La résolution des différends

Alexia ROUSSOS(*)

Lex Electronica, vol. 6, n°1, printemps 2000

Introduction
I. Résolution traditionnelle des différends
A. Les différents types de résolution de conflits
1. Négociation
2. Conciliation
3. Médiation
4. Arbitrage
B. Les instances internationales
1. Chambre de Commerce International
2. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
3. American Arbitration Association
II. Internet et résolution des différends
A. Avantages de la résolution des différends dans le cyberespace
1. Flexibilité
2. Rapidité
3. Spécificité
4. Coût
5. Confidentialité
6. Sauvegarde de la relation
B. Les différents projets
1. Feu Virtual Magistrate
2. Online Ombuds Office
3. CyberTribunal
4. Une alternative aux MARC ?
C. Applicabilité au Québec
1. La situation des MARC au Québec
2. Législation applicable
3. La protection du consommateur
Conclusion
Bibliographie

La version préliminaire de cet article a été présentée à Maître Serge Parisien dans le cadre de la Maîtrise "Droit des technologies de l'information" (Université de Montréal) en décembre 1999.

Introduction

1. Dans un contexte de globalisation, d'augmentation du nombre de litiges et des frais judiciaires ainsi qu'une certaine perte de confiance des justiciables dans le système judiciaire, la résolution de différends offre une alternative aux tribunaux qui a pris de plus en plus d'ampleur ces dernières années. En effet, presque la moitié des dossiers soumis en arbitrage à la *Chambre de Commerce Internationale* depuis son établissement en 1923 l'ont été dans la dernière décennie[1].

2. Il ne s'agit toutefois pas d'un phénomène nouveau. Autrefois, dans les foires marchandes européennes où des commerçants venaient de tous les coins du monde pour se retrouver, il y avait toujours sur place un comité ayant pour but de les aider à résoudre leurs différends. Cette tradition fut amenée en Amérique du Nord où l'on retrouve des références à l'arbitrage dans des lois datant d'aussi loin que 1705[2] et où l'*Association d'Arbitrage Américaine* (AAA) a vu le jour en 1926.

3. Les acteurs du commerce international ont toujours privilégié les modes alternatifs de résolution de conflits. Ils ont vite constaté que les lois nationales et les systèmes judiciaires étatiques ne convenaient pas au règlement rapide et discret de leurs différends. Si initialement le recours aux modes alternatifs de résolution de conflits était réservé aux litiges simples de peu de valeur, on y fait de plus en plus appel pour des dossiers hautement techniques et complexes, leur utilisation permettant une solution plus rapide et moins coûteuse à ce type de différends[3].

4. L'avènement d'Internet comme nouvel environnement de communication et de transactions amena certes avec lui de nouveaux types de conflits mais surtout de nouvelles caractéristiques propres aux différends qui en découlent. Qualifier le commerce électronique de commerce international ne rend pas pleinement justice à son caractère réellement transnational. Lorsqu'on se situe sur l'autoroute de l'information les frontières étatiques traditionnelles n'ont plus leur place. En effet, dans un environnement dématérialisé, il n'y a plus de point de repère et le système judiciaire traditionnel ainsi que les lois nationales s'avèrent parfois inadéquats. Dans un tel contexte, les modes alternatifs de résolution de conflits peuvent jouer un rôle significatif et constituent une approche qui présente plusieurs avantages.

5. Afin de bien comprendre l'importance du rôle que seront portés à jouer les modes alternatifs de résolution de conflit dans le cyberespace, il est d'abord nécessaire d'exposer en quoi ils consistent et comment ils ont traditionnellement été utilisés (I) pour examiner comment ils ont été adaptés à Internet (II).

I. Résolution traditionnelle des différends

A. Les différents types de résolution des conflits

6. Il existe différents modes alternatifs de résolution de conflits (ci-après "MARC") où la tierce partie, négociateur, conciliateur, médiateur ou arbitre dispose d'un degré décisionnel différent. Leurs caractéristiques communes résident en leur vocation de règlement de différends par voie extrajudiciaire, c'est-à-dire sans le recours aux tribunaux étatiques, et leur nature volontaire, les parties ne pouvant s'en prévaloir que si toutes y consentent. C'est ainsi que parmi les MARC possibles, les parties choisiront celui

qui leur convient le mieux en tenant compte du pouvoir d'intervention et décisionnel qui est accordé au tiers et des conséquences qui en découlent.

1. Négociation

7. La négociation est le MARC le moins formaliste et le plus répandu. Les parties peuvent y procéder elles-mêmes ou par l'entremise d'un représentant, tel un avocat. L'intervention d'un tiers n'est ainsi pas requise. En effet, l'avocat d'une partie va souvent tenter de négocier avec celui de la partie adverse une fois des procédures judiciaires engagées ou même avant le dépôt d'une action afin d'en arriver à une entente ou à un règlement hors cours. La négociation consiste en un processus de communication durant lequel les parties vont tenter de faire des concessions afin de trouver une solution mutuellement satisfaisante. Elle est couramment incluse dans l'énumération des MARC.

8. Toutefois, selon le professeur Nabil Antaki : "*Il est (...) surprenant d'inclure la négociation dans les modes de règlement des différends. Les MARC doivent être réservés aux cas où un tiers indépendant est appelé à intervenir et ne peuvent comprendre la négociation, qu'elle soit directe ou raisonnée, en l'absence d'une telle intervention. Il est bien entendu que la fonction du tiers dans un mode de règlement amiable consiste à amener les parties à négocier. Il s'agira alors d'une technique ou d'un moyen, mais certainement pas d'un mode indépendant de règlement.*"[4]

9. Nous avons néanmoins choisi d'inclure la négociation dans les MARC dès lors que la majorité des auteurs sont d'avis qu'elle en fait partie.

2. Conciliation

10. La conciliation implique la participation d'un tiers neutre, le conciliateur. Les termes "conciliation" et "médiation" sont souvent utilisés de façon interchangeable. En fait, il ne semble pas y avoir consensus sur leurs définitions respectives. Alors que certains prétendent que le conciliateur détient le pouvoir d'intervenir et de suggérer une solution aux parties contrairement au médiateur, d'autres sont d'avis que c'est plutôt ce dernier qui possède cette faculté, contrairement au conciliateur. En effet, selon le professeur Pierre Trudel : "*(…) contrairement au médiateur qui ne donnera pas son opinion, le conciliateur pourra dire aux parties que s'il avait à décider sur la base des faits de leur litige, il le ferait de telle façon.*"[5]

11. Selon Nabil Antaki, toutefois : "*[l]e médiateur est un conciliateur du type interventionniste qui se permet de poser des questions directives, de critiquer les positions, d'émettre des opinions, de faire des suggestions et d'utiliser sa capacité de persuasion pour pousser, sinon forcer les parties à réduire l'écart qui les sépare jusqu'à aboutir à un accord. Il prend plus d'initiatives que le conciliateur type.*"[6]

12. L'*Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, dans sa définition de la médiation, indique qu'elle est également connue sous le nom de conciliation[7]. Nous nous rallions à l'opinion de Nabil Antaki selon lequel "*[i]l est inutile de distinguer les rôles de conciliateur et de médiateur*"[8] et qui indique que : "*[l]a différence entre la conciliation et la médiation, si elle existe, est sans conséquence juridique puisque la négociation débouche sur un contrat librement consenti. La distinction des deux modes relevant plus des attitudes que du droit, il est superflu d'utiliser deux vocables pour décrire la même réalité.*"[9]

3. Médiation

13. La médiation implique l'intervention d'un tiers neutre qui aide les parties à communiquer et négocier de façon plus efficace afin de trouver une solution mutuellement satisfaisante. Le médiateur n'a pas de pouvoir décisionnel. Il peut toutefois proposer une solution aux parties qui ne sont pas tenues de l'accepter ni de la respecter. Il s'agit d'un processus flexible, les parties pouvant à tout moment décider de se retirer.

14. Dans un premier temps, les parties se rencontrent en présence du médiateur et énoncent leurs positions. Ensuite, le médiateur rencontre chaque partie séparément et tente de mieux cerner sa position. Il déterminera les informations qu'elle veut confidentielles et celles qu'il peut rapporter à l'autre partie.

15. En tant que tiers impartial, le médiateur a pour rôle d'assurer la compréhension claire des points de vue, en faisant abstraction de tout élément affectif qui pourrait colorer l'interprétation. Le médiateur identifie les points communs des positions des parties, ce sur quoi elles s'entendent ou non, afin de pouvoir travailler avec elles vers une solution acceptable pour les deux. L'entente, si elle intervient, découle des parties. Le médiateur peut suggérer diverses solutions mais, au bout du compte, si les parties ne peuvent s'entendre, la médiation aura échoué. L'entente qui intervient étant consensuelle, la médiation n'est généralement pas réglementée[10].

16. L'accord final est un contrat liant les parties et il est soumis à des exigences de forme et de fond, surtout lorsqu'il constitue transaction. En effet, la transaction est un contrat en vertu duquel "*les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques*"[11]. Elle a l'autorité de la chose jugée[12] et interdit aux parties d'intenter ou de continuer toute procédure ayant trait au même sujet. Si les exigences relatives à la transaction ne sont pas respectées, alors l'entente sera un contrat ordinaire liant les parties.

17. Quant à l'exécution de l'accord, lorsqu'il constitue transaction, si l'une des parties ne s'y conforme pas, l'autre peut le faire homologuer par le tribunal[13] qui ne peut ni se pencher sur le fond du litige ni refuser d'office l'homologation à moins de constater que la transaction est nulle.

18. L'erreur de droit ne peut être invoquée à l'encontre de la transaction[14]. Une fois la transaction homologuée, les parties peuvent recourir aux moyens d'exécution prévus au Code de procédure civile.

19. Concernant les ententes qui ne sont pas des transactions, vu qu'elles sont des contrats ordinaires, le seul recours possible contre la partie qui refuse de s'y soumettre est l'action ordinaire pour inexécution d'un contrat prévu par les dispositions du droit des obligations.

20. Toutefois, l'entente qui intervient étant consensuelle, on constate que les parties sont plus enclines à la respecter que lorsqu'un jugement leur est imposé[15].

4. Arbitrage

21. L'arbitrage est la forme la plus contraignante de MARC. En effet, c'est la seule où le tiers (l'arbitre) a le pouvoir et le devoir de rendre une décision qui sera juridiquement contraignante. Les parties exposent leur problème à l'arbitre et celui-ci rend une décision. C'est ainsi le MARC qui ressemble le plus au procès judiciaire traditionnel. Toutefois, l'arbitre n'est pas juge. Il est une personne privée qui ne fait pas partie du système étatique, qui n'est pas tenue de respecter les règles de preuve et procédure telles qu'énoncées

dans la Loi et qui peut rendre une sentence en vertu de l'équité plutôt que du droit lorsqu'il agit à titre d'amiable compositeur. De plus, l'arbitre ne doit pas obligatoirement être ni juge ni avocat. L'arbitrage est aussi le MARC le plus encadré par la réglementation. En effet, il est le seul où les parties se voient imposer une décision qu'elles sont contraintes de respecter. Dans les autres MARC, l'entente, si elle intervient, est le fruit d'un consentement entre les parties au même titre qu'un contrat. La sentence de l'arbitre est finale et sans appel. C'est pourquoi l'arbitre doit respecter les règles de justice naturelle telles que la règle *audi alteram partem*. Bien que la sentence arbitrale lie les parties, elle doit être homologuée par un tribunal avant qu'une partie ne puisse se prévaloir des moyens d'exécution forcée prévus par la Loi[16].

22. En général, tous les pays développés permettent l'arbitrage de conflits commerciaux lorsque les parties en conviennent préalablement dans un contrat par le biais d'une clause compromissoire ou suite à l'apparition d'un conflit, lors d'une entente *ad hoc*. Les contrats internationaux contiennent généralement ce type de clause et des exemples sont disponibles auprès des institutions œuvrant dans le domaine. Vu les différences qui existent entre la législation des divers pays, les parties détermineront préalablement, dans leur contrat, le forum où aura lieu l'arbitrage. De plus, le contrat spécifiera le mode de nomination du ou des arbitres ainsi que l'institution qui sera chargée d'administrer l'arbitrage. Les tribunaux, en règle générale, refuseront d'entendre un dossier lorsque les parties s'étaient engagées à résoudre leur différend par cette voie. De plus, la Convention de New York[17] prévoit spécifiquement la suspension de procédures nationales pendant l'arbitrage[18].

23. Cette Convention prévoit aussi la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères[19] et les conditions dans lesquelles les parties peuvent en appeler d'une sentence. Il y est prévu que les parties ne peuvent en appeler des sentences que si elles étaient frappées d'incapacité ou que le contrat prévoyant le recours à l'arbitrage n'était pas valable, si la partie contre laquelle la sentence a été rendue n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses moyens pour quelque raison que ce soit, si la sentence porte sur un différend qui n'était pas visé par l'entente des parties, si le choix de l'arbitre, la formation du tribunal d'arbitrage ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à l'entente des parties ou à la loi applicable, si la sentence n'est pas encore obligatoire pour les parties ou si elle a été annulée ou suspendue par une autorité compétente et, finalement, si en vertu de la loi du pays où la sentence doit être reconnue ou exécutée, l'objet du différend ne pouvait être réglé par arbitrage ou si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays[20].

24. On retrouve plusieurs autres types de MARC telle la med-arb et le mini-procès. Toutefois, ceux que nous avons exposés ci-dessus sont les plus courants et sont privilégiés par les instances nationales et internationales.

B. Les instances internationales

25. Tel qu'énoncé précédemment, les MARC ne constituent ni un phénomène nouveau ni une option réservée aux conflits découlant du cyberespace. Plusieurs instances internationales et nationales en promeuvent l'usage et ce, depuis bien longtemps. Nous examinerons les instances les plus importantes qui pourraient se saisir de conflits découlant du cyberespace.

1. *Chambre de Commerce Internationale*

26. La *Chambre de Commerce Internationale* (C.C.I.) fut fondée en 1919 afin de représenter le commerce international. En 1923, on assistait à la création de la *Cour internationale d'arbitrage* de la *C.C.I.* Elle ne procède pas à l'arbitrage en tant que tel mais est un conseil administratif dans le cadre de la *C.C.I.* Depuis sa création, plus de 10 000 dossiers d'arbitrage provenant de 170 pays et territoires y ont été soumis[21]. La Cour a été l'instigatrice de l'acceptation des MARC comme moyen le plus efficace pour la résolution des différends en commerce international. Elle se dota de règlements relatifs à la conciliation et à l'arbitrage dont elle supervise l'application. Si les parties ne s'entendent pas quant à la nomination d'un arbitre, la Cour en nomme un. Les parties indiquent à l'arbitre en quoi consiste leur différend, le lieu de l'arbitrage, les règles de procédure ainsi que le droit applicable de leur choix. Si elles ne peuvent s'entendre, l'arbitre a entière discrétion quant aux règles qu'il appliquera. La sentence rendue par l'arbitre est préliminaire et doit être confirmée par la Cour. En pratique toutefois, les sentences sont rarement modifiées. Quant au coût de la procédure, il varie selon le montant en litige.

27. En 1998, la Cour a reçu 466 requêtes d'arbitrage regroupant 1,151 parties de plus de 100 pays. Le montant en litige excédait un million de dollars américains dans 54.7% des nouveaux dossiers et 273 sentences ont reçu l'approbation de la *C.C.I.*[22]. Le MARC qu'elle a toujours proposé est évidemment l'arbitrage. Toutefois elle offre aussi des services de conciliation, d'expertise et depuis 1990, de référé pre-arbitral. Cette dernière procédure permet aux parties de s'adresser à la Cour afin d'obtenir des remèdes préliminaires, telle une saisie avant jugement, sans avoir à recourir aux tribunaux.

28. La rapidité d'action dans les différends de commerce international est souvent d'extrême importance. En effet, une partie qui ne respecte pas les obligations auxquelles elle s'est engagée pourrait causer un dommage irréparable qu'il sera difficile de retracer et de quantifier ultérieurement. Bien que les MARC permettent une solution plus rapide que le recours aux tribunaux, ils ne prévoyaient pas traditionnellement de moyens préliminaires. Plus précisément, bien qu'il soit depuis longtemps reconnu que les tribunaux d'arbitrage ont le pouvoir d'émettre des ordonnances intérimaires, le temps nécessaire au choix de l'arbitre ou à la composition du banc d'arbitre rendait de tels recours inefficaces. La partie qui voulait exercer un tel moyen préliminaire devait par conséquent s'adresser aux tribunaux, ce qui, dans le cadre d'un contrat prévoyant le recours à l'arbitrage, pouvait créer de la tension et des doutes sur sa bonne foi. C'est pourquoi la *C.C.I.* adopta le règlement de référé pre-arbitral.

2. *Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*

29. L'*Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* (OMPI) a pour but de promouvoir la protection de la propriété intellectuelle. En 1994, elle a mis en place le Centre d'arbitrage et de médiation dont le but est d'offrir "*des services spécialisés pour le règlement extrajudiciaire des litiges commerciaux internationaux de propriété intellectuelle entre particuliers ou entreprises privées*"[23]. Le Centre est une unité administrative de l'*OMPI* et ne préside pas en tant que tel les procédures d'arbitrage et de médiation. La propriété intellectuelle est le domaine du droit qui connaît le plus grand développement et, en tant que domaine commercial, celui où la tendance vers l'internationalisation est la plus évidente[24]. Ainsi, le domaine présente un grand potentiel pour des conflits internationaux impliquant des différences culturelles, linguistiques et juridiques qui compliquent le recours aux tribunaux nationaux. Le Centre offre des services de médiation, d'arbitrage, d'arbitrage accéléré[25] et de médiation suivie, à défaut de règlement du litige, d'un arbitrage, qui est une procédure en vertu de laquelle les parties procèdent d'abord à la médiation et ensuite, lorsque le litige n'est pas résolu dans un délai qu'elles ont fixé, à l'arbitrage. Les MARC offerts par le Centre sont adaptés aux litiges commerciaux n'offrant pas d'aspect de propriété intellectuelle. Ils sont toutefois plutôt axés vers les litiges dans lesquels une question

de propriété intellectuelle est soulevée, tels que ceux impliquant une question de licence, de brevet, de marque de commerce, de droit d'auteur ou de savoir-faire[26].

30. Le Centre tient une liste de 800 médiateurs et arbitres provenant de 67 pays. Il n'a le pouvoir de nommer un tiers qu'à défaut par les parties d'en choisir un. Dans le cas où les parties ne désirent nommer qu'un seul arbitre, elles doivent le faire conjointement. Lorsqu'elles préfèrent soumettre leur différend à un banc d'arbitres, chaque partie choisit un arbitre et que le troisième est nommé conjointement. En choisissant un banc d'arbitres les parties ont la possibilité de nommer à la fois des experts technologiques et des juristes ayant une bonne connaissance des règles et procédures de l'arbitrage, évitant ainsi l'obligation de faire témoigner des experts. Le Centre n'a pas le pouvoir de confirmer le choix des tiers et les parties ont entière discrétion quant à l'expertise technique ou qualification spécifique des tiers. Il est aussi prévu que si les parties ne s'entendent pas sur un arbitre ou sur le président du banc d'arbitres, celui-ci sera de nationalité autre que celle des parties, à moins que de circonstances exceptionnelles exigeant la nomination d'une personne ayant des compétences particulières. Les frais pour le recours aux services de l'*OMPI* varient selon le montant en litige.

31. Finalement, l'*OMPI* compte bientôt offrir la résolution de différends en ligne et prévoit adopter un règlement concernant les mesures préliminaires.

3. *American Arbitration Association*

32. Le *American Arbitration Association* (AAA) a vu le jour en 1926. Bien qu'elle soit une organisation à prime abord nationale, elle a évolué vers une vocation internationale. En effet, en 1996, elle fonda le Centre International pour la Résolution de Différends où plus de mille dossiers impliquant des parties de 72 pays différents ont été déposés à ce jour[27]. L'association administra 95,000 dossiers en 1998[28]. Elle ne tient pas d'auditions d'arbitrage en tant que tel. Elle est plutôt un organisme non-gouvernemental, indépendant, à but non lucratif qui supervise des arbitres indépendants saisis de litiges nationaux et internationaux, à l'aide de ses règles d'arbitrage commercial. Si les parties n'ont pas prévu de quelle façon l'arbitre doit être nommé, l'association leur fournit une liste d'arbitres dans laquelle elles en choisiront un. Si les parties ne se sont pas entendues quant au lieu de l'arbitrage, l'association, plutôt que l'arbitre, le désignera. L'arbitre a par contre le plein contrôle quant à la pertinence et l'admissibilité de la preuve à l'audition, les règles de l'association ne prévoyant ni quel droit substantif, ni quelles règles de preuve sont applicables. Les parties peuvent être représentées par des procureurs même étrangers qui n'ont pas le droit de pratiquer aux États-Unis. L'arbitre doit rendre sa sentence dans les 30 jours suivant la fin de l'audition et n'a pas l'obligation de la justifier par écrit. Ceci a pour conséquence que les sentences sont rendues en moyenne dans les six mois suivant la fin de l'audition[29].

II. Internet et résolution des différends

A. Avantages de la résolution de différends dans le cyberespace

33. Les MARC présentent plusieurs avantages qui sont à la source de leur accroissement de popularité.

1. Flexibilité

34. Si les MARC ont connu un succès auprès des acteurs du commerce international, c'est que le recours aux tribunaux nationaux s'avérait trop complexe. En effet, quel droit devait-on appliquer? Accepter la juridiction d'un tribunal relevant d'un pays autre que le sien peut parfois paraître comme donner un avantage à l'autre partie. Cette constatation s'applique *mutatis mutandis* au commerce électronique. Les environnements électroniques, en vertu de leur nature, ne connaissent pas de frontières et l'application de règles nationales est parfois difficile voire absurde. C'est ainsi que l'on assiste au phénomène d'autoréglementation et au développement d'usages. La *Lex Mercatoria* est née d'un besoin que les droits nationaux ne pouvaient combler et la même situation prévaut dans le cyberespace. C'est pourquoi on tire un parallèle entre celle-ci et ce que l'on a nommé la *Lex Electronica*. Si les lois nationales s'avèrent inadéquates, *a fortiori* le recours aux tribunaux nationaux sera insatisfaisant. Les MARC permettent aux parties de choisir quelles lois elles veulent appliquer à leur litige et leur donnent une plus grande latitude quant à la preuve et la procédure.

2. Rapidité

35. Lorsqu'on choisit de procéder par MARC, on choisit de trouver une solution à un différend sans avoir recours aux tribunaux. C'est ainsi que le processus n'est pas soumis aux règles de preuve et de procédure qui peuvent parfois être encombrantes. Ceci permet une économie de temps considérable. Dans un domaine comme celui des nouvelles technologies où les changements se succèdent à grande vitesse, la rapidité avec laquelle on aboutit à une solution est d'extrême importance. Si l'on doit attendre un jugement deux ans, il risque de ne plus être pertinent. Un exemple souvent cité est celui de la procédure de *discovery* aux États-Unis. Elle consiste en la divulgation de la preuve préalablement au début du procès. Cette étape demande beaucoup de temps et intimide les parties étrangères qui ne sont pas familières avec ce genre de processus. Les MARC, par leur souplesse, permettent de passer outre à cette exigence et d'ainsi faire une économie de temps et d'argent[30].

3. Spécificité

36. Un avantage considérable des MARC est la possibilité de choisir le tiers. En effet, lorsque l'on a recours aux tribunaux, le juge nous est imposé et il n'y a aucune garantie qu'il soit familier avec le domaine dont on veut le saisir. Ceci oblige les parties à se munir d'experts qui témoigneront afin de permettre au juge de mieux comprendre les faits et enjeux en litige. Les litiges se voient par conséquent rallongés et leur coût augmenté. Les MARC permettent aux parties de choisir un ou des tiers spécialistes du domaine qui les concerne. Cette option est d'autant plus intéressante lorsque le domaine en question est celui des nouvelles technologies de l'information. En effet, une portion minime de la population comprend le fonctionnement de ces technologies et les enjeux qui en découlent. Un manque de connaissance du domaine pourrait mener à une décision qui ne tient pas compte de tous les aspects en question.

4. Coût

37. Divers sondages effectués auprès des dirigeants d'entreprises révèlent que leur préférence pour les MARC découle du fait qu'ils sont moins coûteux qu'un recours judiciaire. En effet, tel que mentionné ci-dessus, la rapidité et la spécificité du processus ont pour conséquence de réduire les frais que doit encourir le justiciable. Le professeur Nabil Antaki cite un exemple édifiant. En Ontario, il coûte aujourd'hui 250,000$ en honoraires d'avocats et d'experts et en temps consacré à la cause par une partie, pour réclamer 100,000$ dans un litige de construction[31]. On ne peut dès alors s'étonner qu'une étude

effectuée par l'université Cornell et par Price Waterhouse, une firme qui offre des services de comptabilité, vérification et conseil de gestion, révèle que 90% des dirigeants des 1,000 entreprises américaines les plus importantes disent vouloir réduire leurs dépenses engendrées par des litiges et perçoivent la médiation comme un moyen pour y parvenir[32]. La résolution de différend par voie électronique offre un avantage évident au niveau du coût car elle ne nécessite ni déplacement, ni location d'une salle de conférence, ce qui permet aux parties d'économiser de façon aditionnelle.

5. Confidentialité

38. L'image est d'extrême importance dans le domaine du commerce. Une entreprise ne veut pas nécessairement qu'une plainte portée à son encontre soit rendue publique et que sa réputation soit par conséquent ternie, entraînant de l'inquiétude chez ses clients, fournisseurs, employés et actionnaires. De plus, les litiges concernant le domaine du commerce ou des nouvelles technologies peuvent souvent impliquer des secrets commerciaux dont la divulgation pourrait s'avérer préjudiciable. Alors que la totalité du contenu d'un dossier porté devant un tribunal étatique est publique, les MARC sont privés. Les MARC étant des modes de résolutions de conflit auxquels les parties se soumettent de façon consensuelle, le dossier ainsi que l'entente qui intervient demeurent confidentiels. Ceci est d'autant plus important dans l'environnement cybernétique où la rapidité des communications fait en sorte que la nouvelle pourrait être répandue à grande vitesse. En outre, certaines entreprises qui œuvrent en commerce électronique sont nouvelles et ne pourraient peut être pas survivre suite à un coup à leur réputation encore fragile. Finalement, le commerce électronique lui-même étant encore au stade de développement, la publicité des plaintes pourrait effrayer les consommateurs déjà réticents à y participer.

6. Sauvegarde de la relation

39. Dans le monde du commerce, la pire sanction est la rupture du lien d'affaires. Le recours aux tribunaux juridiques implique toujours un gagnant et un perdant. Il s'agit d'un système antagoniste dans lequel les parties s'affrontent et un juge tranche laquelle des deux aura gain de cause. Si initialement le désaccord entre les parties relevait plutôt d'une mésentente, lors du prononcé du jugement, il s'agit d'une relation réellement conflictuelle où les deux parties se sentent flouées : la première pour avoir perdu et la seconde pour avoir dépensé une somme importante afin d'obtenir un jugement favorable. Dans un tel climat, le partenariat qui unissait auparavant les parties ne peut reprendre. Les MARC permettent aux parties de discuter de façon raisonnée afin d'aboutir à une entente commune. Il s'agit d'un processus coopératif plutôt qu'antagoniste qui permet aux parties de sauvegarder leur relation.

40. Les conflits découlant du cyberespace peuvent tirer profit des avantages qu'ont toujours procurés les MARC quant aux différends du monde non-virtuel. Cependant, les MARC peuvent aussi profiter des possibilités qu'offre le cyberespace pour améliorer leur fonctionnement et faire diminuer leurs coûts.

B. Les différents projets en ligne

41. Traditionnellement, la résolution de différends avait lieu en présence des acteurs. Certains arbitres et médiateurs saisirent toutefois l'occasion d'exploiter les nouvelles technologies à leur portée, que ce soit le téléphone, le télécopieur ou Internet pour compléter le processus[33]. Forts de ces expériences initiales, plusieurs projets de résolution de différends entièrement en ligne virent le jour.

1. Feu *Virtual Magistrate*

42. *Virtual Magistrate*, qui n'existe plus à l'heure actuelle, fut le premier centre de résolution de différends en ligne. Produit d'un partenariat entre le *National Center for Automated Information Research* et le *Cyberspace Law Institute*, il vit le jour en mars 1996. L'objectif du projet était d'offrir un moyen rapide, neutre et peu coûteux de résoudre des différends découlant du cyberespace par voie uniquement de l'arbitrage. Les conflits visés étaient ceux impliquant (1) les utilisateurs des systèmes en ligne, (2) ceux qui avaient subi des dommages suite à des messages ou des fichiers illégaux, et (3) les opérateurs de systèmes lorsque des plaintes ou des requêtes étaient déposées contre eux. Le tribunal tenait une liste d'arbitres qualifiés ayant des connaissances étendues de l'environnement électronique dans laquelle les parties pouvaient choisir le tiers qui leur convenait. La procédure se déroulait entièrement par voie du courrier électronique et le service ne coûtait que 10$ à la partie plaignante. Celle-ci devait remplir un formulaire en indiquant notamment les parties en cause, le domaine d'activités en cause, l'incident ainsi que sa date et la solution envisagée. Si la partie visée par la plainte consentait à la procédure, une liste de nouvelles était alors créée pour chaque dossier. Les parties y envoyaient leurs messages qui étaient ensuite transmis à tous les concernés. Ce site était confidentiel et les parties y accédaient grâce à un mot de passe. Un des objectifs du tribunal était de rendre une sentence dans les 72 heures suivant le dépôt de la plainte. Les arbitres devaient rendre leurs décisions en tenant compte des contrats liant les parties, de la Nétiquette du réseau, du droit substantif applicable et des circonstances particulières de chaque affaire, sans toutefois être tenus d'appliquer le droit d'une juridiction spécifique. Les sentences n'étaient que du domaine de l'injonction, le tribunal ne rendant pas de décisions concernent des dommages ou des sanctions pécuniaires. Les décisions étaient publiques et disponibles sur le Web[34].

43. La première décision émanant du *Virtual Magistrate* fut l'objet de controverse. Il s'agissait du dossier *Tierney vs. Email America*. M. Tierney était abonné au service de *America Online*. Il avait reçu un message publicitaire de type "*spam*" qui avait été envoyé à tous les abonnés de *America Online* par *Email America* et porta plainte au *Virtual Magistrate* le 8 mai 1996. *America Online*, qui était nommée dans la plainte, après avoir demandé un délai additionnel, déposa une réponse à la plainte le 15 mai suivant. Elle contenait un affidavit qui décrivait, entre autres, la politique de *America Online* en vertu de laquelle l'envoi de courriels en masse était interdit, les gestes posés par *Email America* et le fait qu'elle avait reçu de nombreuses plaintes à cet égard. Le 21 mai 1996, l'arbitre déposa sa sentence, ordonnant à*America Online* de retirer le message faisant l'objet de la plainte de Tierney. Dans sa décision, l'arbitre fit référence aux politiques de *America Online* qui se réservait le droit de retirer tout contenu qu'elle jugeait offensant ou qui violait ses politiques, l'une desquelles prévoyait que les membres ne pouvaient envoyer des publicités non-sollicitées. La décision fut critiquée pour plusieurs raisons[35]. Dans un premier temps, M. Tierney agissait à titre de conseiller auprès de *Virtual Magistrate* au sujet de questions touchant la fraude des consommateurs. En deuxième lieu, des critiques furent énoncées quant à la nécessité d'avoir recours au *Virtual Magistrate*. En effet, tel que mentionné ci-dessus, *America Online* s'était réservé le droit de retirer ce type de message. Ainsi, la sentence tenait lieu plutôt d'une confirmation de l'application de *America Online* de ses politiques. Finalement, et c'est le point le plus inquiétant, la sentence en question fut rendue par défaut, *Email America* n'ayant jamais répliqué à la plainte de Tierney. L'arbitrage est un mode de résolution de conflit volontaire auquel toutes les parties doivent consentir. Un tribunal d'arbitrage n'a pas le pouvoir de rendre ce type de jugement. De plus, les arbitres sont tenus de respecter la règle *audi alteram partem*, ce qui évidemment ne fut pas fait en l'instance.

2. *Online Ombuds Office*

44. Le *Online Ombuds Office*[36] fut fondé en juin 1996 grâce au financement du *National Center for Automated Information Research* (NCAIR). Le *Center for Information Technology and Dispute Resolution* fut établi à l'université du Massachusetts en juillet 1997 et le *Online Ombuds Office* constitue son département de résolution de différends "*(...) working to employ and develop online dispute resolution resources*"[37]. Le MARC offert est la médiation. Le service vise les différends découlant du cyberespace mais est ouvert aux autres types de conflits lorsque les parties désirent recourir aux services de résolution de différends en ligne. Comme dans le cas de *Virtual Magistrate*, la partie plaignante remplit un formulaire dans lequel elle indique son adresse électronique, la nature du différend et la solution recherchée, et le dépose ensuite auprès du *Online Ombuds Office.* Celui-ci nommera alors un médiateur ou un ombudsman qui entrera en contact avec le requérant afin de compléter l'information relative au dossier et ensuite contactera l'intimé pour connaître ses intentions. S'il accepte de se soumettre à la médiation, alors on y procédera. Sinon, le médiateur proposera d'autres avenues aux parties. Le *Online Ombuds Office* dispose d'une salle de conférence virtuelle où le médiateur ou ombudsman peut discuter avec les parties en temps réel grâce à la technologie des bavardoirs (*chatrooms*). De plus, on prévoit l'utilisation de la vidéoconférence et on n'exclut pas le recours au téléphone. Au niveau de la confidentialité du dossier, le *Online Ombuds Office* fait preuve de grande franchise en indiquant que la confidentialité peut être violée dans un environnement de réseau. On précise toutefois qu'on tente de mettre en place des logiciels procurant une plus grande sécurité. Le service est gratuit et l'on n'envisage pas d'exiger des frais[38].

45. Le site du *Online Ombuds Office* met à la disposition des internautes la transcription du premier dossier de médiation dont il a été saisi en modifiant toutefois, évidemment, les noms des parties[39]. Il s'agissait d'un différend entre un journal et un individu qui avait créé un site Web contenant des nouvelles locales incluant des résumés des articles ayant apparu dans ledit journal. L'éditeur du journal communiqua avec l'individu qui, se sentant menacé suite aux conversations intervenues, cessa de produire son site Web et contacta le *Online Ombuds Office*. Suite à l'intervention de ce dernier, l'individu put recommencer à offrir son site. La première médiation fut donc réussie. Le *Online Ombuds Office* fut récemment saisi de 175 dossiers impliquant le site d'enchère eBay. Plus de 80 % des intimés acceptèrent de se soumettre à la médiation et l'on estime que plus de 50% des différends furent réglés. Le professeur Katsh, co-directeur du *Center for Information Technology and Dispute Resolution*, souhaite toutefois améliorer le taux de réussite[40].

3. *CyberTribunal*

46. Le *CyberTribunal*[41] est un projet du *Centre de recherche en droit public* de l'Université de Montréal et fut lancé le 4 juin 1998. Les MARC qu'il propose sont la médiation et l'arbitrage. Le recours à ses services est, pour l'instant et en raison de son caractère expérimental, gratuit. On y accepte les dossiers qui touchent à tous les aspects du cyberespace soit le commerce électronique, la concurrence, le droit d'auteur, les marques de commerce, la liberté d'expression, la vie privée et autres, "*à l'exclusion des questions relevant de l'ordre public*"[42]. La partie qui désire porter plainte doit ici aussi remplir un formulaire en y indiquant les informations pertinentes.

47. Le *CyberTribunal* nomme alors un médiateur ou arbitre qui envoie un message par courrier électronique à l'intimé, l'invitant à consulter le "*site de l'affaire en cours*". Ce dernier est un site réservé aux parties qui y accèdent grâce à un mot de passe et contient tous les documents et informations relatifs au dossier. Il sert aussi de lieu d'échange où les parties et le tiers neutre peuvent communiquer et discuter du dossier en toute confidentialité. De plus, afin d'assurer la confidentialité du dossier de médiation,

le *CyberTribunal* prévoit que : "*Aucun renseignement ou admission dévoilé pendant le processus de médiation ne pourra être utilisé dans le cadre d'un processus judiciaire, à moins que les parties n'en décident autrement. La confidentialité des démarches entreprises assure une meilleure protection des secrets de fabrication, des données sur les coûts de production et de tous les autres renseignements financiers qui seraient rendus publics en cas de procès. Les ententes conclues ne sont ni publiées, ni publiques, comme l'est un jugement.*"[43]

48. Le *CyberTribunal* n'a pas adopté de règlement de procédure concernant la médiation. Les parties peuvent y avoir recours, qu'elles l'aient prévu dans leur contrat ou non. De plus, le *CyberTribunal* étant le seul centre de résolution de différends en ligne offrant le service de médiation et d'arbitrage, les parties ont la possibilité de soumettre leur différend dans un premier temps à la médiation et, en cas d'échec de celle-ci, à l'arbitrage.

49. Quant à l'arbitrage, ici aussi le secrétariat du *CyberTribunal* nomme le ou les arbitres. Comme dans le cas de la médiation, les parties peuvent soumettre leur différend au tribunal bien qu'elles ne l'aient pas prévu dans leur contrat. Conformément à la tradition, le *CyberTribunal*s'est doté d'un règlement de procédure relatif à l'arbitrage[44]. Il y est notamment prévu : "*La sentence est exposée sur le site du CyberTribunal soixante jours après qu'elle ait été rendue à moins que l'une ou l'autre partie s'y oppose. Dans un tel cas, le Secrétariat peut proposer aux parties de biffer les mentions de la sentence qui permettraient de les identifier.*"

50. Le *CyberTribunal* prévoit que la vidéoconférence pourra être utilisée dans le cadre de dossiers y étant soumis. En effet, un reproche que l'on fait à la résolution de différends dans le cyberespace est le manque de contact entre les acteurs, ce qui ne permet pas une communication parfaite puisque le langage non-verbal est ainsi impossible à observer. L'adoption de la vidéoconférence changerait certainement cet état de fait. Les intermédiaires que propose le tribunal sont des spécialistes des domaines de la médiation et de l'arbitrage commercial et des nouvelles technologies de l'information.

51. Enfin, le *CyberTribunal* propose un sceau qui est attribué, moyennant des frais variables, aux commerçants qui s'engagent à soumettre les différends avec leurs consommateurs au *CyberTribunal*. Le site ne mentionne que deux parties y ayant souscrit*.

4. Une alternative aux MARC ?

52. Récemment, on assiste à l'apparition de sites tels que *ClickNsettle*[45] et *CyberSettle*[46] qui proposent un nouveau service d'aide à la résolution des litiges. Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de résolution de différends, nous sommes d'avis que l'on ne peut les passer sous silence. Ce que ces sites proposent est une forme de "fiducie des offres de règlement". Leurs services s'adressent aux litiges dans lesquels un dédommagement pécuniaire est recherché.

53. *ClickNsettle* fut lancée le 23 juin 1999 par le *National Arbitration and Mediation*, une entreprise offrant des services de médiation et d'arbitrage ainsi que des logiciels de gestion électronique de dossiers. En août dernier, après dix semaines d'existence, le service annonçait que son cinquantième client commercial s'y était enregistré, s'engageant à y soumettre les litiges s'y prêtant[47]. Dans le cas de *ClickNsettle*, la partie qui veut soumettre un dossier remplit dans un premier temps un formulaire électronique et débourse une somme initiale de 15$ qui lui permet de faire sa première offre ou demande sans frais[48]. Ensuite, si l'autre partie consent au processus, une des deux parties fait une proposition

de règlement confidentielle que la partie adverse ne peut connaître. Puis, cette dernière propose à son tour un montant pour le règlement de l'affaire et ainsi de suite. Les parties disposent de soixante jours pour tenter de régler leur dossier. Lorsque les deux offres ne sont séparées que par 30 %, le dossier est clos et les parties reçoivent un message leur indiquant que leur affaire a été réglée pour une somme se situant à mi-chemin entre les deux offres. En ayant recours au service, les parties consentent à être liées. Plusieurs compagnies importantes comme les magasins de jouets *Toy'R'Us* et la compagnie d'assurance *Royal & Sun Alliance* y sont enregistrées.

54. Les services de *CyberSettle* furent disponibles sur Internet dès juillet 1998. Le site est le fruit d'une collaboration entre deux avocats[49]. Le service n'est offert qu'aux compagnies d'assurances déjà impliquées dans un procès judiciaire. L'assureur qui requiert les services de ce site doit débourser vingt-cinq dollars (25$) et remplir un formulaire électronique confidentiel en y indiquant le nom du dossier, l'adresse du procureur de l'assuré et en proposant trois montants différents pour lesquels il serait prêt à régler. *CyberSettle* avise ensuite le procureur de l'assuré, par courrier électronique, télécopieur et courrier traditionnel, des offres de règlement effectuées par l'assureur, sans toutefois en révéler le montant. On envoie aussi au dit procureur un numéro d'identification privé et un mot de passe ainsi qu'une invitation à faire ses propres offres en ligne. Lorsque ledit procureur accepte d'utiliser le service, on facture une somme additionnelle de soixante-quinze dollars (75$) à l'assureur. Les parties font trois tentatives chacune, le système compare les sommes instantanément et, lorsque les montants proposés ne sont séparés que par 30% ou 5,000$, un message apparaît les félicitant d'avoir réglé leur dossier, la somme retenue étant à mi-chemin entre les deux offres[50]. Les parties doivent alors verser deux cents dollars chacune, lesquels sont déduits du montant du règlement. Ainsi, le service coûte un maximum de trois cents dollars (300$) à l'assureur, ce qui est bien en deçà de ce qu'il aurait à débourser même pour des services de médiation. Toutefois, lorsque les offres ne concordent pas après trois tentatives, un facilitateur communique avec les parties et encourage le règlement. Dans ce cas, les offres n'ayant jamais été dévoilées, les parties peuvent reprendre leurs discussions de règlement sans qu'aucune n'ait perdu de pouvoir de négociation. Au mois de mars 1999, 1500 dossiers avaient été soumis et 41% avaient été réglés avec succès tandis que 5% à 10% avaient été réglés avec l'aide du facilitateur par téléphone[51].

55. *CyberSettle* prévoit bientôt d'inclure une carte de monnaie électronique dans son envoi initial à l'assuré, ladite carte pouvant être activée avec le montant approprié aussitôt qu'une entente interviendrait[52]. De plus, on souhaite offrir la possibilité d'imprimer tous les documents exigés par la Loi de chaque état particulier pour la finalisation du règlement simplement en cliquant sur une icône[53].

56. Pour finir, nous tenons à souligner que plusieurs autres sites offrent des services de MARC en ligne[54]. D'autres initiatives, plus anciennes, ont leurs activités[55]. Nous avons toutefois exposé les sites qui, à notre avis, constituent les plus importants

C. Applicabilité au Québec

1. La situation des MARC au Québec

57. L'arbitrage a longtemps été interdit au Québec. Plus précisément, jusqu'en 1966, les clauses compromissoires étaient reconnues comme étant illégales car on les considérait contraires à l'ordre public[56]. Ce n'est qu'en 1966 qu'un amendement apporté au Code de procédure civile reconnaît la validité des clauses compromissoires. Malgré cette reconnaissance, les tribunaux demeurent très réticents à l'arbitrage. Il a fallu presque 20 ans pour que la Cour suprême du Canada confirme la validité

des clauses compromissoires dans l'affaire *Zodiac*[57] en 1983. Finalement, en 1986, de nouveaux amendements au droit au Code civil du Québec et au Code de procédure civile sont venus rendre le droit québécois conforme au droit international. En fait, le Canada entier accusait d'un retard en la matière. En effet, bien que les Nations Unies aient adopté la Convention de New York le 10 juin 1958, ce n'est qu'en 1986 que le Canada y adhéra, alors que quatre-vingts pays l'avaient déjà fait[58].

58. Aujourd'hui, la situation est toute autre. Depuis le 1er septembre dernier, la Cour supérieure du Québec offre un service de référence à la médiation[59]. Ce nouveau service fait suite à un projet pilote avait été mis en place de 1995 à 1998. Les parties et leurs procureurs pouvaient y participer de façon volontaire. On désirait faciliter le dialogue entre les parties, assurer une meilleure gestion des causes de trois jours et plus d'audition et développer chez les avocats et les parties une volonté de régler leur différend de manière extrajudiciaire.

59. En février 1999, cent soixante médiations avaient eu lieu et environ soixante médiateurs étaient disponibles.

60. Dans son rapport final relatif au projet pilote, le groupe de travail responsable de la mise en place du service constatait que, dans les cas où l'on ne s'était pas prévalu du service, un règlement hors cour survenait en moyenne quinze mois et demi après le moment où le dossier était prêt pour audition. Dans les cas où l'on s'était prévalu du service de conciliation, le délai était réduit à 8,6 mois, soit une différence de 6,9 mois ou de 10,9 mois pour l'obtention d'un jugement.

61. Une entente est intervenue dans 71% des dossiers et 87% des parties ayant participé se disaient intéressées à réutiliser les services au cas où un nouveau litige surviendrait[60].

62. Les MARC connaissent donc aussi une augmentation de popularité au Québec.

2. Législation applicable

63. Au Québec, à l'exception de la médiation familiale[61] qui est obligatoire, la médiation n'est généralement pas réglementée. Par contre, l'arbitrage fait l'objet des articles 940 à 951.2 du Code de procédure civile. L'arbitrage par avocats est traité aux articles 382 à 394 du même Code. De plus, le Code civil du Québec traite de l'arbitrage aux articles 2638 à 2643.

64. En vertu de l'art. 2639 C.c.Q., la convention d'arbitrage ne peut porter sur des questions d'ordre public. L'ordre public n'y est toutefois pas défini. En effet, tel qu'il fut noté dans l'affaire *Condominiums Mont St-Sauveur c. Construction Serge Sauvé ltée.*[62] , la notion d'ordre public peut varier dans le temps. Les faits de cette affaire sont les suivants. *Condominiums Mont St-Sauveur* avait conclu un projet de construction de condominiums avec Les Constructions Serge Sauvé, selon les plans et devis de l'architecte qui avait été mis en cause. Le contrat liant les parties contenait une clause compromissoire. L'immeuble étant affligé de défauts de construction, *Condominiums Mont St-Sauveur* intenta une action en Cour supérieure contre l'entrepreneur et l'architecte, en responsabilité solidaire fondée sur l'ancien article 1688 C.c.B.C., qui était d'ordre public, et l'article 1053 C.c.B.C. qui prévoyait la responsabilité délictuelle. *Condominiums Mont St-Sauveur* espérait ainsi pouvoir passer outre à la convention d'arbitrage prévue au contrat. La Cour d'appel décida que l'arbitre pouvait appliquer les règles d'ordre public, de la même manière qu'un tribunal. Ce principe fut codifié à l'article 2639 alinéa 2 du Code civil du Québec. Cette décision est encore pertinente aujourd'hui car les dispositions concernant l'arbitrage

n'ont pas changées avec l'adoption du nouveau code. L'arbitrage est toutefois interdit lorsqu'une matière relève de l'ordre public. Comment ce principe s'applique-t-il au droit de la consommation?

3. La protection du consommateur

65. Depuis sa création en 1971, l'*Office de la protection du consommateur* offre un service de médiation dans le cadre du traitement des plaintes du consommateur. En effet, lorsqu'un consommateur dépose une plainte, l'Office entre en contact avec le commerçant, généralement par téléphone, et réitère les prétentions du consommateur de même que la solution qu'il souhaite. Il invite ensuite le commerçant à fournir sa version des faits en insistant qu'il est dans le meilleur intérêt des deux parties de s'entendre[63]. Tandis qu'en 1981, les médiations de l'Office connaissaient un taux de réussite de 40 %, ce taux est aujourd'hui de 66 %[64].

66. Bien que l'Office effectue de la médiation, le consommateur n'a pas toujours accès aux MARC. L'article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*[65] prévoit que le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère cette loi. Ce même principe est énoncé en droit international privé à l'article 3117 C.c.Q. en vertu duquel "*le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence (...)*"[66]. Il semble par conséquent que le consommateur ne peut consentir à une clause compromissoire. Toutefois, rien ne l'empêche de s'entendre quant au recours à la médiation ou à l'arbitrage après la naissance du différend entre lui et le commerçant. Le problème se situe dans le fait qu'une fois un conflit né, l'animosité entre les parties fait en sorte que l'entente sur un moyen de résoudre le différend est plus difficile.

67. Le *CyberTribunal* semble offrir une solution au problème. En effet, tel que déjà indiqué[67], le *CyberTribunal* offre aux commerçants la possibilité de se procurer un sceau et de l'apposer sur leur site, s'engageant ainsi à y soumettre tout différend les opposant à un consommateur.

68. Toutefois, tel qu'indiqué par le *CyberTribunal* : "*Il s'agit d'un engagement unilatéral [de la part du commerçant]. Il est, par ailleurs, nécessaire d'obtenir le consentement de l'autre partie à un conflit pour que celui-ci soit effectivement soumis à un processus de médiation et d'arbitrage offert par le CyberTribunal; l'autre partie n'étant, en effet, pas liée par [l'] engagement du commerçant.*"[68]

69. L'adoption du sceau par les commerçants permettrait ainsi au consommateur, moyennant son consentement après la naissance du conflit, d'avoir accès à des modes alternatifs de résolution de différends. Ceci est d'autant plus important en matière de commerce électronique puisque le cyberespace est par nature transnational. En effet, les dispositions du Code de procédure civile relatives aux recours à la Cour des petites créances définissent spécifiquement une petite créance comme étant une créance "*qui est exigible d'un débiteur résidant au Québec ou qui y a un bureau d'affaires*"[69]. Un consommateur qui a un conflit avec un commerçant étranger sur Internet doit donc intenter son recours devant la Cour du Québec, ce qui implique des frais judiciaires, l'appel à un avocat, des coûts élevés, une procédure plus complexe et un laps de temps considérablement plus long avant de pouvoir obtenir un jugement et ce, souvent pour des sommes qui n'en valent pas la peine. Cette absence de recours approprié ne peut que décourager les consommateurs de transiger sur Internet. C'est pourquoi, si l'on désire assister à un développement du commerce électronique et à son adoption par les consommateurs, ces derniers doivent avoir accès à des

procédures moins complexes et moins coûteuses pour faire valoir leurs droits. Les MARC offrant ce genre d'avantages, leur accès aux consommateurs devrait être encouragé.

Conclusion

70. Dans la dernière décennie, les modes alternatifs de résolution des différends ont connu un essor accru qui sera porté à amplifier avec la multiplication des communications et transactions ayant lieu sur Internet.

71. Les différents modes de résolution de conflits ont déjà fait leurs preuves au niveau international auprès de la Chambre de Commerce International, l'*Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* et le *American Arbitration Association.*

72. Leurs caractéristiques traditionnelles en font une ressource privilégiée pour la solution des problèmes prenant naissance dans le Cyberespace, permettant un règlement moins coûteux et plus rapide, qui a l'avantage d'être encadré par un spécialiste et de permettre la sauvegarde de la relation entre les parties.

73. Certaines précautions doivent cependant être prises pour empêcher que le recours aux MARC ne devienne aussi complexe que celui aux tribunaux. En effet, il est inquiétant de constater qu'un recours à l'arbitrage à la *Chambre de Commerce Internationale* prend en moyenne deux ans avant le prononcé de la sentence.

74. Le développement de la technologie a, de façon générale, des répercussions dans tous les domaines. Les MARC n'y ont pas échappé. Tandis qu'initialement les technologies étaient exploitées afin de compléter le processus se déroulant en personne, de nouveaux sites qui offrent des services de médiation et d'arbitrage en ligne sont apparus. Ils ont l'avantage de ne pas nécessiter ni déplacement de la part des parties, ni location d'une salle pour la tenue des procédures, facilitant ainsi la résolution de différends internationaux. On leur reproche leur impersonnalité qui mènerait à une mauvaise communication. Ceci sera toutefois porté à changer avec le perfectionnement des techniques de vidéoconférence qui permettront aux parties de se voir et de répliquer en temps réel, nonobstant leur présence en des lieux différents.

75. Au Québec, bien que les modes alternatifs de résolution de différends soient permis dans certains contextes, les clauses compromissoires ne sont pas à la portée des consommateurs qui en seraient grandement avantagés. En effet, si les entreprises multinationales se soucient de minimiser leurs frais, ne serait-ce pas une préoccupation encore plus importante pour le consommateur? Le service de médiation offert par l'*Office de la protection du consommateur* ne peut trouver application lorsque le commerçant réside ailleurs qu'au Québec, ce qui est généralement le cas sur Internet. De plus, dans cette même situation, le consommateur n'a pas accès à la Cour des petites créances et la Cour du Québec reste la seule option pour qu'il puisse faire valoir ses droits. Une option qui n'en est pas réellement une lorsqu'on doit débourser des montants supérieurs à ce que l'on réclame.

76. Les MARC offerts en ligne constituent une alternative moins complexe, moins coûteuse et plus rapide qui, si accessible par les consommateurs, pourrait influencer leur participation au commerce électronique.

Bibilographie

1. MONOGRAPHIES ET RECUEILS

- ANTAKI, N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 471 p.
- GAGNON, J. D., "La convention d'arbitrage", dans D.-C. LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, "Les contrats relatifs à l'entreprise", Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 620 p., p. 522s.
- MORIN, J., *Les modes alternatifs de résolution des conflits*, Collection permanente de formation, Diplôme de Droit Notarial, Montréal, COOP droit, 1995-1996, 240 p.
- PATOINE, M.-A., "Dispositions législatives", dans *Développements récents en médiation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1995, 235 p., p. 9s.
- ROULEAU, G., "L'expérience du projet pilote de Montréal en médiation civile et commerciale", dans J.-L. BAUDOUIN (dir.), Association Henri Capitant, *Médiation et Modes Alternatifs de règlement des conflits: apects nationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1997, 374 p., p.179s
- TRUDEL, P., ABRAN, F., BENYEKHLEF, K. et HEIN, S., *Droit du Cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 20-1 à 20-30.

2. ARTICLES

- AMBROGI, R., "Cyberspace Becomes Forum For Resolving Disputes", juin 1996, *Legaline.com*, <http://legaline.com/dispute.htm>.
- BEAUDOUIN, L., "Service de référence à la médiation à la Cour supérieure du Québec", *Journal du Barreau*, vol. 31, nº14, 1er septembre 1999, p.1.
- BERKOWITZ, L., "Alternatives To Litigation In International Technology Disputes", *Lawinfo.com*, <http://www.lawinfo.com.forum/ADR.html>.
- CHASSIGNEUX, C., "Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne", *Lex Electronica*, vol. 5, nº1, été 1999, <http://lex-electronica.org/articles/v5-1/chassifr.htm>.
- COHEN, A., "Settling Disputes Online", *New York Law Journal*, 19 avril 1999, <http://www.cybersettle.com/news/clippings_ny_journal041999.htm>.
- CONA, F., "Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution", *The Buffalo Law Review*, 1997, <http://www.ipwarehouse.com/IP_Library/general_articles/arb_art2.htm>.
- DESJARDINS, L., "Les internautes auront leur *Cybertribunal*", *Journal du Barreau*, vol. 30, nº14, 1er juillet 1998, <http://www.barreau.qc.ca/journal/vol30/no14/cybertribunal.htm>.
- GIBSON, C., "Arbitration in intellectual Property Disputes", *California International Practitioner*, vol. 8, nº1, Spring-Summer 1997, <http://www.pillsburylaw.com/publications/arbitration_ip_intl.html>.

- HILL, R., "Disputes Regarding Electronic Commerce - Their Resolution Online and Otherwise", 1997, *Journal of Internet Purchasing*, <http://www.arraydev.com/commerce/jip/9702-02.htm>.
- HILL, R., "Primer on International Arbitration", juillet 1995, *WWW Multimedia Law*, <http://www.batnet.com/oikoumene/arbprim.html>.
- JOHNSON, D., "The Promise of Online Dispute Resolution", *Toolbox.org*, <http://www.toolbox.org/Tvtools/app-onlinedr.html>.
- KRIVIS, J., "Adding To The Toolbox: Observations After Mediating in Cyberspace", 1996, *Aftab.org*, <http://www.aftab.com/mediate.htm>.
- LEIBOWITZ, W., "Lawyers and Technology: Let's settle this, online", *The National Law Journal*, p. A20, 5 juillet 1999, <http://www.ljx.com/cgi-bin/f_cat?prod/ljextra/data/texts/1999_0627_35.html>.
- LOUNDY, D., "Virtual Magistrate becomes a reality, sort of", 1996, *Loundy.com*, <http://www.loundy.com/CDLB/Virtual-Magistrate.html>.
- PERRIT, H. Jr., "Role and Efficacy of Interantional Bodies and Agreements: U.S. Perspectives on Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace", 9 juin 1999, *Kentlaw.edu*, <http://www.kentlaw.edu/perritt/ftc12.html>.
- SCHWEBER, C., "The Use of Technology in Conflict Resolution", octobre 1994, , *WWW Multimedia Law*, <http://www.batnet.com/oikoumene/arbtadr.html>.
- THOMPSON, M., " Settling Online : Litigation Without Lawyer Noise ", 19 avril 1999, *Law News Network*, <http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A707-1999Apr15.html>.

3. SITES INTERNET

- *AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION* : <http://www.adr.org>.
- BETTER BUSINESS BUREAU : <http://www.bbb.org>.
- CENTER FOR INFORMATION TECHNOLOGY AND DISPUTE RESOLUTION, University of Massachussets : <http://aaron.sbs.umass.edu/center/projects.html>.
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE : <http://www.iccwbo.org>.
- CLICKNSETTLE : <http://www.clicknsettle.com>.
- CYBERSETTLE : <http://www.cybersettle.com>.
- CYBERTRIBUNAL, "Cybertribunal en détail" : <http://www.cybertribunal.org/html/projet.asp>.
- IMAGINONS UN RÉSEAU INTERNET SOLIDIARE (IRIS) : <http://www.iris.sgdg.org/mediation/>.
- OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR : <http://www.opc.gouv.qc.ca>.
- ONLINE OMBUDS NARRATIVE I, Transcript of a Dispute : <http://128.119.199.27/center/ombuds/narrative1.html>.
- ONLINE OMBUDS OFFICE : <http://www.ombuds.org>.

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : <http://www.wipo.org/fre/main.htm>.

Lex Electronica volume 6, numéro 1 (printemps 2000)

Notes

* Avocate, étudiante à la Maîtrise "Droit des technologies de l'information" de l'Université de Montréal, email : roussa@crdp.umontreal.ca.

[1] Frank A. CONA, Esq, "Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution", *The Buffalo Law Review*, 1997, <http://www.ipwarehouse.com/IP_Library/general_articles/arb_art2.htm>.

[2] *Id.*

[3] Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, nº147, p.84.

[4] Nabil ANTAKI, *op. cit.*, note 3, nº28, p. 17.

[5] Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHLEF et Sophie HEIN, Droit du Cyberespace, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 20-10.

[6] Nabil ANTAKI, *op. cit.*, note 3, nº 144, p. 83.

[7] *Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, <http://arbiter.wipo.int/mediation/index-fr.html>.

[8] Nabil ANTAKI, *op. cit.*, note 3, nº 143, p. 83.

[9] *Id.*, nº 145, p. 83.

[10] Sauf évidemment, au Québec, en ce qui a trait à la médiation familiale obligatoire dont les règles sont prévues aux articles 815.1 à 815.3 du Code de procédure civile du Québec.

[11] Article 2631 Code civil du Québec (ci-après C.c.Q.).

[12] Article 2633 C.c.Q.

[13] Article 2633, al. 2 C.c.Q.

[14] Article 2634 C.c.Q.

[15] Lise I. BEAUDOUIN, "Service de référence à la médiation à la Cour supérieure du Québec", *Journal du Barreau*, vol. 31, nº14, 1er septembre 1999, p.1.

[16] Article 946 C.p.c.

[17] 30 R.T.N.M. 3. Le nom officiel de ladite convention est Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

[18] *Id.*, art. II (3).

[19] *Id.*, art. III et suivants.

[20] *Id.*, art. V. Ces motifs sont pour la plupart repris aux articles 946.4 et 946.5 C.p.c.

[21] *Chambre de Commerce Internationale*, "Introducing the Court", <http://www.iccwbo.org/court/intro_court/introduction.asp>.

[22] *Chambre de Commerce Internationale*, "Facts and figures on ICC Arbitration ", <http://www.iccwbo.org/court/right_topics/stat.asp>.

[23] *OMPI*, <http://arbiter.wipo.int/center/index-fr.html>.

[24] Christopher GIBSON, "Arbitration in intellectual Property Disputes", *California International Practitioner*, vol. 8, nº1, Spring-Summer 1997, <http://www.pillsburylaw.com/publications/arbitration_ip_intl.html>.

[25] Il s'agit d'une forme d'arbitrage dont la procédure est accélérée afin de permettre que la sentence soit rendue dans de courts délais et, par conséquent, la réduction du coût.

[26] *OMPI*, <http://arbiter.wipo.int/information/faq/index-fr.html>.

[27] *American Arbitration Association*, <http://www.adr.org/about/welcome/welcome.html>.

[28] *American Arbitration Association*, <http://www.adr.org/about/overview/overview.html>.

[29] Leslie G. BERKOWITZ, "Alternatives to Litigation in International Technology Disputes", <http://www.lawinfo.com.forum/ADR.html>. L'auteur précise que ce délai est de deux ans en ce qui concerne la Cour internationale d'arbitrage de la *C.C.I.*.

[30] Berkowitz souligne toutefois que l'absence de ce processus peut avoir l'effet contraire. En effet, elle indique que "without discovery, the issues for consideration in ADR may be so ill-defined as to prolong the hearing. The cost of producing documents may simply become a trial, as opposed to a pretrial expenditure". Leslie G. BERKOWITZ, *loc. cit.*, note 29. Il reste néanmoins que pour des parties qui n'ont pas l'habitude de ce type de procédure, elle peut paraître intimidante et la possibilité d'y passer outre constitue un avantage pour le règlement du conflit.

[31] Nabil ANTAKI, *op. cit.*, note 3 , p. 14, note 17, où l'auteur réfère à D.I. BRISTOW, *Q.C. Cost of a $100 000 Construction Litigation*, Toronto, Fraser & Beatty (manuscrit).

[32] *Id.*, nº 45, p. 25. L'auteur fait ici référence au sondage du Cornell Institute on Conflict Resolution and Price Waterhouse LLP, The Use of ADR in U.S. Corporations, étude signée de David B. Lipsky et Ronald L. Seeber.

[33] Voir à cet effet le texte de Claudine SCHWEBER, "The Use of Technology in Conflict Resolution", octobre 1994, *WWW Multimedia Law*, <http://www.batnet.com/oikoumene/arbtadr.html>.

[34] Les décisions devaient être disponibles sur le serveur du *Villanova Center for Information Law and Policy*. Ce site n'existe toutefois plus.

[35] Frank A. CONA, *loc. cit.*, note 1. Voir aussi Robert J. AMBROGI, "Cyberspace Becomes Forum For Resolving Disputes", juin 1996, <http://legaline.com/dispute.htm> ainsi que David LOUNDY, "Virtual Magistrate becomes a reality, sort of", *Loundy.com*, 1996, <http://www.loundy.com/CDLB/Virtual-Magistrate.html>.

[36] *Online Ombuds Office*, <http://www.ombuds.org>.

[37] *Online Ombuds Office*, "History", <http://www.ombuds.org>.

[38] *Online Ombuds Office*, Description, <http://aaron.sbs.umass.edu/center/ombuds/description.html>.

[39] *Online Ombuds Office*, Transcript of a Dispute, <http://aaron.sbs.umass.edu/center/ombuds/narrative1.html>.

[40] LEIBOWITZ, Wendy R., "Lawyers and Technology: Let's settle this, online", *The National Law Journal*, p. A20, 5 juillet 1999, <http://www.ljx.com/cgi-bin/f_cat?prod/ljextra/data/texts/1999_0627_35.html>.

[41] *CyberTribunal*, <http://www.cybertribunal.org>.

[42] *CyberTribunal*, Foire aux questions, <http://www.cybertribunal.org/html/faqglo.asp>.

[43] *CyberTribunal*, <http://www.cybertribunal.org/html/avantage.htm>.

[44] *CyberTribunal*, Procédure générale d'arbitrage, <http://www.cybertribunal.org/html/procedure.asp>.

* Node l'éditeur : la phase expérimentale du *CyberTribunal* s'est maintenant achevée. Le système a été concédé à *e-resolution*, un organisme privé chargé de résoudre les conflits relatifs aux noms de domaine : <http://www.eresolution.org>.

[45] *ClickNsettle*, <http://www.clicknsettle.com>.

[46] *CyberSettle*, <http://www.cybersettle.com>.

[47] *ClickNsettle*, "ClickNsettle.com Signs on Its 50th Commercial Client in Just 10 Weeks of Operation ", 20 août 1999, *ClickNsettle.com*, communiqué de presse, <http://www.clicknsettle.com/content.cfm?memoid=45>.

[48] Pour chaque offre ou demande faite dans les 20 premiers jours, chaque partie doit payer 10$ par offre ou demande, pour celles faites dans les 20 prochains jours, 15$ et pour celles faites dans les vingt derniers jours, 20$. Si le dossier est réglé pour une somme inférieure à 10,000$, chaque partie doit payer 100$. Si le montant du règlement est supérieur à 10,000$, la somme est majorée à 200$ (<http://www.clicknsettle.com/fees.cfm>).

[49] Pour un récit plus étoffé de la création du site, voir le texte de Alan COHEN, "Settling Disputes Online", *New York Law Journal*, 19 avril 1999, <http://www.cybersettle.com/news/clippings_ny_journal041999.htm>.

[50] Par exemple, si le demandeur réclame 75,000$ et le défendeur propose 65,000$, le dossier est réglé pour la somme de 70,000$ (<http://www.clicknsettle.com/howitworks.cfm>).

[51] Alan COHEN, *op. cit.*, note 49.

[52] Mark THOMPSON, "Settling Online : Litigation Without Lawyer Noise", 19 avril 1999, *Law News Network*, <http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A707-1999Apr15.html>.

[53] *Id.*

[54] A titre d'exemple on peut nommer le groupe Janzen de San Francisco qui se spécialise toutefois dans le domaine du droit du travail, <http://www.janzengroup.com> et le site de *IRIS* (*Imaginons un Réseau Internet Solidaire*) qui adopta le service de médiation en ligne créé par le professeur Sébastien Cavenet de la Faculté de droit de l'Université de Poitiers, <http://www.iris.sgdg.org/mediation/>. On peut aussi consulter le site du *Better Business Bureau*, <http://www.bbb.org/>, qui se concentre sur la protection des consommateurs en offrant des sceaux ainsi que des services de médiation et d'arbitrage.

[55] C'est ainsi que l'on ne retrouve plus trace de *GAMA* (*Global Arbitration Mediation Association*) à qui certains attribue la première expérience de résolution de différend en ligne, ni de l'*ICPA* (*Internet Consumer Protection Agency*).

[56] Voir Jean MORIN, Les modes alternatifs de résolution des conflits, Collection permanente de formation, Diplôme de Droit Notarial, Montréal, COOP droit, 1995-1996, nº129, p. 51, ainsi que la jurisprudence qu'il cite à la note 42.

[57] *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, (1983) R.C.S. 529.

[58] Jean MORIN, *op.cit.*, note 56, nº136, p. 54.

[59] On pourra consulter à cet effet le texte de Lise I. BEAUDOUIN, *loc. cit.*, note 15 ainsi que le texte du juge Gontran ROULEAU, "L'expérience du projet pil,ote de Montréal en médiation civile et commerciale", dans Jean-Louis BAUDOUIN (dir.), Association Henri Capitant,*Médiation et Modes Alternatifs de règlement des conflits: aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1997, p. 179.

[60] Les statistiques rapportées ont été puisées dans l'article de Lise I. BEAUDOUIN, *loc.cit.*, note 15.

[61] Voir *supra*, note 10.

[62] [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), p. 2789.

[63] Marc-André PATOINE, "Dispositions législatives", dans *Développements récents en médiation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1995, p. 9-25.

[64] *Office de la protection du consommateur*, section "Services aux consommateurs", paragraphe "De quelle façon l'Office intervient-il dans le règlement des problèmes entre le consommateur et les commerçants?", <http://www.opc.gouv.qc.ca/frames.asp?PagePrincipal=Qui_sommes_nous/default.htm>.

[65] Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après L.P.C.).

[66] Cet article prévoit plusieurs conditions à son application.

[67] Supra, section II 2. c.

[68] *CyberTribunal*, <http://www.cybertribunal.org/html/sceau.asp>.

[69] Article 953 c) C.p.c.

© copyright 1995-2008 *Lex Electronica* Tous droits réservés / All Rights Reserved ISSN 1480-1787