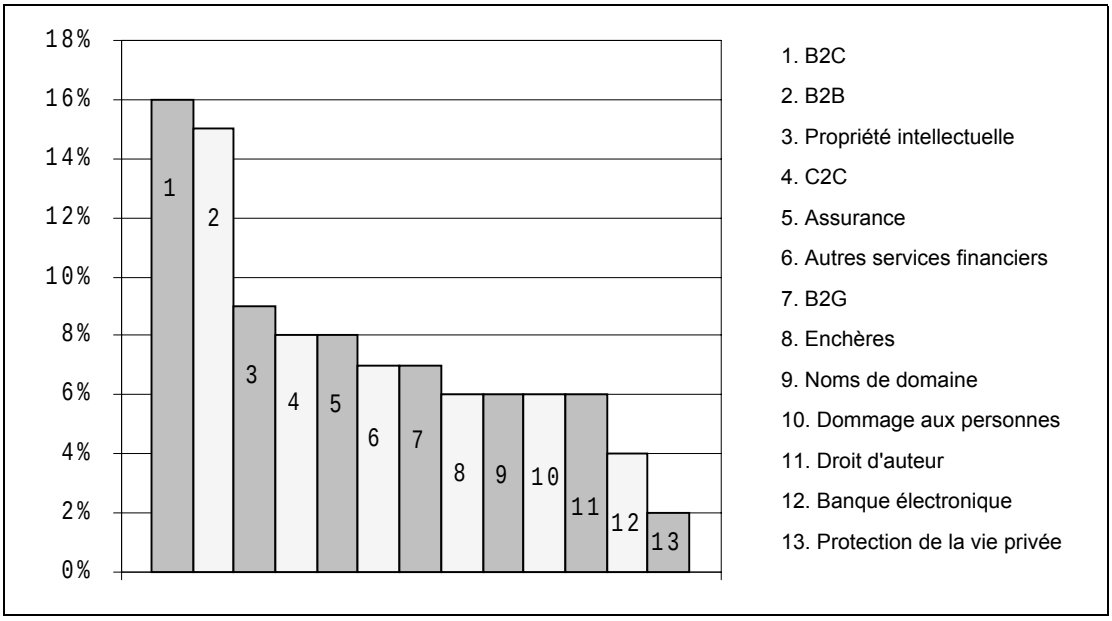
LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN LIGNE DANS LE DOMAINE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET AU-DELÀ

A. Introduction

Un des principaux problèmes que soulève commerce électronique est le règlement des différends transfrontières. La distance entre les parties, les différences linguistiques et culturelles, les problèmes de la détermination du droit applicable et du choix du for et les difficultés pratiques d'exécution des sentences sont parmi les principaux obstacles qui pourraient sensiblement accroître le coût du commerce en ligne. Comme les mécanismes traditionnels de règlement des différends peuvent ne pas être adaptés aux transactions électroniques, il faut envisager des mécanismes extrajudiciaires qui permettraient d'obtenir réparation de façon rapide et peu coûteuse. Lorsque ces mécanismes fonctionnent en ligne, on les appelle mécanismes de règlement des différends en ligne. Le règlement en ligne peut être employé tant pour les différends résultant d'une transaction électronique que pour ceux qui résultent d'une transaction traditionnelle. Le graphique 7.1, fondé sur les données obtenues au moyen d'un questionnaire distribué par la CNUCED, montre que le règlement en ligne est employé pour un large éventail de types de différends.

GRAPHIQUE 7.1

Types de services proposés par les fournisseurs de services de règlement des différends en ligne



Source : Questionnaire de la CNUCED.

Les principaux mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends sont l'arbitrage, la médiation et la négociation, qui sont efficaces pour obtenir réparation de façon moins formelle qu'un procès. Le recours au règlement extrajudiciaire s'est beaucoup développés depuis une vingtaine d'années. En fait, les mécanismes extrajudiciaires sont beaucoup plus employés que les procédures judiciaires pour régler les différends commerciaux.

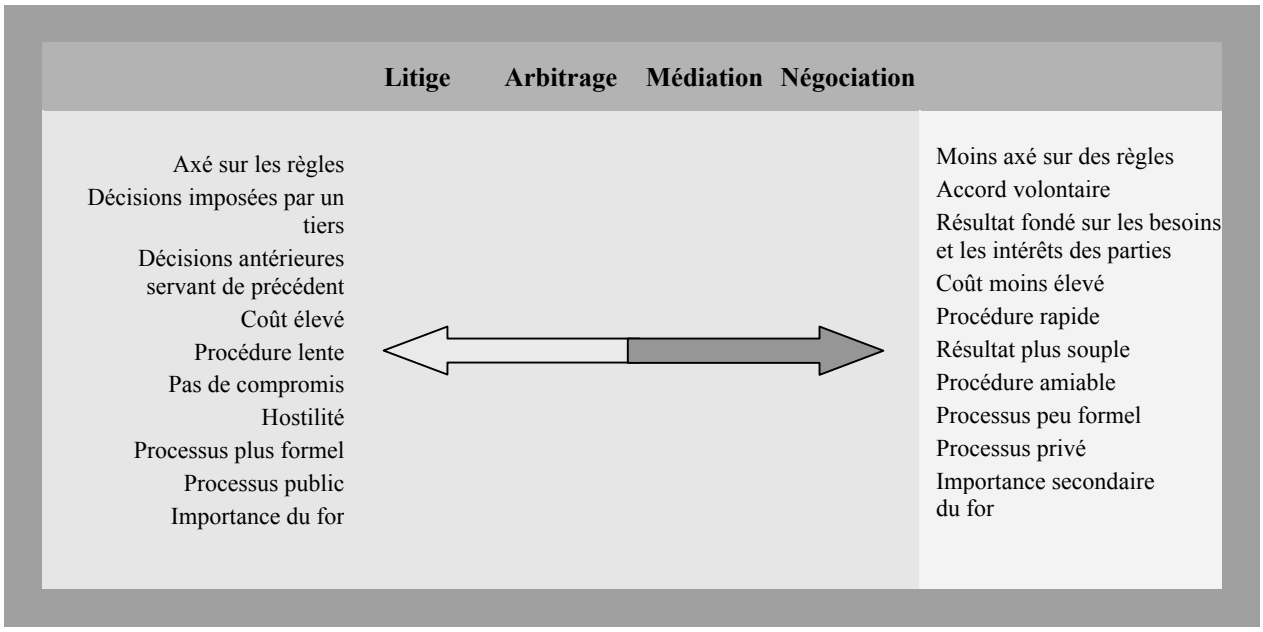
Les principales caractéristiques des trois grands types de mécanismes extrajudiciaires sont les suivantes :

- *Arbitrage* – L'arbitrage traditionnel fait intervenir un tiers neutre qui prend une décision contraignante pour les parties. L'autorité de l'arbitre s'appuie sur une clause contractuelle acceptée par les parties.
- *Médiation* – La médiation fait intervenir un tiers neutre, mais le médiateur ne peut pas prendre de décision contraignante. Il travaille avec les parties pour élaborer un accord acceptable.
- *Négociation* – Dans le cas de la négociation, il n'y a pas de tiers. Les parties essaient de régler le problème entre elles. Lorsque la négociation échoue, il est fréquent qu'elles recourent à l'arbitrage ou à la médiation.

Le graphique 7.2 illustre les différences entre ces trois mécanismes extrajudiciaires.

GRAPHIQUE 7.2

L'éventail des processus de règlement des différends



La différence la plus importante entre les trois principaux mécanismes de règlement extrajudiciaire et le règlement judiciaire est que, en cas de procès, les parties peuvent être contraintes à s'exécuter par l'État, alors que la participation à une procédure extrajudiciaire peut être facultative ou stipulée dans le contrat. Par définition, les produres judiciaires ne peuvent pas être envisagées si, pour quelque raison que ce soit, il n'y a pas de tribunal disponible ou accessible. Lorsque l'accès aux tribunaux est difficile en raison du domicile des parties ou pour d'autres motifs, le règlement en ligne peut être le seul moyen de régler un différend. Le règlement extrajudiciaire, traditionnel ou en ligne, peut se faire dans n'importe quel pays, dans n'importe quelle langue et avec des arbitres ou médiateurs de n'importe quelle nationalité. L'arbitrage et la médiation sont plus rapides et moins coûteux qu'un procès et les audiences ne sont pas publiques.

En général, il faut définir les moyens de faire exécuter les sentences arbitrales. La Convention de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères [1] habilite les tribunaux de tous les pays signataires à faire exécuter une sentence arbitrale. Pour cela, il faut accomplir quelques formalités. Il peut y avoir des problèmes si l'on ne peut pas répondre par l'affirmative aux questions suivantes :

- *La sentence arbitrale obtenue par des moyens informatiques peut-elle satisfaire les prescriptions de forme de la Convention de New York ?*
- *Peut-on employer des moyens électroniques pour conduire la procédure d'arbitrage ?*
- *Dans l'affirmative, où l'arbitrage est-il censé être fait ?*
- *Les arbitres peuvent-ils délibérer par courrier électronique plutôt que face à face ?*

Peut-on considérer une sentence arbitrale rendue sous forme électronique comme un document « écrit » ?

Malgré ces problèmes, il fait peu de doutes que l'on recourra de plus en plus à l'arbitrage en ligne [2].

L'arbitrage en ligne a un plus grand rôle à jouer dans les transactions en ligne entre entreprises et consommateurs que dans les transactions interentreprises car une clause d'arbitrage peut être imposée aux négociants, mais elle risque de ne pas être contraignante pour les consommateurs. Il convient de souligner que, dans la plupart des pays d'Europe, une clause d'arbitrage insérée dans un contrat type, qui obligerait le consommateur à accepter un arbitrage en cas de différend, serait probablement considérée comme inéquitable. C'est pourquoi une clause d'arbitrage traditionnelle ne peut pas être imposée à un consommateur. La clause d'arbitrage peut donc être contraignante pour les entreprises mais facultative pour les consommateurs.

En revanche, aux États-Unis, les clauses d'arbitrage sont généralement exécutoires pour les consommateurs. Les tribunaux ne refuseraient de l'imposer à un consommateur que si cela serait injustifiable [3]. Cela serait le cas si l'arbitrage privait le consommateur de la possibilité de saisir la justice. Les tribunaux des États-Unis ont considéré dans plusieurs arrêts qu'une clause d'arbitrage qui forcerait le consommateur à payer des honoraires excessifs serait injustifiable. Comme l'arbitrage exige l'intervention d'un décideur qualifié et expérimenté et qu'en général les différends entre consommateurs et entreprises portent sur des petits montants, il y a de fortes chances que les honoraires soient jugés excessifs. C'est pourquoi il est peu probable que l'arbitrage soit l'option préférée pour les différends avec des consommateurs portant sur des transactions d'un montant modique.

En général, les accords conclus à l'issue d'une médiation n'exigent pas un cadre juridique permettant de les faire respecter. En effet, ces accords sont acceptés par les deux parties et celles-ci obtiennent le plus souvent au moins une partie de ce qu'elles voulaient au départ. La médiation est le mécanisme de règlement extrajudiciaire de choix pour les différends avec des consommateurs portant sur des montants modiques. Il y a à cela plusieurs raisons.

- *Le processus est souple; le médiateur cherche à aider les parties à communiquer entre elles et à trouver une solution. Cela signifie que les parties maîtrisent bien le processus et seraient donc prêtes à employer un mécanisme en ligne.*
- *Le fait que la participation à la médiation est facultative signifie que les parties seront plus disposées à l'accepter car elle n'affaiblit pas leur position.*
- *Les réparations ne sont pas nécessairement monétaires; elles peuvent prendre la forme, par exemple, d'un rabais sur un achat futur.*

Le règlement extrajudiciaire en ligne, comme son équivalent traditionnel, peut prendre diverses formes et la première décision qu'il faut prendre en réaction à un différend ou lorsqu'on élabore un système de règlement est celle du processus à employer. Comme nous le verrons plus loin, pour que le règlement extrajudiciaire en ligne puisse fonctionner, il faut que les parties s'accordent (ou aient accepté une clause contractuelle) sur un mécanisme précis. La deuxième grande question est de savoir si l'ensemble du processus ou seulement une partie se fera en ligne. On peut employer un processus uniquement en ligne, dans

lequel les parties ne se rencontrent jamais face à face, ou employer les échanges en ligne pour faciliter un processus impliquant au moins quelques rencontres face à face.

Le commerce électronique a démontré à la fois qu'il était nécessaire d'avoir de nouveaux mécanismes de règlement des différends et que de nouvelles approches étaient possibles. De même que les transactions traditionnelles s'appuient sur une infrastructure prévoyant plusieurs options en cas de différend, le commerce en ligne est en train de créer une infrastructure offrant un éventail d'options pour le règlement des différends, qui tiennent compte de la spécificité des transactions transfrontières dans lesquelles une grande partie de l'échange se fait sous forme électronique. Le règlement des différends en ligne n'avait pas été envisagé par les premiers entrepreneurs du commerce électronique, mais au cours des six ou sept dernières années, l'inévitabilité des différends et la nécessité de processus de règlement en ligne sont devenues de plus en plus évidentes. Ces mécanismes ont récemment été dotés de nouvelles fonctionnalités qui les ont adaptés à un éventail croissant de situations.

Le règlement en ligne exploite les ressources du réseau pour régler les différends. Ces ressources comportent trois éléments nouveaux :

1. On peut faire appel à des experts n'importe où dans le monde
2. La puissance de calcul informatique peut être fournie depuis n'importe quelle partie du monde
3. La communication est instantanée.

Le règlement des différends est une activité ancienne et fondamentale pour la société en général et pour ses différentes institutions. On trouve des processus de règlement des différends à la fois dans des systèmes étatiques fondés sur le droit et dans des groupes de toute nature et de toute taille, allant de la famille nucléaire aux grandes entreprises qui opèrent à l'échelle mondiale. Ce qui peut considérablement varier, ce sont les méthodes et processus employés pour régler le différend. Il existe de nombreux mécanismes et les besoins des parties et du groupe ou de la communauté concernés déterminent quelle est le meilleur dans une situation donnée.

L'Internet, qui est à la fois un facteur perturbateur et un moyen de facilitation, est simultanément la cause du problème et la source de la solution. Les nombreuses formes nouvelles de transactions en ligne n'empêchent pas les différends, ce qui renforce la nécessité d'un mécanisme de règlement adapté aux besoins de parties qui peuvent être très éloignées l'une de l'autre. En même temps, le règlement des différends est une activité fondée sur la communication, dans le cadre de laquelle les personnes et les groupes doivent définir leurs intérêts, échanger des renseignements, évaluer les priorités et déterminer les points sur lesquels ils sont d'accord. Par conséquent, avec les progrès de la technologie et la multiplication des activités complexes liées à l'information en ligne, on peut s'attendre à ce que les mécanismes de règlement des différends en ligne se perfectionnent.

Les différends imputables à l'Internet peuvent être plus visibles et sont généralement plus médiatisés que les solutions que l'Internet rend possibles. Cela est dû en partie au fait qu'on construit souvent de nouveaux systèmes sans prévoir la nécessité de régler les différends et les conflits que ces systèmes peuvent susciter. Heureusement, ce n'est pas toujours le cas et des progrès notables ont déjà été faits en matière de règlement des différends, que nous examinerons dans les sections ci-après.

Si la nécessité et l'utilité du règlement des différends en ligne sont très rapidement devenues évidentes, les moyens techniques dont on dispose pour y recourir plus largement ne sont pas encore suffisants. Avec l'apparition de nouveaux types de transactions et d'interactions en ligne, il y a inévitablement des différends, qui apparaissent souvent très tôt. Il faut donc concevoir et mettre en œuvre des mécanismes de règlement. Le règlement de différends complexes sera évidemment plus difficile que le règlement de différends relativement simples. D'importants progrès ont déjà été faits en matière de règlement en ligne pour des différends relativement simples concernant des transactions électroniques et on est en train de mettre au point des outils pour le règlement des différends, privés ou publics, plus complexes.

Dans le présent chapitre, nous analyserons l'histoire du règlement des différends en ligne, sa nature et son emploi dans différentes situations et le rôle qu'il peut jouer pour promouvoir les relations de confiance nécessaires pour que le commerce en ligne prenne son essor dans les pays en développement. Nous examinerons aussi l'ex-

pansion et l'adoption du règlement en ligne dans de nouveaux environnements tels que le secteur public, dans lesquels on a besoin de nouveaux outils pour régler des différends plus complexes dans lesquels il y a de nombreuses parties. La dernière section du chapitre décrit les problèmes que soulève l'application du règlement en ligne dans les pays en développement. Elle s'appuie sur des données obtenues en réponse à un questionnaire que le Secrétariat de la CNUCED a distribué à des fournisseurs de services de règle-ment des différends en ligne. Vingt-quatre fournisseurs, dont tous les plus importants, ont répondu à ce questionnaire.

B. Histoire du règlement des différends en ligne

On peut subdiviser l'histoire du règlement des différends en ligne en trois grandes périodes : avant 1995, de 1995 à 1999 et depuis 1999.

1. Avant 1995

Durant cette période, il y a eu des différends qui ont été réglés de façon informelle. Jusqu'en 1992, l'Internet était employé essentiellement aux États-Unis et son utilisation à des fins commerciales était interdite en vertu de la politique définie par la National Science Foundation (Kesan and Shah 2001). Il était employé principalement par des universitaires pour envoyer des courriers électroniques et pour l'échange de fichiers. Les messages incendiaires et les violations de la « netiquette » [4] étaient courants et il y a eu à cette époque quelques différends qui ont fait beaucoup de bruit, dans lesquels étaient impliquées des personnes qui participaient à des jeux de rôle [5]. Différents mécanismes en ligne ont été employés pour régler ces différends, mais il n'y avait pas d'institution structurée ayant pour fonction essentielle de faciliter le règlement des différends en ligne. En fait, l'expression même n'existait pas encore.

Lorsque l'interdiction des activités commerciales a été levée, des différends liés à des transactions en ligne ont commencé à apparaître. Il y en a eu un en avril 1994 lorsque deux avocats ont cherché des clients pour participer à une fraude à l'immigration [6].

2. De 1995 à 1999

L'idée de mettre en place des mécanismes de règlement des différends en ligne est apparue lorsqu'on s'est aperçu que les différends allaient se multiplier avec l'expansion des activités en ligne. Les origines du règlement en ligne sont donc liées à un constat très simple, à savoir que plus il y aurait de transactions, plus il y aurait de différends. De plus, comme de nouvelles entités commençaient à apparaître dans le cyberespace, il n'était pas facile de dire quelles seraient leurs responsabilités légales. Ainsi, lorsque les fournisseurs d'accès Internet (FAI) ont commencé à offrir à leurs abonnés des possibilités de connexion et de stockage, on s'est demandé s'ils devraient être responsables des actes commis par les abonnés. Par exemple, quels seraient leurs droits et leurs responsabilités lorsque les abonnés emploieraient leur compte pour distribuer des logiciels protégés par le droit d'auteur ? Les FAI devraient-ils contrôler si leurs clients avaient des activités illégales ? Quels seraient les motifs qui pourraient amener les FAI à résilier un abonnement ? Ces questions ont débouché sur la mise en place d'un premier projet d'arbitrage en ligne appelé le magistrat virtuel [7].

Lorsque les entreprises ont commencé à explorer les possibilités commerciales qu'offrait l'Internet, on s'est mis à s'intéresser davantage à la question des noms de domaines. Avec la multiplication des enregistrements de noms de domaines, il y a eu des différends entre les propriétaires de marques et les titulaires de noms de domaines. De façon générale, plus l'Internet était employé, dans quelque but que ce soit, plus il y avait de différends. Par exemple, l'emploi de l'Internet pour la distribution de documents pornographiques a entraîné l'adoption de nouvelles lois et a suscité des procédures judiciaires, mais aussi des différends dans les universités au sujet de la liberté d'expression et d'accès. De même, avec la multiplication des sites, il y a eu des différends concernant non seulement les noms de domaines mais aussi la légalité de l'établissement de liens et diverses autres questions de propriété intellectuelle liées à l'emploi et à la copie d'informations.

Durant cette période, les intéressés se sont mis à considérer que l'Internet avait besoin d'institutions en ligne spécialisées pour régler les problèmes qui se multipliaient. Différents projets

expérimentaux, généralement conduits par des universités et financés par des fondations, ont été élaborés pour permettre aux parties à un différend de faire appel à des experts éloignés [8]. Par exemple, dans la première affaire traitée par Online Ombuds Office, mécanisme de médiation en ligne piloté par l'Université du Massachusetts, le médiateur a aidé un propriétaire de site à régler un différend avec un quotidien local qui l'accusait d'atteinte au droit d'auteur [9].

3. De 1999 à nos jours

Au cours des quatre dernières années, il y a eu beaucoup d'activités concernant le règlement des différends en ligne, avec des résultats notables. Le règlement en ligne a été accepté en tant que processus nécessaire dans l'environnement électronique et il a démontré qu'il pouvait être employé aussi pour des différends traditionnels. La principale question qui se pose aujourd'hui n'est plus celle de sa viabilité ou de son utilité, mais celle du coût de l'élaboration et de la mise en œuvre des systèmes. Le coût a probablement ralenti le déploiement du règlement en ligne, mais le nombre d'entreprises qui offrent de tels services continue de croître. Les promesses et l'utilité du règlement en ligne restent donc importantes.

Avec l'apparition d'entreprises spécialisées dans le règlement en ligne, les pouvoirs publics et les entreprises se sont mis à considérer de plus en plus que le réseau pouvait offrir une solution à de nombreux problèmes liés aux transactions en ligne. Alors que ce n'était pas le cas il y a cinq ou six ans, on estime aujourd'hui qu'il est opportun, voire souhaitable, de recourir en premier au règlement en ligne pour les différends liés à des transactions en ligne. Il est en outre admis que les techniques qui fonctionnent pour ces différends peuvent aussi être efficaces pour le règlement des différends traditionnels.

On trouvera dans le tableau 7.1 une liste de fournisseurs de services de règlement en ligne établie en mars 2003. Certains ont fait faillite, mais d'autres ont pris le relais. En 2000 il y avait 24 entreprises offrant des services de règlement en ligne et 11 de ces entreprises avaient cessé leur activité en mars 2003. En outre, la plupart des grandes institutions offrant des mécanismes de règlement extrajudiciaire, comme l'American Arbitration Association et la Chambre de commerce internationale, ont commencé ou prévoient de commencer à offrir des services en ligne.

Au début de la période en question, le règlement en ligne était essentiellement axé sur les différends avec des consommateurs liés à des transactions électroniques. Cette activité est toujours importante, mais à elle s'ajoute un nombre croissant de nouveaux types de différends. Surtout, il est devenu clair que le règlement en ligne peut être employé tant pour les différends liés à une transaction en ligne que pour les différends traditionnels.

Depuis quelques années, le règlement en ligne est considéré comme un moyen de régler de nombreux différends pour lesquels il n'existe pas d'autre mécanisme. Cela a soutenu son expansion malgré la mauvaise conjoncture. Pourtant, comme nous le verrons dans l'analyse qui suit, il y a un aspect qui n'a pas encore été exploité. L'utilité du réseau pour faire appel aux compétences d'un tiers en matière de règlement des différends est démontrée. Ce qui prendra plus longtemps, c'est la mise au point d'applications qui facilitent le règlement des différends en exploitant les capacités techniques d'ordinateurs situés dans des endroits distants l'un de l'autre.

C. Choix d'un mécanisme de règlement des différends en ligne : eBay et ICANN

Les deux sites de règlement en ligne les plus connus et les plus couramment employés pour le règlement de différends liés à l'Internet sont le site d'enchères en ligne eBay et le cadre défini par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) pour le règlement des différends concernant les noms de domaines. Depuis mars 2000, SquareTrade.com a traité plus de 300 000 différends, concernant pour la plupart des transactions réalisées par l'intermédiaire d'eBay, au moyen d'un processus de négociation et de médiation entièrement en ligne. Plus de 7 000 différends entre titulaires de marques et titulaires de noms de domaines ont été réglés au moyen de la politique uniforme de règlement des différends de l'ICANN, processus d'arbitrage non contraignant (voir ICANN 2002).

TABLEAU 7.1

Fournisseurs de services de règlement des différends en ligne, en mars 2003

ADRonline	Australie	*www.adronline.com.au*
American Arbitration Association Web File	États-Unis	*www.adr.org*
Arbitraje y Mediación (AryME)	Espagne	*www.aryme.com*
Asian Domain Name Dispute Resolution Centre	Chine	*www.adndrc.org*
Bankers Repository Corporation	États-Unis	*www.thebrc.com*
Camera Arbitrale di Milano	Italie	*www.camera-arbitrale.com*
Chartered Institute of Arbitrators	Royaume-Uni	*www.arbitrators.org*
Cibertribunal Peruano	Pérou	*www.cibertribunalperuano.org*
ClickNsettle	États-Unis	*www.clicknsettle.com*
Consumers Association of Iceland	Islande	*www.ns.is*
CPR Institute for Dispute Resolution	États-Unis	*www.cpradr.org*
Cyberlaws.net	Inde	*www.cyberarbitration.com*
Cybersettle	États-Unis	*www.cybersettle.com*
Dispute Manager	Singapour	*www.disputemanager.com*
e@dr	Singapour	*www.e-adr.org.sg*
Electronic Consumer Dispute Resolution	Irlande	*www.ecodir.org*
e-Mediator	Royaume-Uni	*www.consensusmediation.co.uk*
Eneutral	États-Unis	*www.eneutral.com*
e-Settle.co.uk	Royaume-Uni	*www.e-settle.co.uk*
FSM	Allemagne	*www.fsm.de*
Global Arbitration Mediation Association	États-Unis	*www.gama.com*
Icourthouse	États-Unis	*www.i-courthouse.com*
Internet Ombudsman	Autriche	*www.internetombudsmannen.se*
InternetNeutral	États-Unis	*www.internetneutral.com*
Intersettle	Royaume-Uni	*www.intersettle.co.uk*
IRIS Médiation	France	*www.iris.sgdg.org/mediation*
Mediation Arbitration Resolution Services	États-Unis	*www.resolvemydispute.com*
National Arbitration Forum	États-Unis	*www.arbitration-forum.com*
Nova Forum	Canada	*www.novaforum.com*
Online Public Disputes	États-Unis	*www.publicdisputes.org*
Online Resolution	États-Unis	*www.onlineresolution.com*
Private Judge	États-Unis	*www.privatejudge.com*
Resolution Canada	Canada	*www.resolutioncanada.ca*
Resolution Forum Inc.	États-Unis	*www.resolutionforum.org*
Settlement Online	États-Unis	*www.settlementonline.com*
SettleSmart	États-Unis	*www.settlesmart.com*
SmartSettle	États-Unis	*www.smartsettle.com*
SquareTrade	États-Unis	*www.squaretrade.com*
The Claim Room	Royaume-Uni	*www.theclaimroom.com*
USSettle.com	États-Unis	*www.ussettle.com*
WebAssured	États-Unis	*www.webassured.com*
WEBdispute	États-Unis	*www.webdispute.com*
WebMediate	États-Unis	*www.webmediate.com*
WeCanSettle	Royaume-Uni	*www.wecansettle.com*
Word&Bond	Royaume-Uni	*www.wordandbond.com*
Organisation de la propriété intellectuelle	Suisse	

1. eBay : négociation assistée puis médiation

eBay est un site d'enchères en ligne qui compte 61 millions d'utilisateurs et offre plus de 12 millions d'articles chaque jour. Il permet à des vendeurs situés n'importe où dans le monde de vendre à des acheteurs qui peuvent eux aussi être situés n'importe où. Il n'est pas partie aux transactions et, de façon générale, n'assume aucune responsabilité pour les problèmes qui pourraient survenir entre acheteurs et vendeurs. Sa première difficulté n'a pas été de trouver des gens disposés à offrir des articles à la vente aux enchères ou des acheteurs. Ce qu'il fallait, c'était concevoir un site qui pourrait inspirer confiance, de façon que les acheteurs soient disposés à payer avant la livraison. Dans d'autres situations commerciales, une marque peut susciter la confiance et, à l'évidence, les transactions face à face permettent l'échange simultané des marchandises et de l'argent. eBay avait besoin d'un système qui inspirerait aux acheteurs confiance envers des vendeurs inconnus. Ce système encouragerait les acheteurs à acheter en leur démontrant qu'il y avait peu de risques qu'ils aient un différend avec le vendeur.

eBay a créé un système de notation dans le cadre duquel toute partie à une transaction peut publier son évaluation de la transaction. Ce système a permis à des vendeurs inconnus de se faire une réputation concernant la façon dont ils traitaient les transactions et réagissaient aux problèmes. En 1999, eBay a décidé que l'offre d'un mécanisme de règlement des différends pourrait renforcer encore la confiance. Il a donc autorisé le Center for Information Technology and Dispute Resolution [10] de l'Université du Massachusetts à conduire un projet pilote pour vérifier la viabilité et l'utilité d'un processus de règlement des différends qui permettraient aux parties incapables de régler leurs problèmes entre elles de recourir à un médiateur [11].

Tout processus arbitral nécessite une procédure permettant d'imposer la décision de l'arbitre. Avec l'arbitrage, le processus se termine par un résultat clair et une sentence. Dans une situation comme celle d'eBay, la seule entité capable de faire respecter les décisions était eBay lui-même, qui pourrait par exemple indiquer que si la partie jugée en tort n'appliquait pas la sentence arbitrale, son compte eBay serait radié. Toutefois, eBay ne voulait pas jouer ce rôle et a donc considéré que la médiation était un processus beaucoup plus adapté que l'arbitrage.

Un médiateur aide les parties à s'accorder. Il n'y a pas de gagnant ni de perdant, mais uniquement un accord à la fin du processus (ou pas d'accord si le processus échoue). Si les parties se mettent d'accord, cela veut dire que chacune y gagne quelque chose. Le but de la médiation est d'arriver à un résultat dont les deux parties seront satisfaites, si bien qu'il n'y aura pas de nécessité de faire appel à un mécanisme d'exécution, les parties ayant intérêt à faire volontairement ce qu'elles ont promis de faire.

Plusieurs mois après l'achèvement du projet pilote, eBay a fait appel à une nouvelle société Internet appelée SquareTrade.com comme fournisseur de services de règlement des différends. L'approche de SquareTrade s'appuyait sur celle de l'Université du Massachusetts, mais avec deux améliorations notables. Premièrement, elle a ajouté un processus de négociation en ligne permettant aux parties d'essayer de régler le différend entre elles avant de faire appel à un médiateur. Deuxièmement, elle a employé le Web plutôt que le courrier électronique pour communiquer et travailler avec les parties.

Sur le site eBay, lorsqu'il y a un problème dans une transaction (par exemple lorsqu'un article n'est pas livré ou est livré endommagé), l'acheteur essaie de se mettre en rapport avec le vendeur pour négocier une solution. Par conséquent, en général, on n'a recours au processus de règlement de SquareTrade qu'après l'échec d'une première négociation par courrier électronique ou par téléphone.

On peut accéder au site de SquareTrade par un lien sur la page Services d'eBay. SquareTrade emploie un site Web plutôt que le courrier électronique pour la communication entre les parties et leur demande d'essayer de négocier ainsi avant de recourir à la médiation et à l'aide d'un tiers. L'avantage de la négociation sur un site Web plutôt que par échange de courriers électroniques est que ce processus structure la communication. Le site permet un échange plus structuré entre les parties que le courrier électronique. Il fournit des formulaires que les parties peuvent remplir et qui mettent en évidence la cause du litige et les solutions souhaitées. Les parties ont la possibilité de décrire leurs préoccupations en employant leurs

propres mots, mais les formulaires et résumés qu'elles reçoivent entraînent une réduction des échanges de plaintes et d'exigences, ce qui paraît limiter quelque peu la colère et l'antagonisme.

Par définition, la négociation est un processus entre les parties, sans tiers. L'utilisation du site Web apporte une innovation à la négociation traditionnelle, avec une sorte de présence virtuelle. Le site et en particulier les formulaires employés encadre la communication et fournit une partie de l'aide que pourrait normalement apporter un médiateur. Il n'y a pas d'algorithme qui analyse les réponses et, par conséquent, ce mécanisme n'est qu'une première étape d'un processus de négociation en ligne plus perfectionné, similaire à celui de SmartSettle (voir plus loin). Toutefois, plus la technologie sera associée à la négociation entre les parties, plus la distinction traditionnelle entre négociation et médiation s'estompera.

Lorsque la négociation échoue, SquareTrade met à la disposition des parties un médiateur contre une rémunération de 20 dollars. L'interface Web est toujours employé, mais la communication est facilitée par la présence d'un tiers neutre. On trouvera dans le tableau 7.2 un résumé de ce que SquareTrade dit à ses utilisateurs au sujet de la médiation.

TABLEAU 7.2

Qu'est-ce que la médiation ?

Ce que la médiation EST :

- Un processus volontaire dans lequel les parties collaborent avec un médiateur (personne neutre et impartiale) afin de trouver une solution mutuellement acceptable.
- Un processus efficace lorsque les deux parties y participent et sont disposées à faire un compromis.
- Peut être très efficace pour régler des différends et des malentendus si les deux parties participent au processus et sont prêtes à faire un compromis et à rechercher les solutions créatives.

Ce que le médiateur FAIT :

- Le médiateur communique avec les parties pour comprendre leurs intérêts, points de vue et solutions préférés, et essaie de les aider à comprendre les intérêts et points de vue de l'autre partie.

Le médiateur a pour rôle d'aider les parties à dépassionner les différends, à se concentrer sur les questions qu'elles peuvent régler ensemble et, si possible, à trouver un accord mutuellement satisfaisant.

- Le médiateur ne recommande une solution aux parties que si elles acceptent toutes deux qu'il le fasse.

Ce que la médiation N'EST PAS :

- La médiation n'est pas une procédure judiciaire.
- La médiation n'est pas l'arbitrage.
- La médiation n'est pas un processus qui doit rendre les parties nerveuses ou inconfortables. Elle est conçue pour donner aux deux parties un rôle et des responsabilités égales.

Ce que le médiateur NE FAIT PAS :

- Le médiateur ne prend pas de décisions.
- Le médiateur ne décide pas si l'une des parties a tort ou a raison.
- Le médiateur n'examine pas les informations ou éléments de preuve que les parties lui communiquent et ne décide pas si l'une ou l'autre des parties a démontré le bien-fondé de sa cause.
- Le médiateur ne se substitue pas au juge.
- Le médiateur ne joue pas le rôle d'arbitre.

Source : SquareTrade.com 2003.

2. Règlement des différends en ligne et arbitrage : l'ICANN et les différends concernant les noms de domaines

Les noms de domaines comme eBay.com permettent de se rappeler facilement d'une adresse Internet, mais ils peuvent porter atteinte aux droits de propriétaires de marques lorsqu'ils sont similaires ou identiques à une marque. En 1999, l'ICANN a adopté sa politique uniforme de règlement des différends, qui est analysée en profondeur dans la version 2002 du *Rapport sur le commerce électronique et le développement* de la CNUCED (CNUCED 2002). L'approche adoptée par l'ICANN, qui est un processus d'arbitrage modifié, et les systèmes employés pour la mettre en œuvre constituent une autre option en matière de règlement des différends en ligne.

Quiconque peut enregistrer un nom de domaine et le coût de l'enregistrement est minime. Les responsables de l'enregistrement auraient pu éviter certains conflits en signalant aux titulaires des noms de domaines qu'ils pourraient avoir des problèmes s'ils enregistrent un mot qui est aussi une marque de commerce ou de fabrique. L'Office des brevets et des marques des États-Unis a un site qui permet de faire des recherches gratuites dans la base de données sur les marques américaines [12]. Toutefois, en général cette recherche n'est pas faite avant l'enregistrement et, aujourd'hui, toute personne qui souhaite enregistrer un nom qui est une marque de commerce ou de fabrique peut le faire. Les éventuels problèmes devront être réglés plus tard.

Lorsque l'ICANN s'est chargée de la gestion du système des noms de domaines, elle a créé un processus pour régler les différends y relatifs. Ce processus, appelé politique uniforme de règlement des différends (Uniform Dispute Resolution Policy ou UDRP) (voir ICANN 2002) offre aux titulaires de marques un mécanisme plus rapide et moins coûteux qu'un procès. Toutefois, nul n'est obligé d'y recourir et l'arbitrage qui en résulte n'est pas contraignant. Les titulaires de marques peuvent toujours saisir la justice et la partie à laquelle l'arbitrage a donné tort peut aussi saisir les tribunaux une fois la sentence arbitrale rendue. Néanmoins, il y a peu de procédures judiciaires comparé au nombre de différends réglés au moyen de l'UDRP.

Les facteurs qui déterminent les résultats d'une médiation par le biais de l'UDRP sont indiqués dans l'arbre de décision du graphique 7.3. Quelque 7 000 affaires ont été réglées par ce moyen. La grande majorité des affaires sont traitées par deux fournisseurs de services, le World Intellectual Property Forum et le National Arbitration Forum. Ces processus sont intéressants à plusieurs égards.

Premièrement, le règlement des différends de fait sans rencontre face à face et, sauf rares exceptions, sans conversation téléphonique. Il se fait à distance. Toutefois, le processus employé par les actuels fournisseurs de services de règlement des différends ne fait qu'un emploi limité de l'Internet. Un fournisseur de services de règlement des différends appelé eResolution.com employait un système entièrement en ligne, mais il a cessé toute activité depuis 2001. Les deux principaux fournisseurs, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et le National Arbitration Forum (NAF), ont des systèmes en ligne. Un nombre croissant de plaintes sont déposées en ligne ou, parfois, par courrier électronique. Toutefois, contrairement au processus de médiation d'eBay, ces systèmes n'emploient pas le Web et n'exploitent donc pas les atouts qu'il offre.

Deuxièmement, l'UDRP n'est pas un arbitrage traditionnel en ce sens que les décisions ne sont pas contraignantes et ne peuvent pas être imposées par une décision de justice. Les arbitres de l'UDRP sont appelés *panelists*, car le mot *arbitrator* désigne une personne qui peut imposer une décision contraignante. Les *panelists* de l'UDRP sont habilités par les clauses contractuelles acceptées lors de l'enregistrement d'un nom de domaine. Leurs décisions se traduisent par une modification du registre des noms de domaines. C'est une méthode efficace, même si elle est un peu dérangeante et suscite quelques controverses [13].

D. Le règlement en ligne de différends traditionnels : amélioration des mécanismes extrajudiciaires et dégroupage du règlement en ligne

Les processus offerts par SquareTrade et l'ICANN ne comportent pas de réunions face à face; ils sont entièrement conduits à distance. La nécessité de ne pas avoir de rencontres avec les parties est particulièrement évidente lorsque le différend est lié à une transaction en ligne ou, lorsqu'en raison de l'éloignement, il n'est pas possible que les parties se rencontrent ou saisissent les tribunaux. Il n'est donc pas étonnant que le règlement des différends en ligne ait été initialement conçu pour ce type de différends.

GRAPHIQUE 7.3

L'arbre de décision de la politique uniforme de règlement des différends de l'ICANN

Existe-t-il une marque (enregistrée ou de common law) ?	NON	Le défendeur gagne
OUI		
Le nom de domaine est-il identique ou suffisamment similaire pour prêter à confusion avec la marque de commerce ou de service ?	NON	Le défendeur gagne
OUI		
Avant d'être avisé du différend, le titulaire du nom de domaine employait-il ou avait-il l'intention d'employer le nom de domaine pour offrir de bonne foi des biens ou des services ?	OUI	Le défendeur gagne
NON		
Le titulaire du nom de domaine (individu, entreprise ou autre organisme) est-il couramment connu par ce nom de domaine ?	OUI	Le défendeur gagne
NON		
Le titulaire du nom de domaine a-t-il employé ce nom de façon loyale, sans intention de gain commercial, ou dans l'intention d'induire le consommateur en erreur ou de ternir la marque ?	OUI	Le défendeur gagne
NON		
Le titulaire du nom de domaine a-t-il obtenu ce nom dans le but de le vendre, de le louer ou de le céder au titulaire de la marque ou à un concurrent du plaignant en faisant un bénéfice ?	OUI	Le plaignant gagne
NON		
Le titulaire du nom de domaine a-t-il obtenu le nom pour empêcher le titulaire de la marque d'employer sa marque dans un domaine correspondant ou a-t-il déjà agi de la sorte ?	OUI	Le plaignant gagne
NON		
Le titulaire du nom de domaine a-t-il enregistré le nom avant tout dans l'intention de perturber les affaires d'un concurrent ?	OUI	Le plaignant gagne
NON		
Pour employer le nom, le titulaire du nom de domaine a-t-il de façon intentionnelle et dans le but de réaliser un gain, attiré des utilisateurs vers son site en créant la confusion avec la marque du plaignant en ce qui concerne le parrainage, l'affiliation ou l'approbation du site ?	OUI	Le plaignant gagne

Source : 2003 Center for Information Technology and Dispute Resolution.

Le règlement en ligne se développe non seulement en raison de la multiplication des activités en ligne et des différends qu'elles suscitent mais aussi parce qu'il peut être employé pour des différends concernant des transactions traditionnelles. Par exemple, SquareTrade règle maintenant des différends entre acheteurs et vendeurs de logements. Lorsque la puissance de calcul de l'ordinateur est ajoutée au moyen de transmission qu'offre le réseau, on peut créer tout un éventail de processus de règlement pouvant être employés pour tout type de différend, quel que soit l'endroit où il survient. Tout processus de règlement des différends peut être considéré comme une série d'échanges d'informations. Pour que l'ensemble du processus se déroule en ligne, il faut que toutes les composantes soient disponibles sous forme électronique. Dans le cas des processus qui comportent des réunions face à face, le médiateur doit déterminer comment employer la technologie pour faciliter l'échange et aider les parties à trouver un accord.

1. Deux exemples

Un exemple simple : processus automatisés d'offres à l'aveugle

Les systèmes d'offres à l'aveugle permettent aux parties à un différend de communiquer une offre de compromis à un ordinateur. Si les deux offres ne sont pas trop éloignées l'une de l'autre (souvent si l'écart est inférieur à 30 pour cent), les parties acceptent de partager la différence. L'intérêt du processus est que s'il n'y a pas d'accord, les offres ne sont jamais révélées à l'autre partie. Cela devrait inciter les parties à faire des offres qui plus proches de la limite acceptable pour elles.

Ce mécanisme, s'il était employé sans ordinateur ni réseau de communication, serait assez difficile à manier. Son efficacité est due au fait que l'ordinateur transmet et reçoit l'information, la traite et détermine quels sont les renseignements qui peuvent être divulgués et ce qui doit rester confidentiel. Si l'écart entre les offres ne dépasse pas 30 pour cent, les parties sont informées qu'il y a un compromis. Dans le cas contraire, aucune information concernant l'offre de l'autre partie n'est révélée.

Jusqu'à présent, ce système a été surtout employé pour les demandes d'indemnisation adressées à des compagnies d'assurance. En général, ces demandes sont réglées par la négociation, mais le processus traditionnellement employé, qui fait intervenir des avocats spécialisés et les régleurs de sinistres des compagnies d'assurance, peut être long et peu efficace. Les parties et leurs représentants peuvent adopter des postures peu sincères qui, souvent, font perdre beaucoup de temps. Certes, on pourrait faire appel à un tiers qui recevrait les offres de la même façon qu'un ordinateur et leur appliquerait le même traitement, et d'ailleurs cela se fait parfois, mais ce n'est jamais aussi efficace qu'un système informatisé.

Les systèmes d'échange d'offres informatisés peuvent être efficaces et simples d'emploi, mais leurs applications sont très limitées, car ils ne fonctionnent que lorsqu'une seule variable est contestée. En outre, cette variable doit être quantifiable, de façon que l'ordinateur puisse faire les calculs nécessaires. Le domaine de l'assurance est parfait pour ce type de système, puisque très souvent les divergences concernent exclusivement le montant de l'indemnité et que le système traditionnel est à la fois coûteux et peu efficace.

Il y a de plus en plus de sociétés spécialisées dans ce type de processus, dont les plus connues sont Cybersettle.com et Clicknsettle.com. La technologie n'est pas très complexe et il peut y avoir quelques différences de détail entre les systèmes. Certains exigent que les parties se fassent représenter par un avocat et d'autres non, certains admettent toutes les offres sans limites et d'autres non, certains fixent une fourchette pour les offres. Les entreprises qui offrent ce genre de services peuvent se différencier des autres entreprises similaires, mais le principe général est toujours le même.

Ce type de processus sera inévitablement appliqué en dehors du domaine de l'assurance. Souvent, dans les processus de médiation et d'arbitrage, il y a de nombreux points de divergence au début mais à la fin tout se ramène à une question d'argent. Les technologies de traitement informatisé des offres pourraient être utiles dans ces cas. Dans d'autres cas, il peut être souhaitable de proposer ce genre de processus avant de s'engager dans un autre processus plus long. L'échange d'offres à l'aveugle peut être intégré dans un processus de règlement des différends à n'importe quel stade. Par exemple, le site OnlineResolution.com propose à tous ses utilisateurs un service d'échange d'offres à l'aveugle, le considérant comme un des nombreux outils qu'un médiateur pourrait employer.

L'échange d'offres à l'aveugle est la première d'une série d'applications qui vont probablement se multiplier et qui emploient non seulement les capacités de transmission du réseau mais aussi les capacités de traitement des ordinateurs reliés par le réseau. Comme dans le cas des premières initiatives de règlement en ligne, aujourd'hui encore la plupart des sociétés qui offrent ce genre de services emploient le réseau pour permettre à des parties éloignées de faire appel à un médiateur humain qui se trouve ailleurs. Le réseau est donc un moyen de transmettre des avis d'experts. Cela est déjà un progrès considérable et les diverses manières dont on peut transmettre les avis d'experts ont convaincu les sceptiques que le règlement en ligne pourrait être très efficace. Lorsqu'on combinera la puissance de calcul de l'ordinateur et les connaissances d'un expert, on pourra obtenir des résultats encore plus remarquables.

La soumission d'offres à l'aveugle est non seulement un outil qui peut être employé dans la négociation mais aussi un processus qui amène à se demander quelles sont les autres façons dont on pourrait employer des machines en réseau pour aider les parties à un différend. C'est un outil si simple que, si on le considère simplement comme la fusion d'un calculateur et d'un réseau, il peut paraître aller de soi. Toutefois, les ordinateurs ne sont pas que des calculateurs et l'on peut construire des systèmes capables de traiter et d'évaluer des informations qualitatives.

Un exemple plus complexe : SmartSettle

SmartSettle [14], qui s'appelait initialement OneAccord, fait intervenir des logiciels de négociation beaucoup plus perfectionnés que les simples systèmes d'offres à l'aveugle. C'est un système conçu pour régler des différends qui peuvent être simples ou complexes, porter sur une ou plusieurs questions, concerner deux parties ou davantage, avoir des aspects à la fois quantitatifs et qualitatifs, durer plus ou moins longtemps, et faire intervenir des facteurs et des questions interdépendants. Ce ne sera jamais un outil aussi facile à employer que les systèmes d'offres à l'aveugle et il n'est peut-être pas nécessaire pour les différends courants et relativement simples. Toutefois, il montre comment l'on peut employer des ordinateurs en réseau pour offrir aux parties à un différend des solutions qu'elles n'auraient peut-être pas trouvées autrement.

SmartSettle guide les parties à travers plusieurs étapes, chacune servant à préciser l'enjeu du différend, l'importance des questions pour les parties et l'éventail des solutions acceptables. Toute cette information est reprise sur un formulaire de négociation unique que les parties emploient pour préciser leurs propositions et, dans le meilleur des cas, se mettre d'accord. Dans les premières étapes, SmartSettle fournit une structure pour préciser et évaluer les enjeux qui peut déjà aider les parties à s'accorder. Toutefois, la grande innovation est que SmartSettle peut prendre tout projet d'accord et suggérer des variantes qui pourraient offrir aux deux parties plus que ce qu'elles étaient disposées à accepter dans un règlement.

Les offres à l'aveugle ne portent que sur une question, qui est quantifiable. SmartSettle peut faire intervenir de nombreux facteurs et, au début du processus, les parties peuvent attribuer une valeur à leurs différents intérêts et demandes. Une fois les intérêts définis et hiérarchisés, ils sont regroupés et il peut y avoir ensuite une négociation visant à modifier les groupes. L'intérêt de SmartSettle est que l'ordinateur peut non seulement stocker les renseignements relatifs aux utilisateurs et les leur transmettre par voie électronique, mais aussi leur suggérer des combinaisons avantageuses auxquelles ils n'auraient peut-être pas pensé d'eux-mêmes.

2. La technologie en tant que « quatrième partie »

La négociation par courrier électronique ne fait intervenir que des êtres humains à deux extrémités du réseau, leur permettant de communiquer rapidement alors que sans cela elles n'auraient peut-être pas pu communiquer du tout. Ce type de négociation, qui ne coûte presque rien, pourrait rester la méthode la plus commune de négociation en ligne. Ce que le Web permet et ce que les systèmes d'offres à l'aveugle, SmartSettle et même SquareTrade démontrent, c'est qu'il est utile de combiner les capacités de traitement de l'information des ordinateurs et les capacités de transmission de l'information du réseau.

La raison pour laquelle il peut être utile de faire intervenir des ordinateurs est que les ordinateurs peuvent faire certaines choses plus rapidement et/ou mieux que les êtres humains. Par

exemple, ils peuvent mieux traiter des appels d'offres à l'aveugle. Les médiateurs et arbitres sont appelés tierces parties neutres et, dans un récent ouvrage, (Katsh and Rifkin 2001) ont suggéré qu'on considère la technologie comme une « quatrième partie », c'est-à-dire quelque chose qui influence le processus de communication et de négociation et accroît l'utilité du rôle de tiers des médiateurs et des arbitres. Cette quatrième partie ne remplace pas nécessairement le tiers mais peut le compléter, c'est-à-dire que le tiers travaillera de plus en plus avec un assistant électronique.

L'expression « quatrième partie » est une métaphore qui désigne les applications permettant d'améliorer le processus et pas seulement de transmettre les connaissances spécialisées du tiers humain par le réseau. Le réseau est donc considéré comme un outil de communication amélioré. On construit progressivement des systèmes qui nous aideront à comprendre comment les ordinateurs peuvent compléter l'intervention humaine.

Le graphique 7.4 montre qu'il y a de nombreuses activités d'information qui sont des importants éléments de ce que les médiateurs et les arbitres font et qui peuvent être améliorés par les ordinateurs. Ces activités sont courantes mais, jusqu'à présent, ce n'était que lorsque les parties étaient réunies physiquement qu'elles pouvaient être exécutées avec une certaine efficacité. Par exemple, il est assez facile de programmer des réunions avec plusieurs personnes lorsque toutes ces personnes sont dans la même pièce et regardent leur agenda, mais lorsque le nombre de participants est important il peut être très difficile d'organiser des réunions par correspondance et par téléphone. Un médiateur qui rencontre face à face quelques parties peut faire une enquête d'opinion et même évaluer dans quelle mesure il est possible de trouver un consensus en se contentant de regarder l'expression des visages. Toutefois, lorsque les parties ne sont pas réunies, il est difficile, si leur nombre est important, de déterminer leurs positions.

Le graphique 7.4 indique aussi pourquoi il est généralement plus facile de concevoir des systèmes d'arbitrage en ligne que des systèmes de médiation en ligne. La médiation exige une interaction plus fréquente entre les parties et un système plus fin qui permettra au médiateur d'évaluer les émotions, les intérêts et les valeurs de chaque partie. Un système de règlement des différends en ligne se compose d'une série de tâches d'information liées entre elles et coordonnées. En général, un système d'arbitrage fait intervenir moins d'éléments et nécessite un mécanisme plus simple.

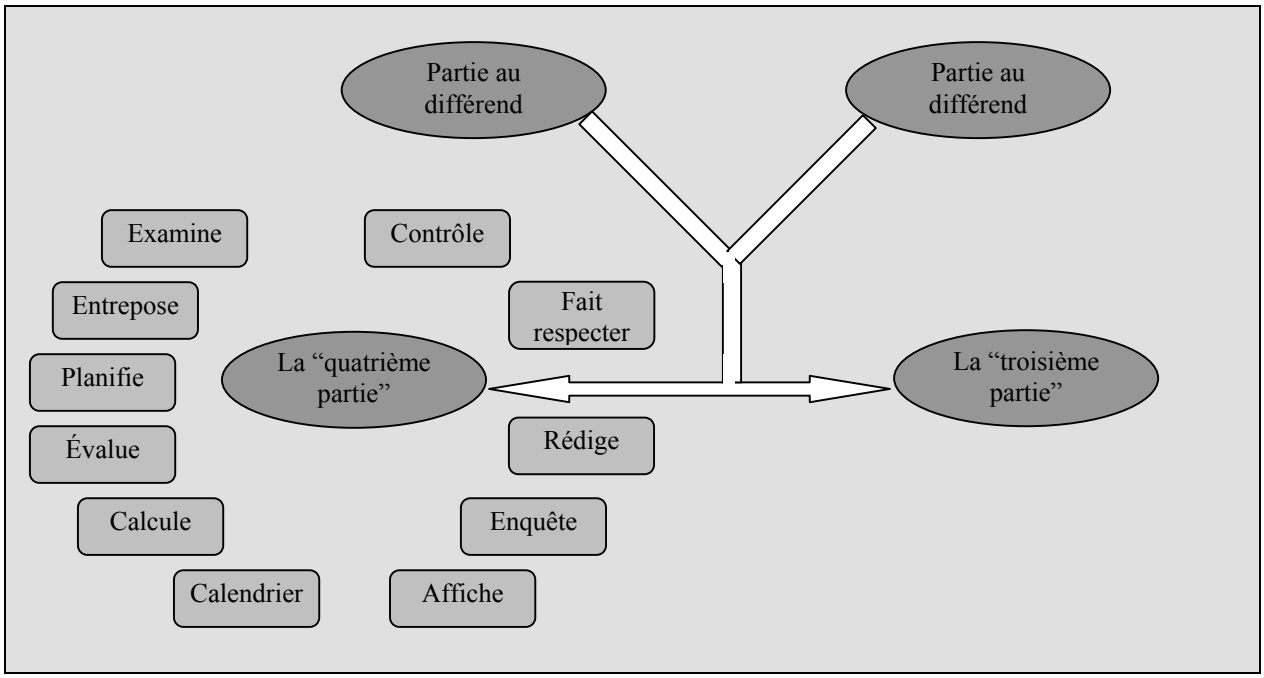
Les trois processus traditionnels de règlement des différends (arbitrage, médiation et négociation) correspondent à trois systèmes de gestion de l'information. Toutefois, par le passé ils se fondaient tous sur des échanges face à face, formes d'échanges qui sont à la fois contraignantes et efficaces. Les échanges face à face permettent non seulement de transmettre des informations mais aussi d'évaluer la sincérité des parties, de créer la confiance et de réévaluer les offres de chacun à mesure que sont formulées des propositions et des contre-propositions.

L'organisation et le traitement de l'infor-mation sont des emplois courants des ordinateurs et bon nombre des tâches indiquées dans le graphique 7.4 sont des tâches simples de traitement de l'information, qui ajoutent beaucoup d'efficacité au processus de règlement des différends. L'avocat américain Randall Butler considère que plus le différend est complexe, plus il est utile de faire appel à une « quatrième partie ». Il intervient dans des procès collectifs, qui peuvent réunir des centaines de plaignants représentés par de nombreux avocats. Il a fait observer que la médiation est devenue la solution de premier choix pour le règlement de la plupart des différends. Avec un bon encadrement, la médiation est généralement plus rapide, plus efficace et moins coûteuse et perturbante. Toutefois, l'efficacité de la médiation traditionnelle est inversement proportionnelle au nombre de parties [15]. ButlerMediation.com est un site Web qui offre un mécanisme très structuré d'échange d'information, permettant aux avocats d'y participer lorsque cela leur convient et depuis n'importe où.

Pour traiter l'information, il faut souvent lier entre elles plusieurs tâches. Ainsi, la présentation d'offres à l'aveugle est un système qui fait intervenir une communication, un calcul, une évaluation et l'application d'une règle aux résultats du calcul. De même, SmartSettle prend les données qui ont été saisies et, au moyen d'algorithmes complexes, évalue les offres et y répond. L'approche fondée sur la « quatrième partie » part du principe que les rencontres face à face sont un moyen de communication très riche et souple mais imparfait. La quatrième partie deviendra de plus en plus utile et le réseau sera un outil de plus en plus précieux pour le règlement des différends à mesure que les gens acquerront de l'expérience en matière de gestion de

GRAPHIQUE 7.4

La "quatrième partie"



Source : Questionnaire de la CNUCED.

l'information et d'utilisation des outils de traitement de l'information. Les documents électroniques deviendront intelligents. Ils pourront envoyer une alerte lorsqu'un événement se produit et réunir les informations dont les participants ont besoin.

Jusqu'à présent, le règlement en ligne a été employé surtout pour des différends simples concernant le commerce électronique et les noms de domaines. Il s'agit de différends simples dans le sens où il n'y a généralement que deux parties et un ensemble relativement limité d'enjeux. En pareille situation, il suffit parfois de trouver un moyen de communiquer entre des personnes éloignées. Par exemple, dans le cas des différends concernant les noms de domaines, il n'y a ni gestion ni traitement de l'information car les parties au différend s'occupent de l'essentiel de la gestion de l'information et le traitement de l'information ou la prise de décisions sont faits par l'arbitre.

L'innovation de SquareTrade, qui lui permet de régler un très grand nombre de différends, est imputable à une gestion et une organisation efficaces de l'information et à la possibilité d'afficher l'information sur l'écran de façon très efficace pour les parties. Une des grandes différences entre la négociation par courrier électronique et la négociation fondée sur le vote de SquareTrade est que SquareTrade fournit un niveau de traitement de l'information beaucoup plus élevé que ce qui est possible avec le courrier électronique. Il ne s'agit pas d'évaluer les positions ni de recommander des solutions mais de préciser les enjeux et de présenter l'information sur l'écran d'une façon qui peut mettre en lumière les points d'accord et de désaccord. Par conséquent, ce que le logiciel fait est très similaire à ce qu'un médiateur fait : il aide les parties à communiquer dans le respect de l'autre jusqu'à ce que les contours d'une solution se dessinent.

Le réseau fournit de nouveaux moyens de contrôler l'exécution et de faire respecter les conditions d'un accord; le contrôle de l'exécution n'a jamais été un processus très efficace. Par exemple, si un chèque n'est pas arrivé, faut-il appeler l'autre partie ou faut-il plutôt demander à un médiateur ou à un tiers de le faire ? Comment peut-on s'assurer qu'un chèque est parvenu à destination ? Ces dernières années, de nombreux

utilisateurs ont pris l'habitude d'employer le site de FedEx pour déterminer où un colis se trouve et s'il a été livré. Ce n'est pas seulement une commodité offerte par FedEx mais aussi un emploi de l'information qui permet de créer la confiance et d'éviter les différends. À l'évidence, il faudra adapter la complexité des outils de contrôle à la complexité des tâches. Toutefois, il est certain qu'un système d'alerte rapide en cas de non-exécution sera très utile.

Les capacités visuelles du médium offrent de nombreux moyens de signaler les problèmes. Il est possible d'employer des images et des chiffres pour montrer l'évolution de la situation d'une façon qui n'est pas possible avec l'imprimé. On peut illustrer les augmentations et les diminutions par une variation de la taille, de la forme ou de la couleur d'une image. Par exemple, dans le cadre d'un contrat, la non-exécution pourrait envoyer une alerte à l'avocat d'une des parties. Cette alerte pourrait être l'image d'un drapeau rouge et, si elle est ignorée, l'image deviendrait de plus en plus grande, ce qui est significatif et retient l'attention. Diverses possibilités d'emploi de l'image (illustrations, icônes, graphiques, tableaux, diagrammes, cartes, schémas, plans et graphiques colorés et animés) peuvent être employées.

3. Le rôle des pouvoirs publics dans le règlement des différends en ligne

Réglementation officielle et autorégulation

Les pouvoirs publics sont intervenus davantage pour promouvoir le règlement des différends en ligne que pour le réglementer. À la fin des années 90, le règlement en ligne se développait très rapidement sans intervention des pouvoirs publics. La disponibilité de capital-risque a permis la création et l'expansion rapide de sociétés de règlement de différends en ligne et ces sociétés ont appris aux cadres et aux consommateurs à connaître les avantages du système. De nombreux fournisseurs de services de règlement en ligne ont suggéré que les pouvoirs publics devraient opter pour le laisser-faire et que les services de règlement des différends en ligne prendraient leur essor d'eux-mêmes.

L'Europe a très tôt compris les promesses du règlement des différends en ligne et a pris plusieurs mesures pour encourager l'autorégulation. On a fait observer que la réglementation officielle évoluait trop lentement et qu'avant qu'une loi visant à promouvoir ou à réglementer ce processus entre en vigueur, il est probable que l'environnement et la technologie du commerce électronique auront tellement changé que la loi ne sera plus pertinente ou pourrait même faire obstacle au progrès.

Lorsque le Gouvernement des États-Unis a convoqué en juin 2000 la première conférence sur le règlement des différends en ligne organisée par la Federal Trade Commission [16], il était clair que lui aussi optait pour l'autorégulation. Dans l'esprit libertaire de la révolution de l'Internet, l'autorégulation semblait logique.

Les premiers qui ont formulé des doutes au sujet de l'autorégulation ont été des groupes de défense des consommateurs, traditionnellement en désaccord avec les intérêts des entreprises. Certaines entreprises suggéraient que le règlement des différends en ligne soit une clause obligatoire, c'est-à-dire que les parties devraient y recourir au règlement en ligne. Les entreprises voulaient aussi obliger les consommateurs qui emploieraient un système de règlement des différends en ligne à payer une redevance. Des groupes de défense des consommateurs ont soutenu qu'il s'agissait uniquement d'une tentative de rendre les contestations juridiques encore plus coûteuses, longues et complexes, de façon à mettre les entreprises à l'abri des risques d'action collective et autres procédures. Certains représentants d'entreprises ont fait observer que sans processus clairs ni redevances raisonnables, les systèmes de règlement des différends seraient débordés de plaintes peu justifiées.

Plusieurs associations sans but lucratif ont créé des groupes de travail pour examiner ces questions. Aux États-Unis, le Groupe de travail du commerce électronique du Barreau, la Chambre de commerce internationale, le Better Business Bureau et plusieurs autres associations ont longuement examiné tous ces problèmes et bon nombre d'entre eux ont fini par publier des normes à l'intention des fournisseurs de services de règlement des différends en ligne, dans l'espoir qu'elles aideraient à trouver un compromis entre les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs.

Un des moyens suggérés pour faire appliquer ces normes (tout en éduquant le public au sujet des avantages du règlement des différends en ligne) est la marque de confiance. Ces marques seraient des emblèmes affichés sur les sites des sociétés de

commerce en ligne ou des fournisseurs de services de règlement des différends en ligne, offrant un minimum de garanties. Dans le cas des sociétés de commerce en ligne, elles pourraient attester la possibilité de recourir à un service de règlement des différends en ligne en cas de problème. Dans le cas des fournisseurs de services de règlement des différends en ligne, elles attesteraient la qualité et l'équité du système. On a proposé que les entreprises paient une redevance pour employer ces marques afin d'encourager les consommateurs à recourir à elles, et que les recettes financeraient le fonctionnement des services de règlement des différends en ligne.

Plusieurs entreprises (notamment Verisign et TRUST-e) avaient déjà démontré la viabilité des systèmes de marques de confiance dans d'autres domaines. Quelques entreprises (SquareTrade) et quelques grandes associations sans but lucratif (BBBOnline) avaient mis en œuvre avec beaucoup de succès des programmes de marques de confiance dans le domaine du règlement des différends en ligne, finissant par vendre des dizaines de milliers de marques, ce qui a rapporté d'importantes recettes. Le règlement des différends en ligne était souvent intégré dans un ensemble de mesures de confiance, notamment la protection contre la fraude, la protection de la vie privée et l'information sur les transactions. Plusieurs marques de confiance ont obtenu un taux de pénétration remarquable sur certains créneaux (par exemple SquareTrade parmi les utilisateurs d'eBay).

La prolifération des fournisseurs de services de règlement des différends en ligne et des programmes de marques de confiance ont créé des problèmes car les consommateurs ne savaient plus très bien quels systèmes offraient quels services. Il était facile à des fournisseurs de services très probes de se perdre dans la multitude des autres fournisseurs dont certains avaient des incitations contestables et des processus déséquilibrés. En réaction à cette confusion, des organismes gouvernementaux et des organisations internationales ont fait plusieurs études approfondies. Ces études visaient souvent à recueillir des informations sur le financement des activités des différents fournisseurs de services, la façon dont ceux-ci choisissaient leurs experts et la manière dont ils remédiaient aux déséquilibres des pouvoirs et de l'information entre les parties aux différends qu'ils traitaient.

La plupart des activités récentes en matière d'autorégulation ont été menées en Europe. Certains gouvernements ont fourni des fonds de démarrage pour des projets de règlement de différends en ligne (ECODIR) et des centres de recherche (JRC en Italie, qui a lancé le débat sur la création d'une norme XML pour le règlement des différends en ligne). Des organismes officiels (la Chambre de commerce italienne) ont commencé à créer leurs propres plates-formes de règlement des différends en ligne. De grandes associations sans but lucratif ont expérimenté des systèmes de règlement des différends en ligne en coopération, comme le réseau mondial proposé par le Better Business Bureau, EuroChambres et la Fédération européenne de marketing direct (FEDMA). La Chambre de commerce internationale (CCI) a forgé un partenariat novateur avec Consumers International (CI) pour proposer une chambre de compensation mondiale pour les règlements concernant le commerce électronique. Seuls les fournisseurs de services de règlement des différends en ligne qui respectent les normes de qualité rigoureuses mises au point par la CCI et CI pourraient être saisis et ceux qui ne les respecteraient pas seraient radiés.

Il est probable qu'un des facteurs qui aura une influence sur les mesures de réglementation futures sera l'adoption du règlement des différends en ligne par des organismes publics. L'organisme public des États-Unis le plus sensible à la question, le Federation Mediation and Conciliation Service, emploie la technologie pour régler non pas des différends concernant le commerce électronique mais des différends concernant les relations de travail et pour la négociation de la réglementation. À terme, les sociétés de commerce électronique pourraient redevenir des innovateurs ayant une grande influence sur le développement du règlement des différends en ligne mais les applications les plus intéressantes au cours des prochaines années pourraient bien venir de l'initiative publique.

Le gouvernement électronique et le règlement des différends en ligne : des différends concernant les consommateurs aux différends publics faisant intervenir de nombreuses parties

Une des grandes fonctions des organismes publics consiste à régler les différends entre les citoyens et l'État ou entre des citoyens et d'autres citoyens. En outre, de nombreuses fonctions de

l'État, comme l'élaboration de règles, peuvent nécessiter la recherche de consensus, ce qui est un objectif très familier du règlement des différends. Ces dernières années, le règlement des différends en ligne a concerné surtout le secteur privé, mais la multiplication des initiatives de gouvernement et de démocratie en ligne a attiré l'attention sur l'utilité du règlement des différends en ligne dans ce domaine. La technologie étant employée pour améliorer l'efficacité de l'action publique et les citoyens utilisant l'Internet pour faire connaître leur position au gouvernement, l'expérience acquise en matière de règlement des différends en ligne devient très pertinente.

Ces dernières années, les activités publiques de règlement des différends en ligne ont été concentrées dans deux domaines. Au début, les gouvernements voulaient surtout aider les consommateurs qui rencontraient des problèmes dans les transactions en ligne transfrontières. Ils ont organisé plusieurs conférences entre 1999 et 2003 pour examiner le rôle qu'ils devaient jouer dans ce domaine [17]. Plus récemment, divers gouvernements et organismes officiels ont examiné comment on pourrait intégrer le règlement des différends en ligne dans les activités gouvernementales en ligne et hors ligne.

La plupart des différends liés au commerce électronique sont assez simples dans la mesure où ils concernent seulement deux parties et un ensemble limité d'enjeux. Des problèmes similaires réapparaissent sans cesse, qu'il s'agisse des paiements, des conditions contractuelles ou de problèmes de livraison. Les différends traités par des organismes publics peuvent être très simples ou relativement complexes. De plus en plus, les outils de règlement en ligne peuvent être employés pour régler des différends complexes avec de nombreuses parties et de nombreux enjeux.

Le règlement des différends en ligne peut être très utile lorsqu'il y a plusieurs parties. La technologie aide à gérer les flux d'information et facilite la diffusion des annonces, la révision des propositions et le suivi des versions successives des documents. Des outils comme les applications de discussion structurées et les logiciels de présentation en ligne permettent de rationaliser de nombreuses activités.

Souvent, la complexité des processus de règlement des différends augmente de façon exponentielle avec le nombre de parties. Le règlement de différends faisant intervenir de nombreuses parties demande beaucoup de travail car il faut que toutes les parties aient l'impression d'être entendues. En conséquence, ces processus sont souvent beaucoup plus complexes que le règlement de différends où il n'y a que deux ou trois parties. Les systèmes de règlement neutres peuvent être plus utiles dans les grandes affaires publiques lorsqu'il faut gérer de nombreux circuits de communication.

Dans les différends où il y a de nombreuses parties, on a tout intérêt à employer un mécanisme extrajudiciaire. Les tribunaux peuvent être utiles lorsqu'il faut déterminer qui a raison et qui a tort, mais ils ne sont pas très efficaces pour régler des différends dans lesquels il peut y avoir des dizaines de parties. Le règlement en ligne est alors beaucoup plus efficace, car les médiateurs peuvent convoquer et animer des réunions et chercher à forger un consensus plutôt qu'à trouver des coupables.

Dans les processus où il y a de nombreuses parties, les médiateurs consacrent beaucoup de leur temps à réunir les parties, à rédiger et à réviser des documents pour obtenir leur appui et à assurer la communication. Les délibérations sont souvent très techniques, exigeant une analyse complexe et des recherches approfondies. De nombreuses organisations de règlement extrajudiciaire des différends ont obtenu des résultats remarquables au cours des trois dernières décennies et le règlement en ligne peut encore améliorer les processus. Les processus publics de règlement des différends peuvent être beaucoup améliorés avec le règlement en ligne. Les mécanismes en ligne peuvent faciliter de nombreuses tâches, notamment des tâches administratives telles que la distribution d'ordres du jour et de versions révisées des documents, l'organisation de réunions et le suivi des coordonnées de participants. La coordination du processus peut absorber énormément de temps, en plus du travail qu'il faut faire pour régler le différend lui-même. Les technologies en ligne peuvent aider à rationaliser ces tâches, ce qui permet aux médiateurs de se concentrer sur les questions de fond.

Dans de nombreux processus de règlement des différends faisant intervenir plusieurs parties, le but est de produire un document que toutes les parties seront disposées à appuyer. La rédaction et la révision de ces documents sont souvent des opérations très complexes, qui exigent une synthèse de milliers d'observations formulées par

de nombreux participants. Le simple suivi des modifications suggérées, sans parler de leur intégration dans un ensemble cohérent, peut être une tâche très complexe. La technologie en ligne peut faciliter l'organisation de ce processus, permettant aux parties de progresser sans devoir faire appel aux animateurs pour distribuer chaque changement de libellé à tous les intéressés. Comme le processus de délibération lui-même est fondé sur un texte, il est plus facile de le traduire en un document qui sera susceptible de donner satisfaction à tous les participants.

Le règlement des différends en ligne permet en outre aux parties de faire des progrès entre les réunions, ce qui réduit le nombre de réunions nécessaires. Au début des réunions face à face, on doit passer beaucoup de temps à rappeler aux participants la position de chacun lors de la précédente réunion et à informer ceux qui étaient absents. Comme le processus de règlement des différends en ligne est beaucoup plus continu, le flux de la discussion ne s'interrompt jamais long-temps. En outre, comme les débats sont automatiquement archivés, s'il faut rappeler à un participant ce qui a été déjà dit, il est facile de lui donner accès à l'information. Les participants qui doivent manquer une réunion peuvent consulter l'archive en ligne.

Le règlement des différends en ligne peut aussi faciliter l'évaluation du consensus. Un des problèmes que posent souvent les différends faisant intervenir de nombreuses parties est que la communication entre l'animateur et les participants est publique. Dans une grande réunion, il est très difficile au médiateur de s'entretenir en tête-à-tête avec un participant, car il faut que l'ensemble du groupe aille de l'avant. Si le médiateur veut déterminer où en est le groupe en ce qui concerne un point donné, les outils en ligne permettent de consulter beaucoup plus facilement les participants, d'échanger de grandes quantités d'information et de réviser les documents conjointement. La possibilité de créer des sous-sections dans une salle de réunion virtuelle permet de répartir le travail en groupes et en tables rondes. Ces tables rondes peuvent se dérouler parallèlement au débat collectif, si bien que les membres des groupes de travail peuvent participer à l'ensemble du débat tout en continuant de travailler en petits groupes. En outre, l'animateur a accès à toutes les conversations électroniques qui se déroulent simultanément.

La communication en ligne peut aussi permettre à des personnes normalement exclues des délibérations face à face d'y participer. Souvent, les discussions sont dominées par une poignée de participants tandis que les autres, parfois la majorité, restent silencieux. Certaines personnes n'ont aucune difficulté à s'exprimer en public alors que d'autres sont plus réticentes. La communication en ligne permet souvent à un large éventail de participants de s'exprimer et aide les participants qui ne s'exprimeraient pas beaucoup dans une réunion face à face. Cela peut enrichir le processus pour tous les intéressés et fournir à l'animateur des renseignements importants.

E. Les problèmes de la mise en œuvre du règlement des différends en ligne dans les pays en développement

Afin d'évaluer l'impact du règlement des différends en ligne dans les pays en développement, le Secrétariat de la CNUCED a distribué à 46 organisations un questionnaire (voir le graphique 7.1 pour la liste des fournisseurs de services de règlement de différends en ligne établie en mars 2003) proposant des services de règlement des différends en ligne dans le monde entier. Il a reçu 24 réponses, tous les principaux fournisseurs de services ayant répondu. Cette enquête a confirmé les points suivants :

- Dans les pays en développement, le marché des services de règlement des différends en ligne est embryonnaire ou inexistant. La grande majorité des fournisseurs sont situés aux États-Unis et en Europe.
- La sensibilisation, la formation informatique et l'éducation sont indispensables pour une diffusion généralisée et efficace de nouvelles technologies telles que le règlement des différends en ligne. Les principales sratégies de promotion du règlement des différends en ligne dans les pays en développement sont la mise en place d'un cadre juridique approprié facilitant le règlement extrajudiciaire et la promotion de marques de confiance, de codes de conduite et de directives par les entreprises de commerce électronique.
- La médiation, la conciliation et la négociation sont les mécanismes de règle-ment des différends en ligne les plus populaires. L'arbitrage est plus couramment employé dans le règlement extrajudiciaire hors ligne que dans le règlement en ligne.

- La majorité des fournisseurs de services de règlement des différends en ligne (56 pour cent de ceux qui ont répondu au questionnaire) offrent à la fois des services en ligne et des services hors ligne, ce qui montre que les fournisseurs traditionnels de services de règlement extrajudiciaire ont commencé à offrir des services en ligne pour compléter ces mécanismes traditionnels. Les autres ne fournissent que des services en ligne.
- Le règlement des différends en ligne n'est pas encore très employé, mais la plupart des fournisseurs offrent leurs services aux pays en développement.

Pour que le règlement des différends en ligne puisse être efficace dans les pays en développement, il faut surmonter des problèmes techniques et juridiques.

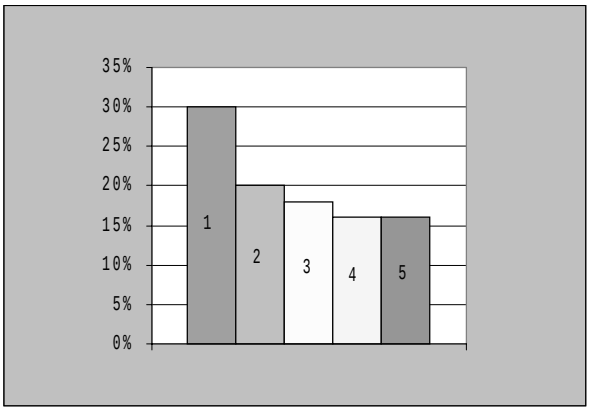
1. Infrastructure technologique

Par sa nature même, le règlement des différends en ligne dépend de l'infrastructure technologique. Sans accès à des ordinateurs et à l'Internet, il est impossible de l'employer.

Il est inévitable que le règlement des différends en ligne intéresse plus les utilisateurs ayant une expérience des TIC. Il n'est pas étonnant que les utilisateurs d'eBay y aient recours car ils ont tous accès à l'Internet et une certaine expérience de son utilisation. Une enquête récente sur les vendeurs employant eBay dans les pays en développement (voir tableau 7.3) a montré qu'il y a des utilisateurs dans presque tous les pays en développement. Ils ont déjà des possibilités de règlement des différends en ligne et, à mesure que le nombre de transactions augmentera, on peut s'attendre à ce que le recours au règlement des différends en ligne se développe.

GRAPHIQUE 7.5

Moyens de promouvoir le règlement des différends en ligne



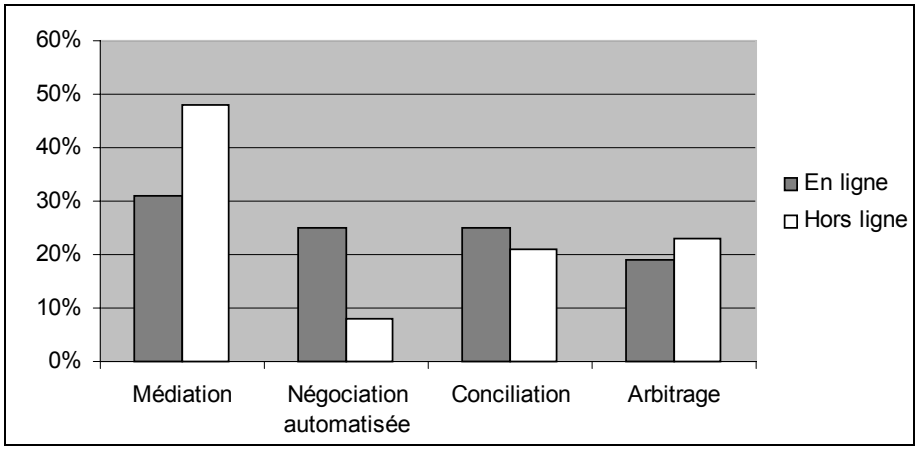
1. Sensibilisation Formation/éducation
2. Informatique Cadre juridique approprié
3. Marques de confiance
4. Codes de conduite
5. Directives normalisées

Source : Questionnaire de la CNUCED.

Les initiatives des pouvoirs publics qui accélèrent l'accès des citoyens à l'Internet, comme les projets de gouvernement électronique, facilitent aussi l'accès aux services de règlement des différends en ligne. Il se peut qu'il soit nécessaire de mettre au point des plates-formes et applications adaptées à la situation des pays en développement, mais le plus souvent ce qui a été mis au point et éprouvé ailleurs peut être importé et adapté.

GRAPHIQUE 7.6

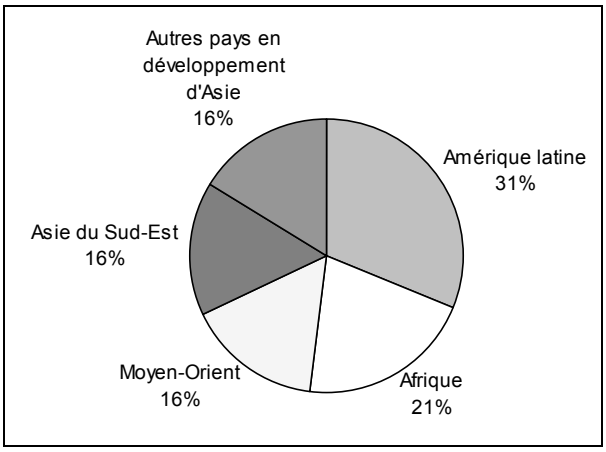
Services en ligne et hors ligne



Source : Questionnaire de la CNUCED.

GRAPHIQUE 7.7

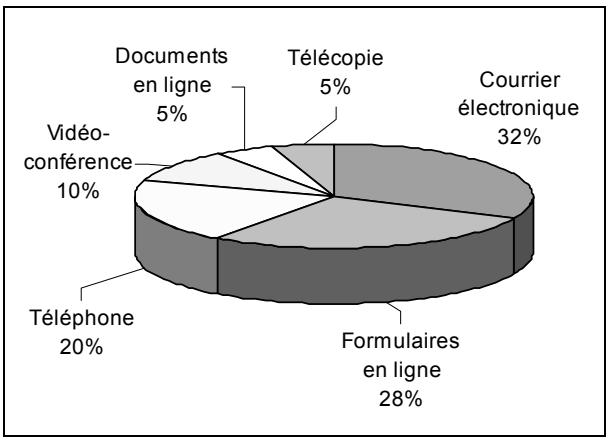
Régions en développement où des services de règlement des différends en ligne sont offerts



Source : Questionnaire de la CNUCED.

GRAPHIQUE 7.8

Outils de règlement des différends en ligne



Source : Questionnaire de la CNUCED

2. Les problèmes juridiques

L'incertitude concernant le cadre juridique qui régit le commerce électronique peut retenir les consommateurs d'acheter des produits ou des services sur l'Internet et les entreprises d'en offrir. Comme le règlement des différends en ligne se fait avant tout dans le cyberespace, la protection des données et la sécurité sont souvent les premières préoccupations des utilisateurs. Actuellement, de nombreux pays en développement n'ont pas les instruments juridiques (lois régissant le commerce électronique, la protection des données et les signatures électroniques) nécessaires pour offrir une sécurité suffisante. L'absence d'un cadre juridique approprié et le manque de confiance du public envers les transactions électroniques qui en résulte limitent l'emploi commercial de l'Internet dans les pays en développement.

De nombreux pays en développement ont compris que sans une législation appropriée ils risquent d'être exclus de l'économie en ligne. Ils ont constaté que les lacunes de la réglementation liée à la mise en œuvre des nouvelles technologies qui permettent de conclure des contrats électroniques, de stocker des données et des documents sous forme électronique, de traiter rapidement l'information, etc. peuvent avoir des répercussions hors ligne. La mise ne place d'un cadre juridique propice au commerce électronique est donc une des conditions préalables du développement du commerce électronique en général et du règlement des différends en ligne en particulier. Outre les instruments juridiques de base reconnaissant la validité des messages électroniques et garantissant

ENCADRÉ 7.1

Principales difficultés rencontrées par les pays en développement pour la mise en œuvre du règlement des différends en ligne

Il est souvent trop tôt pour offrir des services de règlement des différends en ligne dans les pays en développement.

Il est peu probable que la population des pays en développement emploiera le règlement des différends en ligne sauf si elle y est clairement incitée par la nature du différend. Pour cela, il faudra que soient réunies les conditions suivantes :

Le fournisseur doit offrir un lien et accepter de participer au processus en cas de problème; ou

Le gouvernement doit imposer l'emploi de ces processus.

L'appui des pouvoirs publics et l'utilisation par les pouvoirs publics sont indispensables pour susciter la confiance envers le règlement des différends en ligne.

Le coût du de règlement des différends en ligne est un facteur très important.

Pour promouvoir le règlement des différends en ligne dans les pays en développement, il faut collaborer avec des fournisseurs expérimentés.

Le principal problème est d'élaborer un plan d'entreprise viable à long terme.

Les gens n'emploient pas en ligne ce qu'ils n'emploient pas hors ligne; les services de règlement des différends en ligne ne peuvent pas intéresser ceux qui ne s'intéressent pas aux mécanismes traditionnels de règlement extrajudiciaire.

La promotion du règlement des différends en ligne sera plus coûteuse que la technologie elle-même.

Dans de nombreux pays en développement, les hommes d'affaires et les avocats de plus de 50 ans n'emploient pas d'ordinateurs et ne parlent pas l'anglais, si bien qu'il leur est très difficile de recourir au règlement des différends en ligne. Il faut assurer une formation permanente des cadres de plus de 50 ans.

Source : Questionnaire de la CNUCED.

l'égalité de traitement des utilisateurs de documents informatiques, il importe que les gouvernements des pays en développement adoptent des lois pour créer la confiance, par exemple pour régir les signatures électroniques.

L'encadré 7.2 décrit la façon dont Singapour s'y est prise pour créer des programmes de règlement des différends en ligne.

F. Conclusions

Le développement du commerce électronique et de l'entreprise électronique est un objectif de presque tous les gouvernements. Comme le règlement des différends en ligne peut contribuer à créer la confiance, il est particulièrement nécessaire lorsque de nouvelles relations sont formées et que les institutions de règlement judiciaire sont lacunaires ou inefficaces. Les transactions internationales portant sur des grands montants prévoient toujours des mécanismes d'arbitrage. Le règlement des différends en ligne offre de nouvelles possibilités pour les transactions de moindre valeur.

Le développement du règlement des différends en ligne est étroitement lié à deux évolutions : la mise en place de réseaux électro-niques puissants et l'acceptation générale de mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends. Le cyberespace est un espace à la fois d'expérimentation et de concurrence. Il n'est pas et ne sera probablement jamais un espace harmo-nieux, mais il se caractérise par une évolution rapide et, déjà aujourd'hui, par des accomplisse-ments remarquables. Pour créer des systèmes de règlement des différends en ligne efficaces, il faudra faire preuve d'une grande créativité, et plus le cyberespace devient grand et actif, plus il est probable que la demande de tels services augmentera. Même si les entrepreneurs veulent faire des affaires plutôt qu'en discuter, dans le monde des affaires on ne peut pas éviter les différends. Dans

ENCADRÉ 7.2

Étude de cas : Singapour

Singapour offre aux intéressés un système appelé E@dr. C'est un processus de règlement des différends électronique offert par les tribunaux subalternes en partenariat avec le Ministère de la justice, le Centre de médiation, le Centre d'arbitrage international, l'Office de promotion du commerce extérieur et l'Office du développement économique. Il est conçu pour les différends résultant directement ou indirectement de transactions de commerce électronique (vente de biens et de services, droits de propriété intellectuelle et noms de domaines). Il est accessible à toute personne ayant une adresse électronique et n'exige pas le recours à un avocat.

Singapour a aussi lancé un programme appelé Electronic Court Dispute Resolution International (ECDRI) pour aider les parties à régler des différends transfrontières. Il s'agit d'une conférence volontaire de règlement électronique des différends gérée par un magistrat de tribunal subalterne à la demande des parties. Il est employé pour des différends complexes concernant le commerce électronique, la propriété intellectuelle, la banque et l'assurance. Les tribunaux ne demandent pas aux parties de redevance additionnelle pour y participer. Après avoir demandé à employer le système, les parties communiquent les documents pertinents au magistrat. Celui-ci peut demander l'aide d'un magistrat étranger à la demande des parties ou s'il le juge opportun. Le magistrat étranger est choisi sur une liste de magistrats d'Australie, d'Europe et des États-Unis. S'il y a lieu, le magistrat singapourien demande des renseignements additionnels aux parties. Ensuite, les deux magistrats communiquent par courrier électronique ou par vidéo-conférence et font connaître leur avis aux parties. Ce système de co-médiation permet d'obtenir un point de vue étranger sur les différends transfrontières.

l'environnement en ligne, perdre du temps c'est souvent perdre des occasions, et les personnes qui font du commerce électronique veulent régler les problèmes le plus vite possible.

Le cyberespace est de plus en plus un espace qui offre aux utilisateurs non seulement de l'information mais aussi des processus. Cela n'est pas étonnant, car les processus sont des ensembles d'échanges d'information, ce qui saute aux yeux lorsqu'on regarde un site d'enchères, un magasin ou un casino en ligne. Le développement du règlement des différends en ligne montre que le cyberespace arrive à maturation et que l'être humain est capable de créer un ensemble d'institutions civiques qui complètent les sites commerciaux. C'est par l'interaction des institutions civiques et commerciales, qui est une des manifestations du règlement des différends en ligne, qu'on trouvera les possibilités de créer et de renforcer la confiance envers l'environnement en ligne.

L'utilité du règlement des différends en ligne ne se mesure pas seulement par le nombre de différends effectivement réglés. Le fait qu'une plate-forme de commerce électronique admette qu'il peut y avoir des différends et la création de processus aisément accessibles pour les régler font partie des facteurs de confiance que les utilisateurs prennent en considération avant de décider d'employer un site. La commodité et le coût peuvent attirer des utilisateurs sur un site, mais leur évaluation du degré de confiance et de risque déterminera s'ils sont disposés à conclure une transaction.

Les premières plates-formes de commerce en ligne partaient du principe que les utilisateurs n'exigeraient pas grand-chose d'autre que plus de commodité et des coûts moins élevés. Aujourd'hui, il est évident que la disponibilité d'un mécanisme de règlement des différends en ligne est un des facteurs pris en considération pour déterminer les risques liés à l'emploi d'une nouvelle plate-forme électronique. Cela est particulièrement important lorsque l'identité ou le domicile du vendeur sont mal connus ou lorsque les articles vendus ne portent pas une marque réputée. Les pays qui souhaitent promouvoir le commerce électronique doivent prêter une attention particulière au règlement des différends.

Le règlement en ligne est encore embryonnaire ou inexistant dans la majorité des pays en développement, mais il peut offrir des mécanismes équitables et peu coûteux pour les différends liés à des transactions en ligne. Les pays en développement qui souhaitent promouvoir et faciliter le règlement des différends en ligne en tant que solution extrajudiciaires devraient examiner les recommandations suivantes :

TABLEAU 7.3

Nombre d'articles offerts à la vente sur l'eBay (par pays)

Afrique		*Asie*		*Amérique du Nord, Amérique centrale et Caraïbes*	
Algérie	17	Afghanistan	70	Antigua et Barbuda	3
Angola	3	Bahrain	3	Bahamas	163
Bénin	3	Bangladesh	74	Barbade	41
Botswana	23	Bhutan	27	Belize	11
Burundi	4	Brunei Darussalam	4	Costa Rica	98
Cameroun	2	Cambodge	4	Dominique	3
Cap Vert	7	Chine	15 417	République dominicaine	33
Rép. Centre Africaine	78	Inde	2 667	El Salvador	28
Djibouti	43	Indonésie	508	Grenade	29
Égypte	1 226	Jordanie	240	Guatemala	11
Gambie	23	Koweït	1 019	Haïti	17
Ghana	69	Rép. Démocratique populaire de Lao	61	Honduras	37
Kenya	57	Liban	3	Jamaïque	86
Madagascar	19	Malaisie	427	Mexico	2 696
Malawi	42	Maldives	5 034	Panama	54
Maurice	13	Mongolie	59	Saint Kitts et Nevis	1
Maroc	15	Myanmar	23	Saint Vincent et Grenadines	11
Namibie	8	Népal	7	Trinidad et Tobago	13
Nigeria	4	Oman	92		
Sénégal	4	Pakistan	15	Amérique du Sud	
Seychelles	4	Philippines	49	Argentina	9 114
Swaziland	20	Qatar	2 016	Bolivia	72
Ouganda	6	République de Corée	23	Brésil	6 154
République Unie de Tanzanie	1	Arabie saoudite	47	Chili	639
Zimbabwe	23	Singapour	12 809	Colombie	59
		Sri Lanka	61	Équateur	188
		Rép. arabe de Syrie	304	Guyana	3
		Province chinoise de Taiwan	101 686	Paraguay	26
		Thaïlande	15 329	Pérou	419
		Émirats arabes unis	110	Uruguay	917
		Vietnam	132	Venezuela	179

Note : Les données figurant dans ce tableau ont été obtenues au moyen de l'outil de recherche d'eBay. Comme certains vendeurs saisissent un nom de pays incorrect, les chiffres correspondant à certains pays sont plus élevés que la réalité. Ce tableau doit donc être considéré plus comme une indication du niveau d'activité dans chaque pays que comme un ensemble de statistiques exactes.

- Sensibiliser et éduquer les vendeurs et les consommateurs au sujet de l'impact et de l'importance du règlement extrajudiciaire et du règlement en ligne des différends commerciaux. Des programmes d'éducation visant à faire connaître les mécanismes de règlement extrajudiciaire dans les pays en développement pourraient apporter une contribution essentielle à l'essor du règlement des différends en ligne.

- Faire en sorte que la législation reconnaisse la validité des transactions électroniques.

- Faire en sorte que la législation facilite le recours à des mécanismes de règlement des différends extrajudiciaire.

- Adhérer à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères [18], qui permet de faire exécuter les sentences arbitrales étrangères.

- Promouvoir l'adhésion volontaire des entreprises électroniques à des programmes de marques de confiance. (Il est généralement admis que les services de règlement extrajudiciaire et de règlement en ligne offerts en association avec un programme de marque de confiance sont plus efficaces, car la menace d'expulsion du programme et de publicité négative pour le site incite le fournisseur à respecter les normes.)

- Prêter suffisamment d'attention aux différences culturelles et linguistiques dans l'offre de services de règlement des différends en ligne.

NOTES

1. Cette Convention a été signée par plus de 130 pays. Pour le texte intégral et l'état des signatures, voir www.uncitral.org/en-index.htm.
2. On trouvera une analyse de ces questions dans Hill (1998).
3. Dans une affaire concernant l'achat d'un ordinateur et de logiciels, le contrat stipulait un arbitrage devant le tribunal arbitral de la Chambre de commerce internationale (CCI). Pour traiter la question, la CCI exigeait une avance de 4 000 dollars, dont 2 000 non remboursables. La Cour d'appel de New York a considéré que cette clause d'arbitrage n'était pas valable et a renvoyé l'affaire à un tribunal inférieur pour inciter les parties à trouver une procédure d'arbitrage appropriée pour les différends portant sur de petits montants. Voir Brower v. Gateway Inc.
4. Pour plus de précisions sur la netiquette, voir Shea (1997).
5. Voir par exemple Dibble (1993).
6. Voir Everett-Church (1999).
7. Voir http://www.vmag.org/.
8. Voir mantle.sbs.umass.edu/vmag/disres.htm.
9. Voir Center for Information Technology and Dispute Resolution, Online Ombuds Narrative I: The Web Site Developer and the Newspaper (www.ombuds.org/narrative1.html).
10. Voir www.umass.edu/dispute.
11. Voir Katsh, Rifkin and Gaitenby (2000).
12. Voir www.uspto.gov.
13. Pour une analyse critique de l'UDRP, voir CNUCED (2002).
14. Voir www.smartsettle.com.
15. Voir www.butlermediation.com.
16. Voir www.ftc.gov/bcp/altdisresolution.
17 Voir www.ftc.gov/bcp/icpw/index.htm; www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/index.htm; www.oecd.org/dsti/sti/it/secur/act/online_trust/hague-adr-report.pdf, www.gbde.org; www.law.washington.edu/aba-eadr/documentation/docs/FinalReport102802.doc; et www.unece.org.
18. Pour le texte intégral et l'état des ratifications, voir www.uncitral.org/en-index.htm.

BIBLIOGRAPHIE

ADRonline Monthly
www.ombuds.org/center/index.html

American Bar Association Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution (2002). Addressing Disputes in Electronic Commerce.
www.law.washington.edu/ABA-eADR/home.html

Barker T (2003). Information technology and the evolution of multi-party dispute resolution processes. www.ombuds.org/cyberweek2003/library/Todd_Barker_Evolution.htm

Birke R and Teitz LE (2002). Mediation in 2001: The path that brought America to uniform laws and mediation in cyberspace. American Journal of Comparative Law 50: 181.

Bordone RC (1998). Electronic online dispute resolution: A systems approach – potential, problems and a proposal. Harvard Negotiation Law Review 3: 175–211.
cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/bordoneedit.html

Center for Information Technology and Dispute Resolution, University of Massachusetts (1999). Five eBay mediation transcripts. April.
www.disputes.Internet/cyberweek2000/ebay/ebayintro.htm

Consumers International (2000). Disputes in Cyberspace Report (Executive Summary). December. www.consumersinternational.org/campaigns/electronic/sumadr-final.html

CPR Business-to-Business E-Commerce Initiative
www.cpradr.org/ecommerce.htm

Davis BG (2002). Building the seamless dispute resolution web: A status report on the American Bar Association Task Force on E-Commerce and Alternative Dispute Resolution. Texas Wesleyan Law Review 8: 529.

DeStephen D and Helie J. Online dispute resolution: Implications for the ADR profession.

mediate.com/articles/helie1.cfm

Devack M (2002). Intellectual property as an investment: A look at how ADR relates to the European Union's proposal for electronic commerce in the single market. Cardozo Online Journal of Conflict Resolution 2: 57. www.cardozo.yu.edu

Dibble J (1993). A rape in cyberspace.
www.juliandibbell.com/texts/bungle.html

European Commission (1998). Recommendation 98/257/EC. Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes.
http://europa.eu.int/comm/consumers/index_en.htm

European Commission (2000). Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce. A report on a workshop held in Brussels on 21 March.
www.odrnews.com/links.htm

Everett-Church R (1999). The spam that started it all. Wired News, April 13.
www.wired.com/news/politics/0,1283,19098,00.html

Ewing GP (2002). Technology and Legal Practice Symposium issue: Using the Internet as a resource for alternative dispute resolution and online dispute resolution. Syracuse Law Review 52: 1217.

Exon SN (2002). The Internet meets Obi-Wan Kenobi in the court of next resort. Boston University Journal of Science and Technology Law 8: 1.

Federal Trade Commission (2000). Summary of June 2000 public workshop hosted by the US Department of Commerce and the US Federal Trade Commission, "Alternative Dispute Resolution for Consumer Transactions in a Borderless Online Marketplace." November.
www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm

Femenia N (2000). ODR and the Global Management of Customers' Complaints: How Could ODR Techniques Be Responsive to Different Social and Cultural Environments?
www.oecd.org

Ganeles CM (2002). Cybermediation: A new twist on an old concept. Albany Law Journal of Science and Technology 12: 715.

Gibbons LJ, Kennedy RM and Gibbs JM (2002). Cyber-mediation: Computer-mediated communications medium massaging the message. New Mexico Law Review 32: 27.

Goldsmith J and Lessig L (1996). Grounding the virtual magistrate. Paper presented at the NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington, DC, May.
http://mantle.sbs.umass.edu/vmag/groundvm.htm

Granat RS (1996). Creating an environment for mediating disputes on the Internet.
http://mantle.sbs.umass.edu/vmag/granat.htm

Hague Conference on Private International Law (2000). Report of the Geneva Roundtable on Electronic Commerce and Private International Law, September 1999.
www.hcch.net

Hang LQ (2001). Online dispute resolution systems: The future of cyberspace law. Santa Clara Law Review 41: 837.

Hill R (1998). On-line arbitration: Issues and solutions. Arbitration International December.
www.umass.edu/dispute/hill.htm

Hornle J (2002). Online dispute resolution in business to consumer e-commerce transactions. The Journal of Information, Law and Technology 2.
elj.warwick.ac.uk

International Chamber of Commerce (2000). Out-of-Court Settlement of Disputes Concerning E-Commerce Consumer Transactions: An Inventory of Current Approaches. September.
www.iccwbo.org

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) (2002). Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy.
www.icann.org/udrp

Johnson DR (1994). Dispute resolution in cyberspace.
www.eff.org/pub/Legal/Arbitration/online_dispute_resolution_johnson.article

Katsh E (1989). Introduction to The Electronic Media and the Transformation of Law. New York, Oxford University Press.
www.umass.edu/legal/katsh/em_intr1.html

Katsh E (1989). Introduction to Law in a Digital World. New York, Oxford University Press.
www.ombuds.org/dwintro.html

Katsh E (1996). Dispute resolution in cyberspace. Connecticut Law Review 28: 953–80. www.umass.edu/legal/articles/uconn.html

Katsh E (1996). The online ombuds office: Adapting dispute resolution to cyberspace. Paper presented at the NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington, DC, May.
mantle.sbs.umass.edu/vmag/katsh.htm

Katsh E (2000). Online dispute resolution. In: Aresty J and Silkenat J, eds. Guide to International Business Negotiations. Chicago, American Bar Association.

Katsh E (2001). Online dispute resolution: Some lessons from the e-commerce revolution. Northern Kentucky Law Review 28: 810.

Katsh E and Rifkin J (2001). Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace. San Francisco, Jossey-Bass.

Katsh E, Rifkin J and Gaitenby A (2000). Ecommerce, e-disputes, and e-dispute resolution: In the shadow of "eBay law". Ohio State Journal of Dispute Resolution 15: 705–34.
www.umass.edu/cyber/katsh.pdf

Kesan JP and Shah RC (2001). Fool us once shame on you – fool us twice shame on us: What we can learn from the privatizations of the Internet backbone network and the domain name system. Washington University Law Quarterly 79: 89. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=260834

Kessedjian C and Cahn S (1998). Dispute resolution on-line. The International Lawyer 32: 977.

Krause W (2001). Do you want to step outside? An overview of online alternative dispute resolution. John Marshall Journal of Computer and Information Law 19: 457.

Lisco CC (2003). Case study in online mediation: Resolution across borders. www.ombuds.org/cyberweek2003/library/lisco_ecommerce_article.doc

Manevy I (2002). Online dispute resolution: What future? www.ombuds.org/cyberweek2002/manevy_odr01.pdf

Martin MS (2002). Keep it online: The Hague Convention and the need for online alternative dispute resolution in international business-to-consumer e-commerce. Boston University International Law Journal 20 : 125.

Melamed JC (2000). Mediating on the Internet today and tomorrow. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1: 11.

Mnookin JL (1996). Virtual(ly) law: The emergence of law in LambdaMOO. Journal of Computer-Mediated Communication 2. www.ascusc.org/jcmc/vol2/issue1/lambda.html

Morris M, Nadler J, Kurtzberg T and Thompson L (2002). Schmooze or lose: Social friction and lubrication in e-mail negotiation. Group Dynamics 6: 89. http://basic.fluid.cs.cmu.edu/articles/morris02-SchmoozeLose-EmailAndNegotiation.pdf

Mudd C (1995). Cybercourt: A virtual resolution of differences or an alternative proposal for law and order in cyberspace. www.mudd.org/professional/articlesclm/cybercourt.htm

Mueller M (2000). Rough justice: An analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution policy. dcc.syr.edu/roughjustice.htm

Nadler J (2001). Electronically mediated dispute resolution and e-commerce. Negotiation Journal 17: 333–47.

Obuljen S (2001). Arbitration and new technologies: Arbitration and the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. Croatian Arbitration Yearbook 8: 45.

Olmstead W (1996). Electronic dispute resolution at the NRC. Paper presented at the NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington, DC, May. http://mantle.sbs.umass.edu/vmag/olmst.htm

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (2001). Building Trust in the Online Environment: Business-to-Consumer Dispute Resolution. Paris, OECD. www.oecd.org

Perritt H (1996). Electronic dispute resolution: An NCAIR conference. Paper presented at the NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington, DC, May. http://mantle.sbs.umass.edu/vmag/perritt.htm

Philippe M (2002). Where is everyone going with online dispute resolution (ODR)? www.ombuds.org/cyberweek2002/library.html

Ponte LM (2001). Throwing bad money after bad: Can online dispute resolution (ODR) really deliver the goods for the unhappy Internet shopper? Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 3: 55.

Ponte LM (2002). Boosting consumer confidence in e-business: Recommendations for establishing fair and effective dispute resolution programs for B2C online transactions. Albany Law Journal of Science and Technology 12: 441.

Ponte LM (2002). Broadening traditional ADR notions of disclosure: Special considerations for posting conflict resolution policies and programs on e-business Web sites. Ohio State Journal on Dispute Resolution 17: 321.

Ponte LM (2002). The Michigan Cyber Court: A bold experiment in the development of the first public virtual courthouse. North Carolina Journal of Law and Technology 4: 51.

Post D (1996). Engineering a virtual magistrate system. Paper presented at the NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington, DC, May. mantle.sbs.umass.edu/vmag/dgp2.htm

Rabinovich-Einy O (2002). Going public: Diminishing privacy in dispute resolution in the Internet age. Virginia Journal of Law and Technology 7: 4. www.vjolt.Internet/vol7/issue2/v7i2_a04-Rabinovitch-Einy.pdf

Rule C (2000). New mediator capabilities in online dispute resolution. www.mediate.com/articles/rule.cfm

Rule C (2002). Online Dispute Resolution for Business: B2B, Ecommerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. San Francisco, Jossey-Bass.

Sander F and Goldberg S (1994). Fitting the forum to the fuss: A user-friendly guide to selecting an ADR procedure. Negotiation Journal 10: 49.

Schneider ME and Kuner C (2001). Dispute resolution in international electronic commerce. www.disputes.Internet/cyberweek2001/interElecCommerce.htm

Schultz T, Kaufmann-Kohler G, Langer D, Bon V, Boudaoud K and Harms J (2002). Electronic communication issues related to online dispute resolution systems. www2002.org/CDROM/alternate/676/

SchWeber C (1994). The use of technology in conflict resolution. October. www.batnet.com/oikoumene/arbtadr.html

Solovay N and Reed CK (2003). The Internet and Dispute Resolution: Untangling the Web. New York, Law Journal Press.

Sorkin DE (2001). Payment methods for consumer-to-consumer online transactions. Akron Law Review 35: 1.

Stewart K and Matthews J (2002). Online arbitration of cross-border, business to consumer disputes. University of Miami Law Review 56: 1111.

Teitz LE (2001). Providing legal services for the middle class in cyberspace: The promise and challenge of on-line dispute resolution. Fordham Law Review 70: 985.

Thiessen E (2000). Beyond win-win in cyberspace. Ohio State Journal of Dispute Resolution 15 (3): 643. www.smartsettle.com/more/beyond/BeyondWinWin.html

Thornburg EG (2002). Fast, cheap, and out of control: Lessons from the ICANN dispute resolution process. Computer Law Review and Technology Journal 6: 89.

Thornburg EG (2000). Going private: Technology, due process, and Internet dispute resolution. UC Davis Law Review 34: 151.

Turner RI (2000). Alternative dispute resolution in cyberspace: There is more on the line than just getting ‘online’. ILSA Journal of International and Comparative Law 7: 133.

UNCTAD (2002). Electronic Commerce and Development Report 2002. United Nations publication, New York and Geneva.
www.unctad.org/ecommerce/

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (“New York Convention”)
www.uncitral.org/english/texts/arbitration/NY-conv.htm

Victorio RM (2001). Internet dispute resolution (IDR): Bringing ADR into the twenty-first century. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1: 279.