



Mariem Rekik

« *Le juge du contrat électronique international* »,

Mémoire, Faculté de Droit de Sfax, 2013

UNIVERSITE DE
SFAX



FACULTE DE DROIT
DE SFAX

Le juge du contrat électronique international

Mémoire

Pour l'obtention du Mastère de recherche en Droit privé

Elaboré et soutenu publiquement le 14/12/2013

par :

Meriem REKIK

Sous la direction de :

Abderraouf ELLOUMI

JURY :

Président : Mr. Sami JERBI

Directeur : Mr. Abderraouf ELLOUMI

Rapporteur: Mme. Maysoun BOUZID AJROUD

Année Universitaire : 2012 - 2013

Dédicaces

Je dédie ce travail,

À mes parents

En témoignage de ma profonde affection et de mon infinie reconnaissance. Que vous soyez assurés de ma volonté de multiplier les efforts pour atteindre ce que vous espérez pour moi,

À ma sœur

Avec tous mes vœux de succès et de réussite,

À mon cher fiancé

Toutes mes reconnaissances et tous mes vœux de bonheur et de réussite,

À tous ceux qui souhaitent ma réussite et ceux qui m'aiment.



Meriem

Remerciement

Je loue Dieu tout puissant de m'avoir donné la vie, la santé et d'avoir fait de moi ce que je suis aujourd'hui. C'est grâce à lui que ce présent travail a vu le jour.

Je tiens, à exprimer ma gratitude et mes vifs remerciements à mon encadreur Mr Abderraouf ELLOUMI qui a proposé le thème de ce mémoire, pour ses conseils du début à la fin de ce travail.

Je tiens également à remercier messieurs les membres de jury pour l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant de siéger à ma soutenance.

Je remercie aussi tous mes enseignants de la Faculté de Droit de Sfax et tous les responsables et agents de la faculté.

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Liste des principales abréviations

al.	: Alinéa
Arb. Act.	: Arbitration Act [1996] (Angleterre)
art.	: article
A.T.F	: Arrêts du Tribunal fédéral (Suisse)
bull.civ	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
Bull. ASA	: Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (Bâle)
Bull. CCI	: Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (Paris)
Cal .Rptr.	: California Reporter, 2nd series – State cases
C.A.T.	: Code d'arbitrage tunisien
Cass.	: Cour de cassation
cass.com	: cassation commerciale
C.C.F.	: Code civil français
C.C.Q.	: Code civil du Québec
C.C.I.	: Chambre de commerce internationale (Paris)
C.D.I.P.	: Code de droit international privé tunisien
C.E.	: Communauté européenne
C.j.	: Code juridique (Belgique)
C.J.C.E.	: Cour de justice des Communautés européennes
C.N.U.D.C.I.	: Commission des Nations Unis pour le droit commercial international
C.O.C.	: Code des obligations et contrat
com.-com. électr.	: Communication-Commerce électronique
C.P.C.	: Code de procédure civile (France)
C.P.U.	: Centre de publication universitaire
D.	: Recueil Dalloz
D. Mass.	: District Court of Massachusetts

E.B.O.R.	: European Business Organization Law Review (La Haye)
et al.	: (du latin <i>et alii</i>) :et les autres
et s.	: et suivant(e)(s)
F. Supp.	: Federal Supplement, 1st series – Federal District Court cases
F. Supp. 2d	: Federal Supplement, 2nd series – Federal District Court cases
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	: ibidem (au même endroit)
I.C.C.A.	: International Council for Commercial Arbitration
in	: dans tel ouvrage ou étude
J.C.P.G.	: Juris Classeur périodique, édition générale
J.D.I.	: Journal du droit international [Clunet] (Paris)
J.int.Arb.	: Journal of International Arbitration (Genève)
J.O.C.E.	: Journal officiel de la Communauté européenne
J.O.RF.	: journal officiel de la République Française
J.O.U.E.	: Journal Officiel de l’Union Européenne
L.G.D.J.	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	: <i>locus citato</i> (à l’endroit cité)
n.	: note
notam.	: notamment
obs.	: observations
O.C.D.E.	: Organisation de coopération et de développement économiques
O.M.P.I.	: Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle
<i>op.cit</i>	: <i>opus.citato</i> (œuvre citée)
p.	: page
P.aff.	: petites affiches
passim	: à divers endroits
pp.	: pages

§	: paragraphe
PUF	: Presses universitaires de France
R.D.A.I.	: Revue de droit des affaires internationales (Paris)
R.D.U.S	: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Sherbrooke, Québec)
Rev. Arb.	: Revue de l'arbitrage
Rev. crit. D.I.P.	: Revue critique de droit international privé
R.G.D.	: Revue générale de droit
R.J.L	: Revue de la jurisprudence et de la législation
R.J.T	: Revue juridique Thémis
R.L.D.I.	: Revue Lamy Droit de l'Immatériel
R.R.J	: Revue de la recherche juridique (Aix en Provence)
R.T.D. civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. Com.	: Revue Internationale du Droit Comparé
S.DN.Y	: Southern District Court of New York
Super. Ct	: Superior Court
<i>supra</i>	: ci-dessus
s.dir	: sous la direction
t	: tome
T.G.I.	: Tribunal de grande instance (Paris)
trad.	: traduit par
U.D.R.P.	: Uniform Domain Name Dispute resolution Policy (ICANN)
UNIDROIT	: Institut international pour l'unification du droit privé
WBR	: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Pays-Bas)
ZPO	: <i>Zivilprozessordnung</i> (Allemagne ou Autriche)

SOMMAIRE

Introduction

Partie première : L'impact de l'internet sur le fondement de la compétence du juge du contrat électronique international

Chapitre premier : La désignation du juge du contrat électronique international par la liberté contractuelle

Chapitre deuxième : La détermination objective du juge du contrat électronique international

Partie deuxième: L'incidence de l'internet sur le règlement du contentieux électronique

Chapitre premier : La recherche d'une justice appropriée aux litiges cybernétiques : la cyberjustice

Chapitre deuxième: La nécessaire adaptation du système judiciaire

Conclusion générale

Introduction

« Internet n'a pas de frontières territoriales. Pour paraphraser Gertrude Stein, en ce qui concerne Internet, non seulement n' y a-t-il peut-être aucun 'là' là'', mais le "là" est partout où, il' y a un accès Internet»¹

Les innovations technologiques ont tout temps défié les modes traditionnels d'échange et de commerce² tout en permettant de disposer de modes de communication qui réalisent un accès plus large aux opportunités d'affaires autant que pour les échanges de biens et de services³. On est ainsi à veille d'une véritable explosion des outils traditionnels d'échange de commerce⁴. Cependant, ce n'est qu'avec l'avènement de l'Internet⁵, réseau des réseaux⁶ que cette révolution technologique a pris sa véritable effervescence⁷. En effet, le développement jumelé de l'informatique et de l'Internet⁸, la mondialisation avec son corollaire le libéralisme économique ont considérablement modifié le schéma classique des relations

¹ Juge Nancy GERTNER, dans l'affaire Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997), cité par M. GEIST, « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, version 1.3, 76 p., disponible au <http://www.chlc.ca/fr/c1s/internet-jurisdiction-fr.pdf>, note 173, p.1 ; A.BRAHMI, « La conclusion du contrat par voie électronique », R.J.L, 2000, n°2, p.9.

² H-M. ASSOKO, La régulation des réseaux numériques par le contrat, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit privé, Université de Toulouse I-Sciences sociales, 2006, p. 9.

³ S.KALLEL, « Arbitrage et commerce électronique », RDAI n°1, 2001, p13.

⁴ M. FALAISE, « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », P.aff., 7 août 1998, n°94, p. 4 ; V. ETIENNE, Le développement de la signature électronique, mémoire de mastère de recherche en droit des affaires, Université de Paris, 2010-2011 ,p.6, disponible en ligne sur : www.cngtc.fr/pdf/telechargement/doc_1_27.pdf.

⁵ Voir sur l'historique de l'Internet : T. SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, cahiers du centre de recherche Informatique et droit, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, p 18 et s. ; N.BOURDEAU, La formation du contrat du commerce électronique, mémoire de D.E.A, Université des Sciences sociales-Toulouse III, 1998-1999, p .8.

⁶ Voir sur une définition de l'internet : M-J. BAPTISTE, Créer et exploiter un commerce électronique, LITEC, Paris, 1998, p.2 ; S.LAKSHMINARAYAN, « Juridictions compétentes et internet », dans G. CHANTILLON, dir., Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 531 ; P.BRESSE, , Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Paris, Vuibert, 2001, p.15.

⁷ H-M ASSOKO, thèse précitée, p. 9.

⁸ Ph. LE TOURNEAU, Contrats électroniques et informatiques, DALLOZ, 2002, p.2.

commerciales internationales⁹ et affecté ainsi les échanges d'une dématérialisation¹⁰. Ce nouveau médium permettant aux internautes de passer des commandes à l'autre bout du monde par une simple pression sur le bouton d'une souris¹¹, recevoir la livraison des biens et de services à leurs domiciles¹², a créé un nouveau espace ou un moderne moyen de communication¹³, que la pratique nomme « cyberspace »¹⁴ et que Ethan KATSH le décrit comme « *un monde miroir* »¹⁵. Les frontières étatiques traditionnelles se trouvent brisées¹⁶, les notions d'espace et de temps bouleversées, et les transactions marquées par un sceau de célérité¹⁷. Tous ces facteurs ne sont pas sans incidence sur le commerce électronique¹⁸

⁹ M-A KONÉ, La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois, mémoire en vue de l'obtention de grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, 2007, p. 2.

¹⁰ Sur cette notion de « dématérialisation, voir: P.BREESE, *op.cit.*, p.18 ; F.MAS, Les clauses des contrats du commerce électronique », Bibliothèque de droit privé, Tome 437, LGDJ, 2005, p.20.

¹¹ A. ELLOUMI, La protection du consommateur dans le commerce électronique, mémoire pour l'obtention du DEA en droit des affaires, faculté de droit de Sfax, 2002, p1

¹² S. GUILLEMARD, « Le "cyberconsommateur " est mort, vive l'adhérent », (2004) 1 J.D.I., p. 54.

¹³ Deux courants de pensées s'opposent quant à la qualification du « cyberspace ». Pour le premier, il constitue un nouvel espace, pour le second il s'agit d'un moyen de communication. Voir à ce propos : S.GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse de doctorat pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC et Université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), 2003, p. 212 ; G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges » in Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?, s. dir. K. Boele-Woelki et C. Kessedjian, La Haye, Kluwer, 1998, p. 89 et s. spéc. p. 91.

¹⁴ Le terme « cyberspace » qui est emprunté à un roman de science-fiction que William GIBSON écrivait en 1984, désigne de nos jours un « *lieu imaginaire appliqué métaphoriquement au réseau Internet et dans lequel les internautes qui y naviguent s'adonnent à des activités diverses* » : office québécois de la langue française, en ligne grand dictionnaire.com :http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Mot-clef/index_1024_1.asp

¹⁵ E.KATSH, « Dispute resolution in cyberspace », 28 Connecticut law review, p.953 et s. disponible en ligne sur : <http://www.umass.evd/legal/articles/uconn.htm>.

¹⁶ M-A KONÉ, mémoire précité, p.2.

¹⁷ A. AYEWOADAN, « La médiation en ligne », JCP, éd.gén, n°19, 10.05.2006, p. 945.

¹⁸ Quant à la notion de commerce électronique, en dépit de son apparente simplicité, elle faisait l'objet d'un débat doctrinal. Pour une définition large, voir celle proposée par Éric BARBRY, pour qui, ce concept désigne « *l'ensemble des échanges d'informations, opérations et transactions réalisées sur le réseau et qui affecte la vie des affaires* » : É.BARBRY, « Le droit du commerce électronique: de la protection à la confiance » (1998) 2 Revue de Droit de l'Informatique et des télécoms 14, p. 15, cité par : F. Mas, *op.cit.*, p. 7. Voir également la définition proposée par le professeur Jérôme Huet : J.HUET, « La problématique juridique du commerce électronique », colloque droit et commerce, Deauville 2000, le droit des affaires du XXI^{ème} siècle, disponible en ligne sur : <http://www.actoba.com/public/JH>; H.CAUSSE, « Le contrat électronique, technique du commerce électronique », in le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Paris, LGDJ, 2005, p.16-17.

devenu commerce en ligne, appelé encore commerce électronique via internet¹⁹.

De nouvelles normes internationales se mettent progressivement en place pour réguler l'internet et le commerce à partir des usages issus du commerce et des traités internationaux²⁰. Il serait en vérité en vain de tenter d'énumérer toutes les directives, réglementations, lois et décrets adoptés ces dernières années dans le monde pour réglementer les activités véhiculées par les réseaux²¹.

Certains, se plaçant du côté clientèle, estiment que le commerce électronique vise deux catégories d'utilisateurs (professionnels et consommateurs): commerce B to B et commerce B to C. Alors que d'autres²², nonobstant la qualité des partenaires, distinguent selon le mode d'exécution, les transactions intégralement électroniques de celles partiellement électroniques où seule la conclusion est à distance. C'est cette distinction qui met en relief l'instrument ou la technique du commerce

¹⁹ L'apparition de l'internet ne se coïncide pas à celle du commerce électronique. Ce dernier n'est pas alors un phénomène nouveau en soi. Il se transforme plutôt rapidement sous l'impulsion du réseau informatique et notamment de l'internet. Voir M. FALAISE, art. précité, p.4.

²⁰ L. BOCHURBURG, *Internet et commerce électronique*, DELMAS, 2^{ème} édition, p.19.

²¹ Certains auteurs proposent par ailleurs des études traduisant très nettement l'intensité de l'activité réglementaire. Pour une présentation générale : F. OLIVIER et E. BARRY, « Richesse et complexité du cadre juridique afférent aux autoroutes de l'information et au multimédia » in *Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia : un nouveau défi*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.40 et s.; K.W.GREWLICH, *Governance in 'Cyberspace', Access and Public Interest in Global Communications*, La Haye, Kluwer, 1999, n°29 ; A.M. RUTKOWSKI, « Factors Shaping Internet Self- Governance » in *Coordinating The Internet*, dir. B. Kahin et J.H. Keller, Cambridge, Mass. Et Londres, MIT Press, 1997, p. 92 et s. ; Ch. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz/Dunod, 2002, O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, p. 16 et s., sous le titre « La permanence du droit étatique » ; E.LABEE, « La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : L'influence de la technologie sur la production de normes », conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, disponible en ligne sur : www.lex-electronica.org/doc/articles_111.pdf; I.DE LAMBERTERIE, « Multiplicité des contrats électroniques », conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, disponible en ligne sur : www.lex-electronica.org/doc/articles_110/pdf; Pour le droit tunisien: A.ELLOUMI, mémoire précité, p. 3

²² P.BREESE, *op.cit.*, p.16

électronique²³ passé sur internet à savoir le contrat électronique. Le contrat électronique est défini comme « *la situation par laquelle un engagement est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui utilisent chacune un ordinateur branché sur un réseau de communication comme moyen de transmettre une offre et une acceptation, éléments constitutifs dudit contrat. Et afin de ne pas y intégrer le télécopieur, il est nécessaire qu'aucune retranscription sur papier n'en soit effectuée* »²⁴. Le contrat électronique n'est pas original par son objet²⁵. Le vocable « électronique » désigne seulement son vecteur, en l'occurrence l'internet²⁶.

Technique indispensable au commerce électronique²⁷, loi du réseau²⁸, le contrat électronique fait le marché²⁹, sans lui et au particulier, il y aurait simplement un espace électronique qui aurait seulement exigé un aménagement des règles sur la communication. Le commerce électronique est le domaine contractuel par nature³⁰. Allant plus loin, pour souligner l'intime relation entre les deux notions de contrat électronique et commerce électronique, certains auteurs considèrent que « *les contrats*

²³ Selon M.MOREAU, l'apport de la directive du 8 juin 2000 est de distinguer parmi les prestations par voie électronique, le contrat électronique, instrument nécessaire du commerce électronique ; M.MOREAU, Conclusion, in le contrat électronique au cœur du commerce électronique, *journées d'études du 12 mars 2005 et du 18 mars 2004, organisées par le diplôme juriste conseil d'entreprise*, Paris, LGDJ, 2005, p.135

²⁴ V.GAUTRAIS, L'encadrement juridique du contrat électronique international, thèse, Université de Montréal, Bruxelles, 2^{ème} édition, Bruylant, 2002, p.6. Voir également L.BOCHURBERG, *op.cit*, p.116 ; C.Kessedjian, « Internet et le Règlement des différends » dans F.W. Grosheide et K. BoeleWoelki, dir., *Molengraffica 1999-2000, Koninklijke Vermande, Lelystad, 2000, p. 82.*

²⁵ Philippe LE TOURNEAU propose de parler plutôt de « contrats relatifs à l'informatique » puisqu'il s'agit de « contrats ordinaires, soumis au régime des figures juridiques qu'ils utilisent (vente, louage, entreprise, prêt, etc.) » : Ph. LE TOURNEAU, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Paris, Dalloz, 2000, p. 2 ; Ph. LE TOURNEAU, « La notion du contrat électronique », in s.dir. Jacques Raynaud, *Les deuxièmes journées internationales du droit de commerce électronique, actes de colloque, Département Sciences Juridiques de l'EDHEC, Ecole du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier, Paris, LITEC, 2003, pp.2-17*

²⁶ C.GHAZOUANI, *Le contrat de commerce électronique international*, Tunis, Laatraches Editions, 2011, p. 9.

²⁷ H.CAUSSE, article précité, p. 11.

²⁸ H- M.ASSOKO, thèse précitée, p. 34.

²⁹ H.CAUSSE, article précité, p. 33.

³⁰ H- M.ASSOKO, thèse précitée, p. 18.

électroniquement conclus ou s'exécutant ainsi constituent ce qui est également nommé le commerce électronique »³¹.

Le contrat électronique est avant tout un contrat à distance³² entre personnes éloignées qui ne se connaissent pas forcément. Le contrat électronique se caractérise également par son immatérialité ou dématérialisation. Ceci ne signifie pas qu'il ne pourrait avoir qu'une exécution en ligne, son exécution pourrait bien correspondre à une livraison physique. À ces caractéristiques du contrat électronique³³, s'ajoute un déséquilibre entre le professionnel et le consommateur, qui lui emprunte souvent la qualification de contrat d'adhésion³⁴.

Si ces caractéristiques sont certaines et évidentes, qu'en est-il de l'internationalité du contrat électronique ? Cette question est largement débattue en doctrine et l'interrogation principale consiste à savoir si l'ubiquité du médium utilisé permet de conclure à l'internationalité systématique du contrat. Si l'internationalité, l'interactivité et la disparition des frontières sur le réseau internet permettent de retenir très souvent en pratique la condition d'extranéité et par conséquent l'internationalité du contrat électronique³⁵, on doit se montrer prudent en parlant du caractère

³¹ Ph. LE TOURNEAU, « La notion du contrat électronique », article précité, p.5.

³² علي كحلون، "العقد الإلكتروني"، م.ق.ت.، ديسمبر 2001، ص.43.

³³ Voir sur les caractéristiques du contrat électronique : D.MAINGUY, « L'échange électronique des consentements », in les premières journées internationales du droit du commerce électronique, actes de colloque de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000, organisé par le département Sciences juridiques de l'EDHEC de l'école de droit de l'entreprise p. 214 et s

³⁴ « *Les contrats rencontrés sur les réseaux numériques sont dans leur ensemble des contrats d'adhésion dans le sens retenu par Georges BERLIZ c'est à dire des contrats dont le contenu contractuel a été fixé totalement ou partiellement de façon abstraite et unilatérale avant la période contractuelle* » : H-M. ASSOKO, thèse précitée, p.31.

³⁵ C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p.14. Certains auteurs estiment que les échanges électroniques générés sur les réseaux numériques possèdent intrinsèquement en germe l'internationalité. Voir M. Vivant, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet, Paris, Lamy, p.1450 ; L.BOCHURBURG, Internet et commerce électronique, *op.cit.*, p.239 ; G. Haas, « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998), en ligne sur : http://www.juriscom.net/chr/1/fr_19980710.htm; E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Paris, LITEC, 2000, préface ; M.MOREAU, article précité., p.13 ; S-P.PERUZZETTO, « La loi applicable au contrat par électronique », dans Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Paris, éd.

vraisemblablement international du contrat électronique³⁶. Doit-on alors opter pour une approche réaliste du problème qui consiste à contester «*l'affirmation de l'essence internationale du contrat électronique* »³⁷, en tenant compte notamment des observations et études qui font remarquer le caractère national, voire local des activités de vente à la consommation³⁸. D'où les critiques adressées au critère technologique dans la délimitation de l'internationalité du contrat électronique³⁹. Par conséquent, il est impératif pour la détermination de l'internationalité du contrat électronique de procéder par une démarche classique basée sur des critères autres que le critère technologique⁴⁰. Concevables dans une approche matérielle et territoriale du contrat, ces critères qui sont en nombre de deux sont incontournables même pour les contrats électroniques. Selon d'abord un critère juridique⁴¹, est international le contrat qui se rattache à plusieurs ordres juridiques⁴². Selon ensuite un critère économique, le contrat est international s'il met en jeu les intérêts du commerce international⁴³. Cette définition économique du contrat international, une fois appliquée au

Panthéon-Assas, 2002, p. 152; J. HUET, «Le droit applicable dans les réseaux numériques » (2002) 3 J.D.I. p. 737.

³⁶ C. KESSEDJIAN, « Internet et le Règlement des différends » article précité, n.36 p.81 ; A.BENCHENEB, « Commerce électronique et règlement des litiges contractuels », J.C.P, n°4, 2002, p. 34.

³⁷ O.CACHARD, *op. cit.*, p.124.

³⁸ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 289 ; OCDE, « Measuring the information Economy 2002 », en ligne : http://www.oecd.org/statisticsdata/0.3381.en_2649_34449_1_119656_1_2_I_OO.htm : « Available statistics show that Internet sales are mainly domestic », p. 59; Voir aussi Florence MAS, pour qui: «*Les transactions via l'internet [...] s'opèrent encore à ce jour principalement à l'intérieur des frontières des pays [...], ceci est en particulier le cas pour les transactions réalisés avec les consommateurs* » : F.MAS, *op.cit.*, p. 5; P.BREESE, *op.cit.*, p. 348.

³⁹ Outre son excès, ce critère a été vivement critiqué parce qu'il a été focalisé moins sur le lien contractuel de part sa nature et sa qualification en soi que sur le moyen technique et le support sur lequel le contrat est formé. Le support technique fréquemment utilisé dans les échanges électroniques ne peut pas définir l'internationalité du rapport contractuel.

⁴⁰ Sylvette GUILLEMARD considère cette «*démarche casuistique [comme] fastidieuse, compliquée et inutile, engendrant une dose rebutante d'imprévisibilité* ». Elle propose en contrepartie de «*qualifier ce contrat de « transmondial » ou de « cyberspatial », puisqu'il a lieu avec deux mondes, le monde virtuel et le monde terrestre* » : S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 290.

⁴¹ C'est ce critère qu'adopte l'art. 2^{ème} du CDIP tunisien.

⁴² P.MAYER et V.HEUZE, Droit international privé, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2005, n°1 et s.; H.BATIFOLL, Traité élémentaire de DIP, Paris, LGDJ, 1995.

⁴³ Cette définition économique du contrat international a connu une évolution jurisprudentielle. Elle a été basée en premier temps sur «*un double mouvement de flux et de reflux des valeurs au dessus des frontières* » : cass.com.1958, rev.civ, 1959, 117, note ARSELME-RABINONTCH.

contrat électronique, reste pertinente⁴⁴, puisque la déterritorialisation de l'Internet ne remet pas en cause le découpage géopolitique de la terre⁴⁵. Bref, on partage la conclusion logique de Mrs Fallon et Meeusen, voulant que « *la preuve de l'internationalité du [contrat électronique] ne devrait pas s'avérer problématique, dès lors qu'il suffira d'établir tout élément indiquant que la situation ne se cantonne pas à l'intérieur d'un seul État* »⁴⁶.

Regardé comme un champ de liberté où les pratiques contractuelles se multiplient davantage en nombre qu'en espace de sorte à créer un maillage contractuel⁴⁷, le réseau internet se voit également comme un espace générant un abondant contentieux⁴⁸. Il s'agit de « *conflits virtuels mais biens réels* »⁴⁹. À cet égard, l'échange cyberspatial, ne différant certes pas de l'échange traditionnel, n'est pas sans soulever des difficultés entre les divers opérateurs⁵⁰ et implique en tant qu'un contrat à distance des risques supérieurs à un simple échange de main à main⁵¹. Ces difficultés, au même titre que les difficultés naissant dans le monde analogue, doivent être très souvent résolues par l'intervention d'un tiers neutre qui serait l'acteur actif à ce stade contentieux : un juge. Ce dernier qui ne serait pas exclusivement

⁴⁴ Du moins si on la confronte avec la fragilité et l'insuffisance du critère juridique, vu la facilité de fraude commise par l'adjonction au contrat d'une internationalité fictive. Voir M.-E.HACHEM, leçons de DIP, livre II : les conflits de lois (droit applicable à une relation transfrontière), C.P.U, Tunis, 1997, p.231.

⁴⁵ É. CHAKTHOURA, Le droit international privé à l'épreuve du commerce électronique, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit, Université du Québec à Montréal, 2011, p.138, disponible en ligne sur : www.archipel.uqam.ca/4701/1/M12219.pdf.

⁴⁶ M.FALLON et J.MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31 /CE et le droit international privé » (2002) 91 Rev. crit. D.I.P. pp.435-439.

⁴⁷ H-M.ASSOKO, thèse précitée, p.3 ; I.DÉ LAMBERTERIE, « Multiplicité des contrats électroniques », article précité ; Ph. Le TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2002, 2^{ème} éd., p.17 ; M.VIVANT, Les contrats de commerce électronique, Paris, Litec, 1999, pp.196 ;

⁴⁸ A.MARMISSE, « Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe » in J.RAYNARD, s.dir., Les premières journées internationales du droit de commerce électronique, LITEC, 2000, p.82.

⁴⁹ V.TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies », Rev. Ubiquité, 1999, n°2, pp.47-64, p.53.

⁵⁰ S.KALLEL, article précité, p.16.

⁵¹ Pour une liste des risques inhérents à la vente à distance pour le consommateur, H. KÖHLER, « Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping) » in, Neue Juristische Wochenschrift (Francfort 1998, p. 185 et s., spéc. p.186 cité par T.SCHULTZ, thèse précitée, p.200.

une autorité relevant de l'ordre étatique, devrait être compétent. Ainsi, aux mêmes questions classiques du juge compétent pour être saisi du litige et de la loi applicable, le juriste serait confronté. C'est à la première question, celle de la juridiction compétente⁵² que notre étude sera focalisée. En effet, saisi d'un litige d'ordre international ; et avant de désigner la loi applicable, le juge qu'elle qu'en soit la nature doit s'assurer qu'il est compétent pour connaître d'un tel litige⁵³.

Contrairement à ceux estimant que la loi applicable soulève plus de difficulté que la question du juge du contrat électronique international⁵⁴, cette dernière suscite certains intérêts voire certaines difficultés.

Sur le plan juridique, Internet et ses flux d'informations perturbent généralement les paradigmes du droit⁵⁵. Ainsi, selon le professeur Trudel, les caractéristiques de la société de l'information affectent profondément la manière d'envisager le droit. En effet, les règles de droit impliquent que les situations qu'elles régissent soient relativement stables. Or, dans la société

⁵² Le terme « juridiction » dans le cadre notre recherche ne peut être pris dans un sens étroit c'est-à-dire celui ne désignant qu'une autorité étatique. On étend également l'appellation donnée aux autorités privées.

⁵³ A.BERNARD, Droit international privé, Economica, 4^{ème} éd., 2006, p. 286 ; C.BLAISE, Le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), mémoire de D.E.A de droit des obligations civiles et commerciales, Faculté de droit, Université de Paris Descartes, 1996-1997, p. 50.

⁵⁴ J. PASSA, «Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions », Comm. Com. électr, n°5, mai 2005, Étude 17, p.15, disponible également en ligne au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do>.

⁵⁵ J.REIDENBERG, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », (1996) 45 Emory Law Journal, p. 911, 913-916. E.VOLOKH, « Technology and the Future of Law », Stanford Law Review, 47 (1995), p. 1375.

de l'information, les rationalités qui fondent le droit sont en perpétuelle mutation⁵⁶.

Plus particulièrement, s'intéresser à la question du juge compétent du contrat électronique international, et plus généralement à la compétence internationale⁵⁷, fait nécessairement appel aux règles classiques du droit international privé⁵⁸, ce dernier étant alors le plus concerné par la mutation des modes d'échange de biens et de services⁵⁹. Autrement dit, le juriste et plus spécialement l'internationaliste du droit international privé, confronté à un monde virtuel largement dématérialisé où la marchandise elle-même devient numérique, se prend à hésiter quant à l'adéquation des règles classiques de conflits de lois et de juridictions dans leur application au commerce électronique international⁶⁰. L'étude du contrat électronique international en ce qui concerne le juge compétent est alors une occasion de faire apparaître l'évolution récente du droit international privé ou de ce

⁵⁶ P. TRUDEL, « Les mutations du droit à l'âge numérique », juillet 2002, *Revue Droit & Toile*, disponible à <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>; Pierre TRUDEL « L'influence d'Internet sur la production du droit », disponible à http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf; Y. POULLET, Compte rendu de l'audition devant le groupe de travail Société de l'information du Parlement belge, 11 octobre 2000, www.droit.fundp.ac.be/Textes/CCE.pdf; J. REIDENBERG, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », présentation au colloque « Les incertitudes du droit? », Faculté de droit, Université de Montréal, 23 mars 1998, disponible à <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/conferences/C60.pdf>. Voir également sur la problématique du droit applicable au commerce électronique : I. GAVANON, « La directive 'CE', continuité ou nouveauté juridique? », *comm. com. électr. déc.* 2001, pp.10-15

⁵⁷ Les mêmes intérêts qui seront évoqués valent également en ce qui concerne la loi applicable au contrat électronique international. Voir à ce propos : S. BIEGEL, *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 27 cité par I. MOKANOV, la teneur du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature, mémoire en vue de l'obtention du grade LL.M, faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002

⁵⁸ A. MARMISSE, article précité, p.83, B. DE GROOTE, « L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick », *Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information* – n° 16/2003, p.61 et s.

⁵⁹ E.-A. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, *op.cit.*, préface ; PASSA (J), « Le contrat électronique international : conflits de loi et de juridictions », in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique*, Paris, LGDJ, 2005, p. 89 ; J. HUET « Commerce électronique, loi applicable et règlement des litiges : Propositions des grandes entreprises », *J.C.P.G.*, n°40, 6 oct. 1999, pp.1761-1762.

⁶⁰ R. DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international : détermination objective du tribunal compétent », in *recueil des travaux offerts à Monsieur Jean-Pierre. Sortais*, Bruxelles, Bruylant, p.1.

qu'il est convenu d'appeler « le droit international privé moderne », en matière contractuelle tout particulièrement⁶¹.

Les règles du droit international privé, déjà complexes, sont-elles adaptées au développement du commerce électronique de dimension internationale ?⁶² Ou faut-il penser à l'édiction de nouvelles règles relatives à cette nouvelle façon de contracter, de commercer sur internet ? Faut-il ainsi sonner le glas du droit international privé ?⁶³

Ces interrogations ont suscité une divergence de positions doctrinales. D'un côté, prenant appui sur les caractéristiques du réseau, une école de pensée présume que le droit international privé est inadapté aux nouvelles technologies et prône de ce fait une approche transnationale justifiée par l'existence d'un nouvel espace⁶⁴. De l'autre côté, certains auteurs, conscients des spécificités des contrats passés en ligne et du fait que le droit doit tout couvrir, parlent du « *renouvellement du DIP* » qui se concrétise en une simple adaptation et non en une révolution. En d'autres termes, il s'agit de faire adapter ses règles disséminées liées à l'utilisation du réseau et non les transformer radicalement⁶⁵. Certes, une telle position n'est qu'une suite d'un constat qu'en réalité les réseaux, loin de menacer le droit international privé dans son existence, en renforcent la nécessité⁶⁶.

⁶¹ J.PASSA, « Le contrat électronique international : conflits de loi et de juridictions », article précité, p.89.

⁶² A.BENCHENEB, article précité, p.33 ; E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, préface.

⁶³ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHANTILLON, dir., Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.56

⁶⁴ J-J. LAVENUE, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communications » (1996) 3 R.R.J. 811, p. 834. D'autres auteurs partent du constat que le cyberspace est un environnement qui devrait être régi par un nouveau corps de règles et d'usages, vu comme le produit de la communauté du commerce électronique. Voir à ce propos : P.TRUDEL, « La lex electronica » dans Charles-Albert Morand, Le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5; V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLIF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica », (1997) 5 Int'l Bus. L.J. 547-579.

⁶⁵ L.BOCHURBURG, *op.cit.*, p..2

⁶⁶ A.MARMISSE, article précité, p .83 ; B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », (1992) III RCADI, 333 et s., p. 387 cité par B. FAUVARQUE-COSSON, article précité, p.69.

Admettons que les règles du droit international privé continuent à se voir applicables, tout particulièrement en ce qui concerne la détermination du juge compétent du contrat électronique international, sans être pour autant à l'abri de toute épreuve⁶⁷, de véritables difficultés surgissent. Ces dernières sont inhérentes aux caractéristiques du cyberspace. En effet, l'ubiquité et l'immatérialité des activités sur internet sont de nature à remettre fondamentalement en question la notion de territorialité sur laquelle sont basés les principes du DIP, la communication sur internet ne connaissant pas de frontières géographiques⁶⁸.

La question de la compétence juridictionnelle en matière contractuelle n'est pas sans utilité pratique. Ceci est vérifiable à plusieurs niveaux. D'une part, la possibilité de déterminer avec certitude la loi applicable à une transaction électronique et d'identifier le tribunal compétent en cas de litige relatif à une obligation contractée par internet est un élément susceptible de renforcer la confiance des utilisateurs, facteur indispensable pour le développement du commerce électronique. En effet, saisissabilité et efficacité sont facteurs de l'effectivité juridictionnelle. Doter les colitigants et en particulier le consommateur d'une juridiction proche et dont le règlement est assez rapide constitue une garantie fondamentale de l'effectivité de leurs droits⁶⁹. Ceci présuppose des règles précises et prévisibles de conflits de lois et de juridictions pour éviter que le commerce électronique ne devienne le lieu d'une foire d'empoigne fautive

⁶⁷ P.VALLERERSUNDI, « Comment résoudre les conflits transnationaux », dans Georges CHANTILLON, dir., *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 504.

⁶⁸ S.LAKSHMINARAYN, article précité, p.532 ; T.FUENTES-CAMACHO, *Les dimensions internationales du cyberspace*, Paris : Economica, 2000, p. 47 ; L. BOCHURBURG, *Internet et commerce électronique*, *op.cit.*, p.20 ; E-A.CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, *op.cit.*, préface.

⁶⁹ O.CACHARD traite déjà de la compétence juridictionnelle dans le cadre d'un chapitre intitulé *l'effectivité des droits* : O.CACHARD, *op.cit.*, pp.322-422

d'un tribunal pour connaître des litiges et d'un droit appelé à les régir⁷⁰. A défaut de telles précautions, la reconnaissance et l'exécution de la décision à l'étranger soulève d'importantes difficultés. Ce qui nuit à l'intérêt des parties ainsi qu'à l'impératif de bonne administration de la justice⁷¹. D'autre part, si la compétence juridictionnelle d'un for ne conduit pas nécessairement à l'application de la loi de ce for, elle cependant l'influence. La loi applicable au contrat serait ainsi déterminée nécessairement selon les règles de conflits de lois du for compétent. De ce fait, il ne serait pas certain que le conflit de lois sera résolu de la même manière selon les différentes législations, vu les différences des pratiques judiciaires.

Enfin, La compétence juridictionnelle et généralement le commerce électronique passé en ligne, représentent un évitable défi pour le juge⁷². En effet, pris dans un univers qui n'est point celui de son impérium naturel, le juge est confronté à un phénomène nouveau qui n'entre peut être pas dans les schémas reçus⁷³.

En même temps qu'il fait naître de nouveaux types de contentieux, le développement du contrat électronique international, ne suscite-t-il pas une évolution des méthodes de traitement des litiges ?

Certes, l'avènement des nouvelles technologies n'est pas sans mettre en épreuve les règles, méthodes et solution classiquement conçues pour résoudre les litiges traditionnels (par opposition aux litiges générés par les transactions électroniques).

⁷⁰ B.DUTOIT, « Quand le virtuel débouche sur le réel, le DIP conventionnel à l'épreuve des contrats conclus sur internet », dans mélanges offerts à Jean Pierre Sortais, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.115.

⁷¹ B. FAUVARQUE-COSSON, article précité, p.55.

⁷² M.VIVANT, « le commerce électronique, défi pour le juge », D., 2003, n°10, p.676 ; .DE GROOTE, article précité, p.63.

⁷³ *Ibid.*, *loc.cit.*

L'étude repose donc sur deux composantes qu'il s'agira de confronter aux nouvelles technologies : le fondement de la compétence internationale d'une part et la phase contentieuse de l'autre part.

Pour ce faire, l'impact de l'internet sur le fondement de la compétence du juge du contrat électronique international constituera la première assise de notre réflexion (**partie I**).

Il convient de scruter dans une deuxième partie l'incidence des nouvelles technologies sur les méthodes de règlement du contentieux électronique (**partie II**).

Partie première :

**L'impact de l'internet sur le
fondement de la compétence du juge
du contrat électronique international**

Une importance majeure est accordée en matière contractuelle à la liberté des parties en leur laissant la possibilité de définir aux mieux de leurs intérêts les termes de leurs conventions⁷⁴. Grâce à la liberté contractuelle, les parties à un contrat international peuvent chercher à résoudre les deux grandes questions en la matière : quelle autorité sera susceptible de trancher le litige, si nécessaire, et quelle loi régira le contrat?⁷⁵ Dès lors, le juge du contrat électronique pourrait être celui choisi par les parties. Il faudrait cependant vérifier si, ce principe fondamental, connaissant son plein épanouissement en monde analogue⁷⁶, continue à fournir des solutions efficaces, une fois appliqué en monde virtuel **(chapitre premier)**.

Il arrive souvent que les contractants restent muets et n'exercent pas leur liberté de choix en matière de rattachement juridictionnel, ou que leur choix est équivoque. Subsidiairement, les facteurs de rattachement objectifs vont intervenir pour attribuer compétence aux tribunaux d'un Etat. La deuxième facette de notre réflexion dans cette partie portera, tout naturellement, sur ces facteurs de rattachement objectifs ou subsidiaires qu'on essaiera de confronter aux nouvelles technologies **(chapitre deuxième)**.

⁷⁴ Plusieurs auteurs distinguent le principe de l'autonomie de la volonté qui permet aux individus de se lier contractuellement, de la liberté contractuelle où les parties peuvent choisir les termes de leur contrat. Voir à ce propos M.T.CALAIS-AULOY, « L'importance de la volonté en droit », P.aff., 1999, n°14, p. 243. C'est Sylvette GUILLEMARD qui a mis en œuvre cette distinction en matière de commerce électronique. Elle ajoute que, transposés au monde électronique, l'autonomie de la volonté conserve toute son importance, tandis que la liberté contractuelle est anéantie du fait que la possibilité de négocier les clauses affichées à l'écran est presque nulle. S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 297.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁶ Sur le rôle de la volonté contractuelle dans la détermination du juge compétent, voir : P.ANCEL, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in s.dir, Pascal Ancel et Marie-Claire River, Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Paris, éd. Economica, 2001, pp.7-21.

Chapitre premier :

La désignation du juge du contrat électronique international par la liberté contractuelle

« Parce qu'il se trouve à la croisée du commerce international et des nouvelles technologies, le marché électronique constitue donc un terrain favorable au plein exercice de la liberté contractuelle. Que la volonté agisse sur la substance du contrat ou sur son rattachement, elle seule paraît apte à faire face à la dématérialisation du contrat et à la délocalisation des contractants »⁷⁷

La liberté contractuelle quant au choix du juge compétent, se traduit en pratique par l'insertion de clauses de juridictions⁷⁸ dont les unes tendent à éviter la solution judiciaire du litige⁷⁹, les conventions d'arbitrages⁸⁰, alors que les autres tendent simplement à adapter cette solution aux besoins des contractants ; les clauses attributives de juridiction ou d'élection de for⁸¹.

Caractérisées par la singularité de leur objet qui consiste à prévoir la manière de régler un litige éventuel et étant de ce fait une technique contractuelle d'anticipation⁸², les clauses de juridiction contribuent à dissiper sensiblement l'insécurité inhérente à l'absence d'organisation de la

⁷⁷ O.CACHARD, *op.cit.*, p. 148

⁷⁸ On emprunte la désignation de « clauses ou de conventions de juridiction » sur Nathalie COIPEL-CORDONNIER, qui, dans sa thèse consacrée aux conventions d'arbitrage et d'élections de for en droit international privé, propose, afin de désigner l'ensemble de ces conventions, une expression qu'elle présente comme une grande nouveauté, « les conventions de juridiction »: N. COIPEL-CORDONNIERS, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 12.

⁷⁹ M-C.RIVER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in dir Pascal Ancel, et Marie-Claire River, *le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, éd. Economica, 2001, pp.21-33.

⁸⁰ Qu'il soit une clause compromissoire ou un compromis, voir à juste titre les définitions proposées par les articles 2, 3 et 4 du CAT.

⁸¹ L.CADIET, « Liberté des conventions et clause relatives au règlement des litiges », *P. aff.*, 5 mai 2000.n°90, p. 30.

⁸² *Ibid.*, *loc.cit*

société internationale⁸³. Dès lors, comme l'indique Jack Goldsmith, la fréquente imprévisibilité pour les non-juristes des solutions résultant des divers systèmes de droit international privé à l'égard de nombreuses activités véhiculées par les réseaux rend la prévision difficile, voire impossible, de savoir quel droit s'appliquera et quel juge sera compétent⁸⁴.

Qu'il s'agisse d'une convention d'arbitrage ou d'une clause attributive de juridiction, une certaine réticence quant l'admission de telles clauses dans les contrats de consommation est nettement ressentie à travers certaines législations⁸⁵. Le quel propos ne paraît pas intéresser tout particulièrement notre étude. Plus intéressante est la question de l'admissibilité de la forme électronique de telles clauses (**section I**).

Il est apparu impératif en second lieu de mesurer la réalité du consentement des parties aux telles clauses en telle forme (**section II**)⁸⁶.

1- Section première : L'admissibilité de la forme électronique de la clause de juridiction

D'une opportunité manifeste sur le marché électronique⁸⁷, l'accord des parties sur le choix d'une juridiction quelle soit arbitrale ou étatique peut être utilement exprimé dans une clause de cybercontrat⁸⁸. Mais

⁸³ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 37 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, DALLOZ, 2001, 3^{ème} édition, p. 558 ; H.GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris, Dalloz, 1965, p.1 ; « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. Prélim. n° 7, avril 1997 (Rapport établi par Catherine KESSEDJIAN), disponible en ligne en ligne sur : ftp://hceh.net/doc/jdgm_dp7.doc ; P.ANCEL, article précité, p.8 ; N. COIPEL-CORDONNIERS, *op.cit.*, p.1.

⁸⁴ J. GOLDSMITH, « Against Cyberanarchy » (1997) 65 University of Chicago Law. Review, p. 1199.

⁸⁵ Voir à ce propos : O. CACHARD *op.cit.*, pp. 340-342, et spéc. p.376, qui a traité séparément la question de la validité de ces clauses en fonction des parties en présence.

⁸⁶ On exclut volontiers de cette étude la question relative à la capacité des parties. Cette étude exclut également la question relative à l'objet. Les deux questions ne posent pas des difficultés propres au monde virtuel. On s'efforcera à traiter les questions pertinentes qui ont comme trait commun de poser certaines particularités en ce nouvel monde.

⁸⁷ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 371

⁸⁸ R. De BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entre professionnel », in RAYNAUD dir., les premières journées internationales du droit du commerce électronique, actes de colloques de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, LITEC,

l'absence d'écrit proprement dit oblige de s'interroger sur l'admission quant à la forme de telles clauses lorsqu'elles sont stipulées électroniquement. Même si la clause est valablement formée sans écrit du seul fait de l'échange des consentements des parties⁸⁹, la nécessité pour les parties de s'en ménager la preuve impose en réalité le recours à un écrit. En effet, à l'occasion d'un litige et démunie de toute preuve, la partie à un contrat électronique invoquant l'existence d'une clause de juridiction qui y est insérée doit être dans la possibilité de se prévaloir du document électronique. Ceci est rendu possible suite à l'admission légale de la forme électronique de telle clause.

L'admission légale de la forme électronique de la clause de juridiction peut être déduite généralement de la reconnaissance de l'écrit électronique, dans le but de faire évoluer l'écrit, preuve rationnelle par excellence⁹⁰. C'est ainsi, qu'en suivant une théorie dite d'« équivalent fonctionnelle »⁹¹, devenue désormais un principe universel⁹², et dont la première véritable référence est apparue lors de l'adoption de la loi type CNUDCI sur le commerce électronique de 1996⁹³, que des tentatives législatives de faire

p.57; E-A.CAPIRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p.11.

⁸⁹ La portée de l'exigence de la forme écrite de la clause de juridiction dépend du conservatisme ou du libéralisme des différentes législations.

⁹⁰ I.DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information, in Mélanges Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit », Société de législation comparée, 1999, p. 119.

⁹¹ Le concept d'équivalence fonctionnelle consiste à « *rechercher les fonctions qu'un instrument juridique (notamment signature ou encore écrit) possède et de les transposer sur tout autre support susceptible de reproduire ces mêmes fonctions* » : É-A.CAPRIOLI et R.SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », J.D.I., 1997, p. 3. Voir également, E-A.CAPRIOLO, « Arbitrage international et commerce électronique », RLDI, avril 2012, n°81, p. 117; V.GAUTRAIS « Les principes D'UNIDROIT face au contrat électronique », R.J.T. 2002, 36-2Thémis 481, p. 493 et ses références ; A.ELLOUMI, Le formalisme électronique, thèse de doctorat en droit, faculté de droit de Sfax, 2010, p. 41

⁹² V.GAUTRAIS « Les Principes D'UNIDROIT Face au contrat électronique », article précité, p. 493.

⁹³ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, Rés. AG.51/162, Doc. Off. AG NU, 51e session, Doc. NU A/RES/51/162, 1996 (avec article 5bis tel qu'ajouté en 1998), disponible à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>. Voir notam. l'art. 6 qui adopte une définition moderne de l'écrit qui inclut les messages électroniques (*data message*) à savoir les e-mails, l'échange électronique de données et télex.

élargir la notion de l'écrit⁹⁴ ont été prises⁹⁵. De même, la validité des signatures électroniques a été garantie par plusieurs conventions internationales⁹⁶ et par plusieurs droits nationaux⁹⁷, et ce en suivant la même théorie de l'équivalence fonctionnelle.

Outre les textes généraux relatifs à la preuve écrite, certaines dispositions traitant de telles clauses manifestant une prise en considération des nouvelles technologies, en admettent expressément la forme électronique. Cette question relative à l'admission de la forme électronique doit être différenciée entre la clause d'élection de for (**Paragraphe premier**) et la convention d'arbitrage (**Paragraphe deuxième**), les sources formelles qui les règlementent n'étant pas identiques.

⁹⁴ Pour faire adapter le droit de la preuve, on s'est servi également d'autres concepts. Il s'agit d'une part du principe de non-discrimination de communication électronique, tel qu'énoncé à l'art.5 de la Loi type sur le commerce électronique et réaffirmé par le paragraphe 1 de l'art.8 de la Convention sur les communications électroniques. Il s'agit d'autre part du principe de « neutralité technologique ». Sur ce concept, voir notamment : V.GAUTRAIS, Neutralité technologique, réaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, éd. THEMIS, 2012, disponible en ligne sur <http://droitdu.net/ouvrage/2013/06/vincent-gautrais-neutralite-technologique>; V. GAUTRAIS, Droit du commerce électronique, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », Montréal, éd. Thémis, 2002, p.11.

⁹⁵ Voir à juste titre : l'art. 453 bis du COC tel que modifié par la loi n° 57-2000 du 13 juin 2000, l'article 1316 du C.C.F tel que introduit par la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique du 13 mars 2000, l'art. 3 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

⁹⁶ Notam. la loi type CNUDCI sur le commerce électronique (art.7-1), la directive européenne 1999/93/CE concernant la réglementation communautaire en matière de signature numérique (art.2-1), Uniform Electronic Transaction Act approuvé et recommandé à l'adoption par la Conférence Nationale des commissaires du droit étatique uniforme, Conférence Annuelle Denver, Colorado, Juillet 1999 (art.2-8).

⁹⁷ Voir l'art.453 du COC, l'art.2827 du C.C.Q, l'ordonnance (Suisse) du 12 avril 2000 sur les services de certification électroniques et la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique du 19 décembre 2003 ; l'art.1316-4 du C.C.F. Pour plus de détails sur les caractéristiques et fonctionnement de la signature électronique, voir, V. ETIENNE, mémoire précitée. E.MONTERO, « L'introduction de la signature dans le code civil jusqu'au tout de la logique fonctionnaliste », in mélanges offerts à Marcel FONTAINE, éd. LARCIER, 2003, p 179 et s ; J.HUET, vers une consécration de la preuve et de la signature électronique. RJL 2000. Avril, pp., I.MOKANOV, mémoire précitée, pp.177.

Paragraphe premier : La clause attributive de compétence sous forme électronique

L'admission légale de la clause attributive de juridiction stipulée électroniquement est déduite à travers la majorité des législations nationale de la souplesse qui caractérise leurs dispositions quant aux conditions de forme (A). A cet égard, le droit communautaire demeure pertinent quant à la prise en considération des nouvelles technologies (B).

A- La souplesse des droits nationaux :

En droit tunisien, l'article 4 du CDIP dispose que « *les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou si le défendeur accepte d'être jugé par elles, sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien* ». Cet article n'impose ainsi aucune condition particulière de forme pour la validité de la clause attributive de juridiction⁹⁸. La forme électronique est alors largement admise et ne devrait pas être contestée.

Le droit québécois adopte pour la même solution. À cet égard, le C.C.Q est vague ; l'article 3148 § 4 ne parle que de « *convention* » par laquelle les parties peuvent s'entendre pour désigner l'autorité du tribunal de leur choix⁹⁹. Lorsqu'il ne fait pas l'objet de dispositions législatives particulières, un accord de volonté sur la prorogation ou la dérogation de la compétence des tribunaux québécois peut revêtir n'importe quelle

⁹⁸ A. MEZAGHANI., Commentaires du code de droit international privé, Tunis : CPU, 1999, p. 162.

⁹⁹ L'art. 3148 dispose que « *Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants : [...]*
4- *Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. [...]*
Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre leurs litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère [...] ».

forme¹⁰⁰. La jurisprudence a consacré cette liberté formelle en précisant qu'« *il y a bien longtemps qu'en règle générale, il n'y a plus d'expressions sacramentelles dans notre droit. La règle invariable, à tout le moins dans les contrats consensuels [comme la présente convention d'élection de for], c'est qu'il suffit que l'intention des parties soit suffisamment exprimée* »¹⁰¹

L'une et l'autre disposition (l'article 4 du CDIP et l'article 3148 § 4 du C.C.Q) paraissent plus souples si on les compare à l'article 48 du NCPC français. Ce dernier dispose que : « *Toute clause, qui directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle [...] n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à laquelle est opposée* ». L'emploi de l'adjectif « *apparente* » et de la préposition « *dans* » indique qu'elle doit être écrite.

Il découle que les différentes dispositions susmentionnées ne posent pas de conditions de forme précises. Certains auteurs ont pour autant remarqué qu'on aurait pu « *penser que pour réaliser un acte d'une telle importance pour soustraire un litige d'un ordre étatique et le transforme à un autre, une certaine solennité s'imposait et la rédaction d'un écrit semblait être le minimise de solennité concevable* »¹⁰².

Plus explicite, l'article 5 al.1er de la Loi Fédérale Suisse sur le DIP, dispose que « *[...], les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopie ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la*

¹⁰⁰ Le droit québécois reconnaît dès lors la clause d'élection de for aussi bien celle prorogative de juridiction en sa faveur que dérogoire de juridiction retirant compétence au tribunal québécois pour l'attribuer à une autorité étrangère. Pour plus de détails, voir, S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.23 et s.

¹⁰¹ Alimport c. Victoria Transport, [1977] 2 R.C.S. 858. pp. 868-869, n.58.

¹⁰² H. GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris, Dalloz, 1965, p.152.

preuve par un texte [...] ». Cette disposition manifeste une prise en considération des moyens de communication les plus développés. Elle se rapproche sur ce point de l'article 3 de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for¹⁰³ qui admet la validité de la clause d'élection de for sous forme électronique sous réserve qu'elle ait été conclue ou confirmée par « *tout moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement* ».

Le même mérite de clarté et de prise en considération des moyens technologiques les plus développés a caractérisé le droit communautaire.

B- La pertinence du droit communautaire

L'article 23 du Règlement Bruxelles I¹⁰⁴ qui correspond à l'article 25 du règlement Bruxelles I bis, tout en reprenant les formes déjà admises par la convention de Bruxelles¹⁰⁵ que peut prendre une clause d'élection de for, ajoute que « *toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite* »¹⁰⁶. La clause attributive ne doit pas faire l'objet d'un simple affichage. Il faut que la personne qui s'oblige puisse la sauvegarder sous

¹⁰³ Convention sur les accords d'élection de for, Conférence de la Haye en droit international privé, 30 juin 2005, en ligne: <http://www.hcch.net/Jupload/conventions/txt37fr.pdf>

¹⁰⁴ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001, pp. 0001 – 0023*. Ce règlement a remplacé la Convention de Bruxelles du 7 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, le 27 septembre 1968, en ligne : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_498Y0126_01.htm. Deux ans après la diffusion de la proposition de refonte du règlement « Bruxelles I », faisant elle-même suite à différentes études, rapports et communications étalés sur plusieurs mois, le Parlement et le Conseil ont adopté le nouveau règlement que d'aucuns appellent déjà « Bruxelles I bis » et qui entrera en application à partir du 10 janvier 2015 (art. 81) : (*Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)*, *J.O.U.E. L 351, 20 déc. 2012, p. 1*).

¹⁰⁵ L'art.17 de la convention.

¹⁰⁶ art.23§2. Comme le fait remarquer judicieusement Mr. Beraudo, cette disposition concerne uniquement la transmission électronique d'un écrit, puisqu' 'un texte plus précis aurait été nécessaire pour inclure les autres modalités de transmission comme la vidéoconférence. Voir, J-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I., p. 1064.

forme électronique (sur un support fiable) ou l'imprimer pour en conserver une trace écrite. Certes, cette disposition manifeste une nouveauté en matière de forme, indispensable avec l'arrivée des échanges informatisés¹⁰⁷. Néanmoins, elle appelle deux remarques. D'une part l'utilisation de la notion « *consigner* » paraît un peu étrange puisqu'elle veut dire « *mentionner* » qui fait rappeler quelque chose par écrit. Or les données seront archivées et stockées sur des supports autres que le support papier¹⁰⁸. D'autre part et à l'instar du professeur KESSDJIAN¹⁰⁹, on s'interroge si la question d'une clause attributive de juridiction conclue par voie électronique ne se pose pas seulement au moment de sa transmission ? Mais il est évident qu'elle peut aussi se poser au moment de son stockage et de son accessibilité ultérieure. C'est pourquoi le professeur KESSDJIAN propose une nouvelle formule qui substituera le terme « *transmission* » par celui de « *clause* »¹¹⁰.

De même, tout en prévoyant un régime particulièrement strict lorsque la clause attributive de juridiction est insérée dans un contrat de consommation¹¹¹, le règlement Bruxelles I appelle une attention particulière. En effet, la mise en œuvre des conditions de son admissibilité, intimement liées aux notions de temps et d'espace, se heurte à des difficultés techniques. Ainsi, la condition de la postériorité de la convention par rapport à la naissance du litige exige la détermination de deux dates successives : date de naissance du litige et le moment de la conclusion de la clause. De même, la condition d'avoir un domicile commun au moment de

¹⁰⁷ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 41.

¹⁰⁸ C.GHAZOUANI, *op cit.*, p.345.

¹⁰⁹ C.KESSDJIAN, « Internet et le règlement des litiges », dans F.W .Grosheide et k.Boele Woelki, dir., Molengrafica 1999-2000, Kononklijde Vermande 2000, p.15.

¹¹⁰ *Ibid.*, *loc.cit.*

¹¹¹ L'art.17 prévoit qu'« *Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions: 1) postérieures à la naissance du différend, ou 2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou 3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions* ».

la conclusion du contrat oblige en premier lieu l'identification de l'autre partie pour vérifier ensuite le moment de la conclusion du contrat. Excluons volontiers le problème relatif à la détermination de la date de naissance du litige¹¹², la détermination du moment de la conclusion de la clause appelle la traditionnelle hésitation entre les deux célèbres théories : celle de l'émission ou de l'expédition et celle de la réception¹¹³ avec tous les différents raisonnements y découlant¹¹⁴. D'où contrairement à ce qu'affirme Zheng TANG¹¹⁵, peut-on conclure que ces difficultés, même si non minimales, peuvent au moins recevoir des ébauches de solutions.

La convention d'arbitrage peut également revêtir la forme électronique.

2- Paragraphe deuxième : La convention d'arbitrage électronique

Il convient d'examiner la reconnaissance de la convention d'arbitrage conclue par voie électronique non seulement au regard du droit international (A) mais aussi au regard du droit national (B).

A- La reconnaissance de la forme électronique de la convention d'arbitrage au regard du droit international

Dans le cadre international, il faudrait distinguer, d'une part, entre la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985¹¹⁶ (1) et d'autre part, la convention de New York (la CNY)¹¹⁷ (2) ; les

¹¹² Cette question n'est pas requise puisqu'on peut raisonnablement soutenir que les parties n'entreront en négociation qu'à partir du moment où elles auront l'intention d'engager une procédure. Ceci implique que leur différend est déjà né.

¹¹³ Voir, G. RAYMOND, « vente à distance », *Juris Classeur commercial*, fasc. 926, point 38, cité par É.CHAKTHOURA, mémoire précité, p. 156 et s ; A.BRAHMI, article précité, p.22-25 ; K. MEHDAOUI, La formation du contrat électronique international: le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2010, p.22.

¹¹⁴ Voir à ce propos la loi type CNUDCI sur le commerce électronique ; É.CHAKTHOURA, mémoire précité, p. 157 et s.

¹¹⁵ Z.TANG, « Exclusive choice of forum clauses in e-commerce » (2005) 1 *Journal of private international law* 237, p. 20 et s.

¹¹⁶ Cette loi est consultable en ligne sur : www.unitral.org/pdf/french/texte/arbitration/ml-arb/ml-arb-f-pdf.

deux textes ne procédant pas de la même démarche quant à l'admission de la forme électronique de la convention d'arbitrage.

1-La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial

Dans sa version initiale de 1985, l'art. 7 al 2 de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial dispose que : « *La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres de communication télex, de télégramme ou de tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence* ». La formule de cet article paraît large ; l'expression « *tout autre moyen de télécommunication* » permet l'établissement de la convention d'arbitrage par voie d'échange électronique de données.

Néanmoins, partant du constat de certains Etats sur l'inadaptation de l'exigence de forme prescrite par la loi type aux usages du commerce international¹¹⁸, l'article 7 de la dite loi a fait l'objet d'une révision datant du 7 juillet 2006¹¹⁹. La nouvelle disposition qui témoigne d'un langage modernisé relatif à l'utilisation du commerce électronique, constitue une nouveauté pour la loi type¹²⁰ dans la mesure où les rédacteurs en proposent deux options de rédactions¹²¹. Si les deux options manifestent d'une reconnaissance plus poussée de la forme électronique de la convention d'arbitrage, l'une paraît plus audacieuse que l'autre. En effet, selon la première option du nouvel article 7, le fait que le contenu de la convention

¹¹⁷ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, p. 3, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-convf.htm>

¹¹⁸ L.DEOS, « La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la convention d'arbitrage », Cahiers de l'arbitrage, vol. IV, 2008, p.22.

¹¹⁹ La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 avec ses amendements adoptées en 2006, publication des nations Unies, Vienne 2008, p.30, disponible en ligne sur : www.unictal.org/unicitral/fr/unicitral_textes/arbitrations/1985Model_arbitration.html

¹²⁰ L.DEOS, article précité, p.22.

¹²¹ La commission n'a pas exprimé aucune préférence pour l'une ou l'autre des options. Les Etats adoptants peuvent faire leur choix en fonction de leurs besoins particuliers et du contexte juridique dans lequel la loi type est incorporée.

soit « *consigné sous forme quelconque* » équivaut à un écrit traditionnel¹²². La convention d'arbitrage peut être conclue, sous n'importe quelle forme (orale, électronique..) sous réserve que son caractère soit consigné. L'apport de cette option consiste dans la suppression de l'exigence de la signature et d'échange de message requise par l'ancienne version de l'article 7.

La deuxième option de l'article 7¹²³, étant « *beaucoup plus succincte et novatrice* »¹²⁴, se limite à définir la convention d'arbitrage en reprenant la disposition du 1^{er} al. de l'article 7 de la loi type de 1985 et abandonne toute exigence de forme. La convention d'arbitrage peut ainsi revêtir quelle forme, notamment, la forme électronique.

Quoi qu'il en soit, les différentes rédactions de l'article 7 de la loi type CNUDCI permettent facilement l'établissement de la convention d'arbitrage sous forme électronique, ce qui n'est pas le cas concernant la convention de New York.

2 -La convention de New York

A l'instar d'autres conventions internationales relatives à l'arbitrage commercial international¹²⁵, la CNY impose, dans son article II §1 la forme écrite de la convention d'arbitrage. Le § 2 du même article prévoit deux possibilités pour que la convention soit considérée comme écrite. Il s'est contenté en fait aux seules clauses contenues dans un « *échange de lettres ou de télégrammes* »¹²⁶. La rédaction de cet article a été alors jugée

¹²² Art.7 § 3

¹²³ Elle dispose qu' « *une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties décident de soumettre tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* ».

¹²⁴ L.DEOS, article précité, p.25.

¹²⁵ On peut citer la Convention de Genève du 21 avril 1961 (l'art.2§ 2), la convention interaméricaine de Panama sur l'arbitrage du commerce international signé à Panama le 30 janvier 1975 (l'art. 1^{er}).

¹²⁶ Il est à signaler que l'échange des lettres et télégrammes prévus par l'article II § est un critère décisif pour la reconnaissance d'une convention d'arbitrage conclue par lesdits moyens.

vieillesse¹²⁷ et elle a soulevé par conséquent une polémique doctrinale quant à son interprétation. Le même controverse a été également suscité par la convention de Genève de 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international dont l'article 1^{er} démontre la prise en compte des seuls procédés de communication de l'époque¹²⁸, se contentant ainsi à admettre les clauses compromissaires « *contenues dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par téléscripteurs* ».

Les solutions préconisées afin de surmonter le décalage de ces conventions règlementant l'arbitrage par rapport à la rapidité foudroyante de l'évolution technologiques sont variantes voire même contradictoires. En effet, certains auteurs estiment qu'une interprétation trop large de ces deux conventions paraît artificielle, la seule solution la plus garantie semble être de modifier ces conventions¹²⁹. Une autre solution proposée par le groupe de travail de la CNUDCI est de préparer un protocole additionnel à la CNY qui abordera les aspects relatifs à l'écrit¹³⁰. Au contraire, d'autres considèrent qu'une révision de la CNY n'est plus utile. Une interprétation raisonnable de la convention faisant inclure les enregistrements électronique dans le concept d'« écrit »¹³¹ serait alors selon eux suffisante¹³² et ce pour deux raisons au moins. D'une part, les rédacteurs de ces conventions ont voulu tenir compte des moyens généralement utilisés à

¹²⁷ O. CACHARD, *op.cit.*, p.346 ; K.BENYEKHFLEF, V.GAUTRAIS et P.TRUDEL, « Les limites approuvées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal », RJT 1999, p.570.

¹²⁸ E.A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p.115

¹²⁹ J.HUET et S.VALMACHINO, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce électronique international », Gaz. Pal., Recueil janvier-février 2000, p.106.

¹³⁰ E-A. CAPRIOLI, Règlement des litiges international et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p.116.

¹³¹ E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges international et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p. 113.

¹³² M.H.M. SCHELLEKENS, « Les collèges d'arbitrage et le commerce électronique », in dir., Georges CHATILLON, Le droit international de l'internet, actes de colloque organisé par le ministre de la justice, l'Université de Paris I Panthéon, Sorbonne et Arpège, Bruxelles, Bruylant, p.626 ; F. HORCHENI et R. BEN KHALIFA, article précité, p. 433..

l'époque pour contracter et inclure « les lettres et télégrammes »¹³³, qui étaient les technologies les plus modernes sans pour autant exclure intentionnellement les prochaines évolutions¹³⁴. Ajoutons, que le même raisonnement par analogie qui a permis de valider les clauses convenues dans un échange de télécopies ou de télex¹³⁵, peut être suivi pour valider une convention conclue par un échange de courriers électroniques et pour considérer la communication par e-mails ou par site web comme les équivalents fonctionnels modernes du télégramme traditionnel¹³⁶.

D'autre part, l'articulation de l'article II avec d'autres dispositions permet de passer outre le problème de la convention d'arbitrage électronique. D'abord, l'article VII de la CNY¹³⁷ consacre, au nom de l'efficacité de l'arbitrage international¹³⁸, le principe de la loi nationale la plus favorable. L'application de cet article permet alors à « toute personne intéressée de se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoqué, de demander que soit reconnue la validité de cette convention »¹³⁹. C'est d'ailleurs l'interprétation adoptée par la CNUDCI dans sa recommandation du 7 juillet 2006 relative à l'interprétation du §2 de l'article II et du § 2 de l'article VII de la CNY¹⁴⁰. A ce quoi s'ajoute le fait que la plupart des Etats ont adopté leurs législations afin d'intégrer les

¹³³ K.BENYEKHLEF, V.GAUTRAIS et P.TRUDEL, article précité, p.577.

¹³⁴ M.WAHAB, « The global information society and Online Dispute Resolution: A Dawn for dispute resolution », J.int.Arb. , Kluwer law international, 2004, vol.21, issue2, pp.143-168, p.154.

¹³⁵ Paris, 20 janvier 1984, Rev. Arb. 1987, 482, note C.KESSEDJIAN.

¹³⁶ O. CACHARD, *op.cit.*, p.347.

¹³⁷ L'art. VII dispose que la convention « ne prive aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par le législateur ou les traités du pays où la sentence est invoquée ».

¹³⁸ Le même fondement peut servir d'appui à propos de la convention de Genève, qui elle aussi, fait renvoi aux lois nationales « dans les rapports entre les pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois ».

¹³⁹ Rapport de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa 39^{ème} session, paragraphe 151 et suivants, disponible en ligne sur : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/Vol/558/16/pdf>

¹⁴⁰ Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa 39^{ème} session, paragraphe 151 et s., disponible en ligne sur : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/VOL/558/16/PDF/V06558116.pdf>.

nouveaux moyens technologiques à savoir l'écrit et la signature électroniques. Ensuite, l'article 20 de la convention des Nations Unies Sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005¹⁴¹, a mentionné explicitement que ladite convention s'applique à l'exigence d'écrit prévue par la CNY. Dès lors, pour les Etats contractants des deux conventions à la fois, le problème de la convention d'arbitrage électronique ne se poserait plus.

Reste que l'interprétation large de la CNY s'inscrit dans la même lignée des tentatives nationales pour faire adapter leurs législations afin de reconnaître la forme électronique de la convention d'arbitrage.

B- La reconnaissance de la forme électronique de la convention d'arbitrage au regard du droit national

Les législations nationales adoptent différentes positions quant à la forme de la convention d'arbitrage. En effet, certaines législations sont souples ; elles se sont adaptées au développement technologique et ont inclus les moyens de communication électroniques dans leurs règles juridiques alors que d'autres optent toujours pour une solution rigide et formaliste.

La forme électronique de la convention d'arbitrage, est expressément admise en droit tunisien par un texte spécial à savoir l'article 6 du code de l'arbitrage. Ce dernier après avoir énoncé que la convention d'arbitrage ne peut être établie que par écrit, prévoit dans son al.2 que « *la convention est réputée établie par écrit lorsqu'elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications, télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence [...]* ». Rédigé en formule assez générale, cet article a le mérite

¹⁴¹ Conventions des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005, disponible en ligne sur : www.uncitral.org/pdf/french/textes/eletcom/06-57453_ebooke.pdf

de faire englober les formes les plus développées que pourrait engendrer les futurs progrès et d'être par conséquent en évolution consécutive avec celle des nouvelles technologies. Il « *peut être considéré [pour ce fait] comme un appel sérieux pour la défense du principe de l'efficacité de l'arbitrage international* » « *en instaurant tout un mélange de preuves réputées écrites* »¹⁴². Néanmoins, tout comme l'art II de la CNY, l'article 6 exige l'échange d'écrits pour s'assurer de la volonté non équivoque de recourir à l'arbitrage.

Ajoutons que l'art.6 du CAT semble reprendre les mêmes recommandations de l'article 7 al. 2 de la loi type CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international d'avant 2006. Il s'agit de la même démarche suivie par d'autres plusieurs législations qui ont adoptés leurs législations d'arbitrage afin d'admettre des moyens autres que l'écrit traditionnel. Tel est le cas du droit jordanien¹⁴³, égyptien¹⁴⁴, palestinien¹⁴⁵ et algérien¹⁴⁶.

Le droit anglais, se distingue de ces législations, car il a tenu compte des critiques adressées à la loi type CNUDCI d'avant 2006 s'agissant de l'exigence de la signature sur le document. En effet, la section 5 of the UK

¹⁴² N.GARRA, « la preuve de la convention d'arbitrage » in l'arbitrage international dans le nouveau code tunisien », actes de colloque organisé à Tunis les 25-27 novembre 1993, publiés par le centre d'études juridiques et judiciaires, 1995, p.33.

¹⁴³ L'art. 10 (a) de la loi jordanienne n° 31/2000 du 1^{er} juin 2000 sur l'arbitrage dispose que « *A peine de nullité, la convention d'arbitrage doit être écrite. Elle sera réputée telle si elle est incluse dans un écrit signé de deux parties ou dans des lettres, télégrammes, télécopies, télex ou de tout autre moyen écrit de communication censé transcrire un accord* »

¹⁴⁴ L'art.12 de la loi égyptienne relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale n°27 du 21 avril 1994 dispose que « *A peine de nullité, la convention d'arbitrage doit être écrite. Elle est réputée telle si elle est incluse dans un écrit signé des deux parties, ou dans des lettres, télégrammes ou tous autres moyens écrits de communication échangés entre elles* ».

¹⁴⁵ L'art.5 de la loi palestinienne sur l'arbitrage de 2000

¹⁴⁶ L'art. 1040 du code de procédure civile et administrative algérien de 2008 qui dispose que « *[...] quant à la forme, la convention d'arbitrage doit à peine de nullité, être passée par écrit, ou par tout autre moyen de communication qui permet la preuve par écrit de son existence...* »

Arbitration Act de 1996¹⁴⁷, opte pour une définition, plus large de la convention d'arbitrage.

En revanche, d'autres législations n'ont pas adapté leurs droits d'arbitrage aux nouvelles technologies. La forme électronique de la convention d'arbitrage peut être déduite à travers d'autres lois permettant l'utilisation des moyens de communication ; tel est le cas du droit belge. En effet si l'article 1701 § 4 du code belge exige que la convention d'arbitrage soit écrite, la loi belge du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunications dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire¹⁴⁸ et reconnaissant l'écrit électronique, peut servir de fondement pour admettre la forme électronique de la convention d'arbitrage.

L'admission de la forme électronique de la convention d'arbitrage est déduite dans d'autres législations à travers le consensualisme qui marque leurs droits sur l'arbitrage, tel est le cas des droits français et libanais. L'article 1507 du CPC français, dispose après la réforme du 13 janvier 2011¹⁴⁹ que « *la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ». Cet article s'inscrit dans le sens de la deuxième option de l'article 7 (2) révisée de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial

¹⁴⁷ Section 5 of the of the UK Arbitration Act de 1996: «*1-the provisions of this party only where the arbitration agreement is in writing and any of the agreement between the parties as any matter is effective for the purposes of this part only if in writing. The expressions «agreement», «agree» and «agreed» shall be construed accordingly.2-there is an agreement in writing (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties, (b) if the agreement is made by exchange of communication in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing.3-where the parties agree of the wise than in writing by reference to terms which are in writing, the make an agreement in writing.4-An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.5-An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement other than in writing is alleged by one party against the other party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.6-Reference in this part to anything being written or in writing includes its being recorded by any means».*

¹⁴⁸ Voir dans ce sens, L.GUINOTTE et D.MOUGENOT, « La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation des moyens de télécommunications la procédure judiciaire et extrajudiciaire », p.9, disponible en ligne sur : <http://www.droit-technologie.org>.

¹⁴⁹ C.ASFAR CAZENAVE, « Le nouveau droit de l'arbitrage français, (à propos du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011) », RDAI, n°5, 2011, pp.577-595

international. C'est le cas aussi du droit de l'arbitrage international libanais qui ne requiert aucune exigence quant à la forme de la convention d'arbitrage¹⁵⁰.

Quelle que soit la position adoptée par le droit, le juge joue un rôle très important dans l'interprétation des textes juridiques. Même si l'écrit est exigé, le juge peut opter pour une interprétation souple et extensive du texte juridique pour inclure l'écrit électronique¹⁵¹. Allons plus loin, si l'admission légale nette et expresse des clauses de juridiction sous forme électronique manifeste une prise en considération de l'évolution technologique, elle encombre cependant le fardeau du juge, saisi en vertu de telles clauses. Afin d'admettre la clause de juridiction électronique comme fondement de sa compétence, le juge est ainsi tenu d'en vérifier la réalité du consentement des parties aux dites clauses.

Section deuxième : Le consentement électronique à une clause de juridiction

Il est admis dans toutes les législations modernes que la conclusion d'un contrat valide exige, l'existence de quatre conditions: le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité, objet certain et cause licite¹⁵². La plus importante de ces conditions qui intéresse nos propos est bien la première et ce, au regard de la délicatesse de sa protection en matière de contrat conclu par Internet¹⁵³. L'enjeu est de taille puisque le consentement à une

¹⁵⁰ M.SEFEIR-SLIM, « Le nouveau droit libanais de l'arbitrage a dix ans », Rev. Arb, 1993, n°4, pp.543-597, p.582

¹⁵¹ D'ailleurs c'est la solution suivie par le juge de District qui a considéré une clause d'arbitrage insérée dans un contrat de licence communiqué par électronique comme un accord écrit au sens de l'article II du Federal Arbitration Act : United States District Court of Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 mai 2000, Lieschke, Jackson & Simon C/ Real networks Inc. Pour un commentaire de la décision, voir : O. CACHARD, « La validité des conventions électroniques d'arbitrage en droit des Etats Unies. United States District Court of Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 mai 2000, Lieschke, Jackson & Simon C/ Real networks Inc », Rev.Arb. 2002, n°1, pp.193-2000.

¹⁵² Voir à titre d'exemples, l'art. 2 du COC, l'art.1108 du C.C.F et l'art.1385 du C.C.Q.

¹⁵³ C.CHARBONNEAU et F-J. PANSIER, « Le droit de la preuve est un totem moderne (le commerce électronique) : premier commentaire de la loi du 13 mars 2000), Gaz. Pal., 2000, pp.593-595

clause de juridiction marque l'engagement de la partie à des obligations sérieuses¹⁵⁴. Or sous la notion large de consentement, il est possible d'analyser un certain nombre de problématiques nouvelles posées par la réalité des communications électroniques¹⁵⁵. Parvenir à un consentement libre et éclairé manifesté électroniquement demeure la problématique la plus importante (**paragraphe premier**). Cette exigence se perçoit plus accentuée lorsque l'accord sur la compétence juridictionnelle, objet du consentement, découle d'une stipulation par référence (**paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier : Manifestations pratiques du consentement libre et éclairé sur Internet

Dans le cadre de ce paragraphe, on voudrait savoir dans quelle mesure le nouvel espace dans lequel se noue le lien contractuel entacherait la plénitude des consentements y échangés, en l'occurrence en ce qui concerne la clause de juridiction. On verra alors les spécificités quant à l'expression et la forme de la manifestation de volonté dans un contrat électronique. Les quels propos, se poseraient bien évidemment à l'occasion de la saisine du juge sur la base d'une clause électronique de juridiction. Ce dernier, tenu de mesurer la réalité du consentement des parties à ladite clause, devrait prendre en considération les problèmes inhérents au monde virtuel et qui sont de nature à menacer la réalité du consentement (**A**), ainsi que les solutions préconisées en la matière tant par la doctrine que par la jurisprudence (**B**).

¹⁵⁴ Il s'agit selon le cas soit d'une soustraction du litige d'un ordre étatique au profit d'un autre, soit plus gravement d'une renonciation définitive de se présenter devant la juridiction étatique au profit d'un juge privé.

¹⁵⁵ Certes, comme dans tout contrat à distance, le consentement électronique pose deux principaux problèmes : le consentement échangé avec un incapable et l'erreur sur l'identité du contractant. Néanmoins, les parties pourront remédier à ces deux problèmes en ayant recours aux méthodes d'identification par signature électronique et certification. Sur cette question voir notamment : P.TRUDEL, G.LEFEBVRE et S.PARISIEN, La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec, Québec, Publications du Québec, 1993.

A- Problèmes liés au cadre électronique du consentement :

Si en dehors des contrats solennels, le consentement suffit à lui seul pour que le contrat soit formé, encore faut-il qu'il se manifeste de façon suffisante, de manière non équivoque¹⁵⁶ et exempt de vices. Le vice de consentement le plus fréquemment rencontré dans les transactions passées par Internet est bien l'erreur.

Certaines législations internes fondées sur la Loi type sur le commerce électronique, comme la Loi Uniforme sur le commerce électronique¹⁵⁷, contiennent des dispositions détaillées sur l'expression du consentement dans un environnement électronique. Le paragraphe I-b) de l'article 20 de ladite loi mentionne expressément le fait de « *toucher ou cliquer sur l'icône ou l'endroit approprié sur un écran d'ordinateur* » parmi les moyens d'exprimer le consentement. Peut-on alors considérer que ce geste est une manifestation expresse d'acceptation?

Pour le professeur Vincent GAUTRAIS, « [...], *l'acceptation d'un "clic" et encore plus, le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site Internet, ne répondent pas forcément aux critères requis pour emporter la qualification d'une manifestation de volonté ...* »¹⁵⁸. Ceci tient d'une part, aux lacunes que comporte la lisibilité du support électronique par rapport au support papier¹⁵⁹. Ces lacunes sont liées à la longueur des contrats sur

¹⁵⁶ V.GAUTRAIS, «La couleur du consentement électronique», (2003) 16-1 Cahier de la propriété intellectuelle, pp. 68-69 ; G.REMILLARD, Commentaires du ministre de justice, t.1, (Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1993), p.7

¹⁵⁷ Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Loi uniforme sur le commerce électronique. 1999, en ligne: <http://www.ulcc.ca/fr/uslindex.cfm?sec=l&sub=lul>.

¹⁵⁸ V.GAUTRAIS, «La couleur du consentement électronique», article précité, n.169, p.78.

¹⁵⁹ Dans une étude réalisée par Monsieur Jakob NIELSEN, l'auteur confirme ces défaillances dans les actes électroniques : « *Writing for the Web is very different from writing for print: 79% of users scan the page instead of reading word-for-word [;] Reading from computer screens is 25% slower than from paper [;] Web content should have 50% of the word count of its paper equivalent* »: J.NIELSEN, Writing for the Web, <http://www.sun.com/980713/webwriting>. Voir également: V.GAUTRAIS et É.MACKAAY, «Les contrats informatiques», dans Denys-Claude LAMONTAGNE, Contrats spéciaux, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2001, pp. 279-296.

l'écran qui a un impact direct sur sa compréhension par l'internaute¹⁶⁰. D'autre part, selon un schéma classique, l'accord des volontés se réalise de la manière suivante : l'une des parties fait une offre à l'autre qui scellera l'accord par son acceptation¹⁶¹. Certes, les réseaux électroniques semblent bien avoir été conçus pour cela. Néanmoins, par les phénomènes de " *dématérialisation des supports*" et de " *l'internationalisation inhérente*", les acteurs seront non seulement invisibles les uns pour les autres, mais l'existence de leur consentement pourrait elle-même être mise en cause.¹⁶² On assiste dans le cadre du commerce électronique à une accélération du temps transactionnel. Il est de la nature même d'Internet d'aller vite et de brûler les étapes¹⁶³. Ainsi, la facilité avec laquelle le consommateur effectue ses achats sur l'Internet peut parfois dénaturer son consentement ou même, le transformer en simple réflexe, provoqué par la simple attirance du produit¹⁶⁴. En effet, le clic, apparait clairement que le cliqueur appuie sur une icône ou un bandeau sans toujours avoir à l'esprit que son acte est susceptible de conséquences juridiques.

Certains auteurs avancent l'idée selon laquelle dans le cadre de l'arbitrage virtuel, il n'y a plus de clause compromissoire ou de compromis au vrai sens du terme, mais seulement un échange virtuel d'offre d'arbitrage qui se trouve généralement dans un contrat d'adhésion virtuel et d'une acceptation de la personne du « surfeur » qui se contente dans ce cadre de cliquer sur une icône virtuelle pour se trouver astreint à abandonner le recours aux juridictions de son Etat¹⁶⁵.

¹⁶⁰ R-A.HILLMAN et J-J.RACHKLINSKI, « Standards-Form Contracting in the Electronic Age », (2002) 77 New York University Law Review 429, p 451-452.

¹⁶¹ J-L.BAUDOUIN, Les obligations, Yvon Blais, Cowansville, 1989, p. 97.

¹⁶² L.THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », en ligne : <http://www.juriscom.net/uni/doc/19990515.htm>.

¹⁶³ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 57.

¹⁶⁴ C.CHASSIGNEUX, Vie privée et commerce électronique, Montréal, Thémis, 2004, pp. 175 et s.

¹⁶⁵ F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 432.

En dépit de ces réticences avouées par la doctrine, l'activation du bouton « *I agree* » ou le fait de taper les notes « *I agree* » ou « *I consent* » comme manifestation d'un consentement ait la faveur de la jurisprudence. Citons par exemple l'avis du juge Winkler dans l'affaire « Rudder. V. Microsoft corporation »¹⁶⁶ qui, en rejetant les arguments avancés par les demandeurs¹⁶⁷, a estimé que l'activation du bouton « *I agree* » équivaut à une expression valide du consentement et il acceptait de ce fait la validité d'une clause juridictionnelle stipulée dans un contrat en ligne. La raison était que ce genre de consentement demande un comportement actif car la personne qui consent a cliqué sur le bouton et cela est suffisant pour pouvoir considérer qu'elle a consenti aux termes du contrat. Cette tendance est suivie dans la plupart des jugements américains ayant traité de la validité d'une clause désignant une juridiction compétente ou d'une clause compromissoire d'arbitrage dans les contrats en ligne¹⁶⁸.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue le danger de telle position. Encore faut-il prendre plus de soin à cette délicate question afin d'atteindre l'exigence d'un consentement libre et éclairé mais manifesté électroniquement¹⁶⁹. Ce qui commande la prise des solutions efficaces aptes à concrétiser un consentement libre et éclairé manifesté

¹⁶⁶ Rudder c. Microsoft Corporation (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont).

¹⁶⁷ Les demandeurs (des étudiants en droit : Michael Rudder et Mark La Rochelle) contestaient la validité de la clause attributive de juridiction sous prétexte qu'elle n'avait pas été portée spécifiquement à leur attention : « *the representative plaintiffs read only portions of the membre agreement and this had no notice of the forum selection clause* ».

¹⁶⁸ Citons par exemple une décision d'un tribunal américain dans l'affaire Kilgallen c. Network Solutions, Inc , 99 F. Sup. 2d 125 (D. Mass. 2000). Ajoutons l'affaire Kanitz c. Rogers Cable (2002) 58 O. R. 3rd 299, disponible au http://www.dww.com/decisions!kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf). En effet dans cette affaire, la Cour supérieure d'Ontario a validé une clause compromissoire unilatéralement amendée par Rogers Cable et renvoyé les parties à l'arbitrage sur le fondement de la clause contenu dans le contrat standard.

¹⁶⁹ Pour reprendre les termes de Vincent GAUTRAIS, « *il est difficile de considérer que ces décisions « phares » puissent à elles seules dégager des principes de bases eu égard à l'importance de la situation qui les caractérise* » : V.GAUTRAIS, « la couleur du consentement électronique », article précité, p. 87.

électroniquement sans pour autant admettre un formalisme trop important¹⁷⁰

B- Les solutions proposées pour un consentement réel et éclairé

Malgré l'effervescence législative en commerce électronique, les lois furent quasiment muettes sur les spécificités du consentement électronique¹⁷¹. La contribution du juge quant à l'appréciation de la réalité du consentement électronique serait alors plus active. Il opte pour ce fait, et en déficience d'apport législatif, pour la recherche de moyens alternatifs, d'une vision d'autorégulation c'est à dire des moyens extra-légaux, afin de résoudre les problèmes identifiés ci-dessus¹⁷². D'où le recours aux pratiques, codes de conduite, principes et autres normes informelles provenant des communautés concernées. La référence tant à la jurisprudence qu'à la doctrine, aux quelles peut également recourir le juge, enseigne qu'elles apportent en matière de consentement électronique un lot fort fourni d'exemples, de solutions aussi.

Pour certains auteurs, si une simple pression de la souris paraît insuffisante pour manifester un consentement éclairé, la technique du « double click »¹⁷³ pourrait en constituer un remède. En fait, il s'agit d'une obligation systématique pour toute personne désireuse de s'engager

¹⁷⁰ « tel qu'une confirmation par écrit papier de l'acceptation, [car ceci] revient à nier l'existence de ce nouveau moyen de contracter que constitue la voie électronique » : K. MEHDAOUI, mémoire précité, p. 21.

¹⁷¹ Relativement au consentement électronique, l'une des rares dispositions de nature législative que l'on peut identifier est la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dont l'art. 10 s'intitulant « informations à fournir » évoque certaines mentions qui sont de nature à éclairer le consentement du consommateur. Antérieurement, la directive européenne du 20 mai 1997 visant à instaurer une meilleure protection des consommateurs au niveau de l'Union Européenne, peut également être citée.

¹⁷² L.THOUYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », article précité.

¹⁷³ La LCEN consacre le principe du « double-clic » en exigeant, « pour que le contrat soit valablement conclu », que le destinataire de l'offre ait eu « la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation » (par création, art. 1369-2 du C.C.F). Pour plus de détails, voir C. ROJINSKY1 et G.TEISSONNIERE, « L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique » » Lex Electronica, vol. 10, n°1, Hiver 2005 http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/rojinsky_teissonniere.htm.

contractuellement sur l'internet de donner son accord une première fois à la proposition qui lui est faite puis de le valider une deuxième fois¹⁷⁴. « *Le système du double clic ou clic deal permet de réduire fortement les risques d'acceptation donnée par erreur de manipulation de l'ordinateur ou par inadvertance* »¹⁷⁵. Dès lors, « *Freiner la rapidité des transactions [est une] nécessité pour assurer la protection des consommateurs* »¹⁷⁶.

Pourtant, dans certains cas et sous réserve de certaines précautions, un simple clic pourrait valoir une acceptation. Tel est le cas par exemple d'un clic consolidé par une signature électronique. A juste titre, et dans un sens de plus de sécurisation de la manifestation de consentement, Théo Hassler propose que « *si la signature vient conforter le clic, on peut présumer que l'auteur de la signature est bien celui qui a émis le clic. De plus, la signature électronique revêt une supériorité par rapport à la signature manuscrite: elle ne peut être imitée, ce qui supprime, parmi d'autres, un risque possible de fraude* »¹⁷⁷.

Jérôme Huet propose qu'un usage s'établisse : « *les principales clauses contractuelles ayant trait à la juridiction compétente, à la loi applicable, à l'existence d'un droit de rétractation, ainsi qu'aux conditions de livraison et de garanties, devraient être présentées de manière visible aux consommateurs* »¹⁷⁸. Cette proposition d'accorder une meilleure qualité à la présentation sur écran, est également accueillie par Vincent

¹⁷⁴ P-Y.GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », J.C.P.G., n°24, 14 juin 2000, p.1116.

¹⁷⁵ Rapport L. Ruet, passim. P. Leclercq, comm.com.électr., mai 2000, chronique n°9 cité par P-Y-GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, article précité, p.1117.

¹⁷⁶ Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story-scientia, 1988, p. 197, cité par F. OST, « Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse » in *Le consentement électronique*, s. dir. B. de Nayer et J. Laffineur, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, p. 187 et s, spéc. p.198.

¹⁷⁷ T. HASSLER, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet » (7 juillet 1999), p. 143, en ligne: Juriscom.net : <http://www.juriscom.net/pro/l/sign19990716.htm>.

¹⁷⁸ J.HUET, « L'échange de consentement dans le cyberspace », conférence à l'Université de Montréal, octobre 1998, cité par L.THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », article précité. A juste titre, elle ajoute que « *cela ne coûterait pas très cher aux professionnels qui amélioreraient du même coup leur image de marque* ».

GAUTRAIS¹⁷⁹. Ce dernier ajoute que cette recommandation se concrétise en des comportements habituellement préconisés pour améliorer la mise à la connaissance d'un contenu textuel, telle que l'absence d'un langage juridique, une présentation calculée et agréable¹⁸⁰ et notamment la mise en exergue de certaines clauses importantes du contrat en l'occurrence celle ayant trait à la juridiction compétente¹⁸¹. Vincent GAUTRAIS ajoute encore que la couleur du consentement électronique devrait être rouge « [...] pour soulever l'attention qu'il est nécessaire de porter à un domaine neuf et source d'innovation »¹⁸². Il a conclu à ce propos qu'un simple clic ne vaut acceptation que s'il est encadré par une ébauche de systématisation basée sur des critères objectifs et subjectifs¹⁸³ permettant d'établir un consentement « complet et éclairé »¹⁸⁴.

En somme pour qu'on puisse passer d'un consentement reflexe à un consentement réfléchi au quel appelle Lionel THOUMYRE¹⁸⁵, il est indispensable de vérifier les quatre conditions prônées par le professeur Vincent GAUTRAIS: un accès facile aux clauses avant la conclusion du contrat, une bonne qualité de présentation des clauses (lisibilité), un consentement explicite du cyberconsommateur (la disposition du bouton « J'accepte » à côté de celui « Je refuse ») et une possibilité pour celui-ci de

¹⁷⁹ V.GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », article précité, p. 75.

¹⁸⁰ *Ibid.*, loc.cit.

¹⁸¹ J.HUET, « L'échange de consentement dans le cyberspace », article précité.

¹⁸² V.GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », article précité, p. 128.

¹⁸³ Parmi les critères subjectifs, on en peut identifier l'évaluation de l'effort déployé par le rédacteur pour faire connaître les clauses contractuelles à celui qui souscrit. Un autre critère subjectif tient à l'attitude opportuniste de certains profiteurs, c'était le critère retenu dans l'affaire ProCD ((1996) 86 F.3d1447 (7th Cir.1996), disponible en ligne également sur <http://www.complaw.com/lawlibrary/procd.html>. La mise en œuvre de tels critères commande selon V.GAUTRAIS un « test de proportionnalité », un équilibre établi entre la diligence employée par le commerçant pour faire connaître les clauses contractuelles et un mode de formation des contrats électroniques qui soit rapide et efficace. V.GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », article précité, p. 88.

¹⁸⁴ *Ibid.*, loc.cit

¹⁸⁵ L.THOUYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », article précité.

corriger les erreurs¹⁸⁶. Une fois c'est le cas, peut-on affirmer également à l'instar de Renaud DE BOTTINI¹⁸⁷ que lorsque la clause figurant dans le corps du contrat lui-même et apparaît clairement à l'écran, que le cliquage effectué pour passer le contrat vaut acceptation et signature de la clause car le cliqueur est censé avoir lu tout le texte du contrat. Dans cette même vision d'autorégulation, Vincent GAUTRAIS avance également l'idée selon laquelle les institutions de regroupement de commerçants pourraient établir des normes informelles qui auraient¹⁸⁸ « un rôle contraignant sur l'ensemble de la communauté »¹⁸⁹. En écho de cette proposition, certains organismes de professionnels ont déjà lancé le mouvement se traduisant en l'élaboration de contrats types¹⁹⁰.

Subissant l'influence de la doctrine critiquant la tolérance des décisions antérieures quant à l'acceptation du consentement exprimé par simple click, un revirement jurisprudentiel s'est heureusement ressenti avec l'affaire *Aspender I.com Inc. c. Paysystems Corp*¹⁹¹. Dans cette affaire, un juge québécois a pour la première fois jugé qu'un simple clic de souris, qui ne permet pas de vérifier la manifestation de volonté de son auteur, ne saurait constituer une acceptation valable pouvant donner naissance à un contrat. Il en résulte qu'il revient au juge, constatant l'insuffisance du clic à manifester la volonté de la partie à l'égard d'une clause de juridiction sur

¹⁸⁶ La possibilité pour le cyberconsommateur de corriger les erreurs est d'ailleurs prévue par l'art. 10 de la directive CE/ 2000 sur le commerce électronique, par le nouvel art. 1369-1 al. 2 du CPC français. De même, elle est reprise par la modification de la loi québécoise sur la protection du consommateur de 2006 (l'art. 54.4 L.p.c., l'art. 54.5 L.p.c).

¹⁸⁷ R. DE BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce international entre professionnel », article précité, p. 62

¹⁸⁸ L.THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », article précité.

¹⁸⁹ *Ibid.*, *loc.cit.*

¹⁹⁰ Tel est- l'exemple du contrat type proposé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et l'association française du commerce et des échanges électroniques dont l'objectif est de régir les relations qui prennent place dans le " *Cyberespace* ". Voir M.VIVANT, « Commerce électronique : un premier contrat type », Cahier Lamy Droit de l'informatique, août-septembre 1998, cité par L.THOUMYRE, article précité, et sur la notion de contrat type voir J. CARBONNIER, *Droit civil - t. 4: Les obligations*, Paris, Thémis, PUF, 1992 ; p. 8.

¹⁹¹ *Aspenderl.com c. Paysystems Corp.*, 2005 IIJCan 6494 (Qc. C.Q.), affaire citée par M-A KONÉ, mémoire précité, p. 55 *et s.*

internet, d'examiner d'autres circonstances pouvant laisser savoir que l'internaute a effectivement exprimé son consentement.

Le juge doit se montrer plus "prudent" dans l'appréciation du consentement électronique des parties lorsque la clause de juridiction, fasse partie des « conditions générales » c'est-à-dire qu'elle est stipulée par référence.

Paragraphe deuxième : Le consentement éclairé et la clause par référence

La clause par référence est une disposition particulière d'un contrat¹⁹² (ou insérée dans le corps du contrat) par laquelle les parties contractantes se réfèrent (renvoient) à un document extérieur (à consulter) et entendent confier à ce dernier des effets juridiques identiques à ceux du contrat signé¹⁹³. Déjà rencontrée dans les contrats traditionnels, la clause par référence connaît une application abondante dans les contrats électroniques. Il s'agit d'un mécanisme tellement imposé par la nature électronique du contrat **(A)**, qu'il soit nécessairement entouré de certaines précautions **(B)**.

A- La clause par référence : un mécanisme imposé par la nature électronique du contrat

Les contrats électroniques connaissent dans leur présentation une arborescence et une complexité dues aux nombreux renvois et liens hypertextes qu'ils renferment et qui peuvent faire des renvois à d'autres contrats. En particulier, les clauses de juridiction font habituellement partie des conditions générales accessibles par un lien hypertexte, celles-ci

¹⁹² S'il s'avérera à travers ce paragraphe qu'on s'est limité au traitement des seules clauses d'arbitrage par référence, cela ne veut pas dire que les clauses attributives de juridiction ne se verraient pas stipulées dans les conditions générales, seulement la clause d'arbitrage par référence étant la plus fréquente. Un tel régime qui sera applicable à cette clause vaudrait également pour les clauses attributives de juridictions figurant dans les conditions générales.

¹⁹³ E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p. 119.

constituent en quelque sorte un annexe au contrat principal¹⁹⁴. Dès lors, il est admis qu'en matière de commerce électronique et dans un souci de standardisation et de rapidité dans le domaine contractuel, les clauses de rattachement figurent en principe parmi les conditions générales. Dans le cyberspace, le procédé d'incorporation par référence est alors presque obligatoire en raison de la technique¹⁹⁵. Les conditions générales, en raison de quelques particularités techniques liées à la nature du réseau, se trouvent à quelques clics de distance du contrat principal et leur accès est totalement laissé à l'initiative du cocontractant¹⁹⁶. C'est ainsi qu'en raison de la taille de l'écran, ces clauses peuvent ne pas être instantanément visibles et seule une partie du document est visualisée, les autres seraient dissimulées sous une épaisse couche de liens hypertextes ou tout simplement inexistantes. Ceci peut être dû également à ce que les clauses sont contenues dans un autre document informatisé¹⁹⁷, dans une page web distincte de celle affichée lors de la commande en ligne.

Certes, ce mécanisme offre certains intérêts : éviter la surcharge et l'allongement des documents contractuels, répondre aux exigences de brièveté des messages de données dans le marché électronique¹⁹⁸. Cependant, il invoque le problème de l'accès aux différentes clauses contractuelles qui permet à l'internaute d'en assurer la connaissance afin d'y adhérer. La question qui se pose est de savoir si le fait de cliquer sur une icône « accepter » manifeste-t-il effectivement dans ces cas la volonté réelle du cocontractant ? Laquelle question ne manque pas d'importance surtout que de telle technique permet aux professionnels de rendre opposables à leur clients leurs conditions générales de vente en invoquant

¹⁹⁴ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 373

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 378

¹⁹⁶ M.GEIST, « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », article précité, p.50.

¹⁹⁷ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 374.

¹⁹⁸ O. CACHARD, *op.cit.* p. 348.

leur incorporation par référence. Et est ce que cette référence peut faire de la clause compromissoire électronique, selon l'expression d'Eseinman, une stipulation pathologique¹⁹⁹ ?

B - La clause par référence : une technique entourée de certaines défiances

En dépit de son admission dans l'univers papier, la question de la validité de la clause par référence dans un environnement électronique reste en suspend²⁰⁰. Cette méfiance eu égard les clauses électroniques par référence tient essentiellement à leur admission légale vague (1). Ce qui nécessite qu'on les contemple avec certaines précautions (2).

1- Une admission légale flexible

Aujourd'hui, la référence à une convention d'arbitrage prévue dans des conditions générales, accessible par le biais d'un lien hypertexte est licite en matière de contrats internationaux. Le principe de l'incorporation par référence est admis sans pour autant ne prendre aucune précaution.

Sur la scène internationale, la loi type CNUDCI sur le commerce électronique, modifiée en 1998 précisément pour ajouter l'article 5 bis sur l'incorporation par référence, dispose en ce sens qu'une clause « *n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle est incorporée dans le message de données supposé produire ses effets juridiques mais qu'il y est uniquement fait référence* ». De telle disposition peut servir d'argument pour conforter l'idée que le renvoi à une clause compromissoire incluse dans les conditions générales

¹⁹⁹ M. EISEMANN, La clause d'arbitrage pathologique, Etudes MINOLI, p. 129, cité par O. CACHARD, *op.cit.* p. 399.

²⁰⁰ E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p.119.

auxquelles il est simplement fait référence à l'occasion d'un contrat passé électroniquement est juridiquement efficace²⁰¹.

En Europe, la directive sur le commerce électronique est assez vague. Son article 10 § 3 prévoit simplement que « *les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et les reproduire* ».

L'article 1369-1 du C.C.Q. fournit plus de détails et répond avec plus de précision à la question²⁰² en stipulant qu'« *un document technologique dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettant d'en relier les fragments, directement ou par référence et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et la répartition* ». Laquelle disposition a été également jugée par Sylvette GUILLEMARD plus instructive par comparaison à l'article 1369-4 nouveau du C.P.C français tel que ajouté par la LCEN²⁰³.

Si on peut penser que la signature d'une convention sur papier implique que le signataire a effectivement lu toutes les clauses avant d'y apposer sa greffe, il n'en va pas de même pour celui qui accepte une convention présentée sous une forme électronique dont le détail de clauses est souvent noyé dans l'arborescence d'un processus de commandes²⁰⁴. Il serait alors nécessaire, et face à une admission légale assez vague des

²⁰¹ J.HUET et S.VALMACHINO, article précité, p. 107.

²⁰² S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 378.

²⁰³ L'art.1369-4 nouveau du C.C.F. dispose que : « *quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à la disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur et leur production* ».

²⁰⁴ J.HUET et S.VALMACHINO, article précité, p.107.

clauses électroniques par référence, que lesdites clauses soient entourées de certaines précautions.

2- Une nécessaire prise de précautions

Généralement, pour que la clause d'arbitrage par référence puisse offrir quelque efficacité, « celui qui se prévaut de la clause doit apporter la preuve de la volonté concordante des parties de se souscrire à une telle clause »²⁰⁵ afin de s'assurer que celui-ci à qui on cherche à apposer la clause d'arbitrage en a connu ou a pu en connaître l'existence. On est alors autorisé à penser que la manœuvre obligeant le partenaire à cliquer sur l'icône attirant son attention sur les conditions générales du contrat proposées affichées sur l'écran et pouvant être imprimées vaut acceptation de la clause²⁰⁶. Néanmoins, il faut prendre en considération que la condition d'accessibilité, étant cruciale dans l'environnement électronique, elle devrait être approfondie²⁰⁷. Peut-on à cet égard estimer à l'instar de M.CACHARD qu'il est techniquement possible de subordonner la conclusion du contrat à l'affichage d'écrans successifs. Cela permettrait de s'assurer de la consultation effective des stipulations contractuelles par l'internaute, en particulier par le consommateur²⁰⁸. De même, dans une prise en conscience de l'attitude du cybernaute moyen²⁰⁹, les concepteurs de sites web doivent encourager certaines pratiques telles que la réduction du texte du contrat, la limitation de nombres d'hyperliens, la mise en valeur des points importants etc., afin de s'assurer de l'accessibilité au texte

²⁰⁵ Arrêt de la Cour de cassation française : Cass. civ. 1re, 11 octobre 1989, *Bomar Oil*, (1990) 1 Rev. arb. 134, (note C. KESSEDJIAN).

²⁰⁶ E-A.CAPRIOLI, *op.cit.*, p.120.

²⁰⁷ O. CACHARD, *op.cit.*, p. 349.

²⁰⁸ *Ibid.*, *loc.cit.*

²⁰⁹ C'est « celui qui descend systématiquement la barre de défilement, ne considère aucunement les liens hypertextes insérés dans le texte et finit par accepter l'entente sans forcément savoir ce à quoi il s'engage » : V.GAUTRAIS, « La formation des contrats en ligne » dans Eric LABBE et al. dir., Guide juridique du commerçant électronique, 2001, disponible en ligne: http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf. Dans le même sens, voir: Zheng TANG, «Exclusive choice of forums clauses in e-commerce», article précité, p. 248.

auquel il ait fait référence²¹⁰. On peut également suggérer que les textes reconnaissant la validité des clauses par référence en ajoutent quelques exigences telles que celle requérant que le bouton ou le lien renvoyant aux conditions générales soit particulièrement visible ou bien qu'il soit disponible à un moment précis de l'édification de la relation contractuelle²¹¹. De sa part, l'internaute ne serait pas mis en mesure de conclure le contrat avant d'avoir visionné la page web contenant la clause compromissaire. Il devrait également savoir l'archiver sous une forme papier ou sous une forme électronique.

Le juge demeure le plus apte à vérifier la réalité du consentement de l'internaute à telles clauses stipulées par référence. Il revient ainsi aux tribunaux de vérifier *in concreto* au cas par cas si les conditions de validité de la clause sont remplies. L'affaire Dell, jugée par les juges américains²¹², peut servir d'exemple à ce propos. Il s'agit en fait d'un contrat de vente d'ordinateurs proposé sur le site web du vendeur qui contient l'indication suivante écrite en majuscule « *PLEASE READ THIS DOCUMENT CAREFULLY! IT CONTAINS VERY IMPORTANT INFORMATION ABOUT YOUR RIGHTS AND OBLIGATIONS AS WELL AS LIMITATION DOCUMENT AND EXCLUSIONS THAT MAY APPLY TO YOU. THIS DOCUMENT CONTAINS A DISPUTE RESOLUTION CLAUSE* ». La cour d'appel d'Illinois (fifth district) a jugé dès lors qu'il est établi que le contrat de vente d'ordinateurs mis en ligne sur le site web de la société Dell contient l'indication suivante : « *All sales are subject to Dell's terms and conditions of sale* » et que ce contrat contient un lien hypertexte qui renvoie

²¹⁰ « Pour déterminer l'accessibilité de ce texte, les facteurs à prendre en considération peuvent être notamment les suivants : disponibilité (horaire de fonctionnement de registre et facilité d'accès); coût de l'accès; intégrité (vérification du contenu, authentification de l'expéditeur et mécanisme de correction des erreurs de communication); et possibilités de modification ultérieure de la condition (avis de mises à jour; notification de la politique en matière de modification) » : Guide pour l'incorporation de la loi type CNUDCI de 1996 ; précité, p.35.

²¹¹ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.379.

²¹² Hubert and others VS/ DELL Corp.Appellate Court of Illinois, 5th District, n°5-03-0634,12 août 2005, www.state.il.us/court/opinions/appellate_court/2005/5th_district/august/html

au document contenant les clauses contractuelles doctrinalement qualifiées de sensibles, soit celle de limitation et d'exclusion de responsabilité ainsi que la clause compromissoire, le consommateur est supposé avoir été suffisamment informé sur ses droits et réputé avoir consenti à l'arbitrage en vertu d'une clause compromissoire par référence. Toujours se référant à la jurisprudence américaine, il a été jugé qu'une clause compromissoire électronique par référence pourrait être imposée à un consommateur de licence d'un logiciel téléchargé sur internet. En l'espèce, le consommateur pouvait imprimer les conditions générales qui étaient de surcroît enregistrées sur le disque dur du client²¹³.

De même, la Cour d'appel du Québec a fournis des observations intéressantes quant à l'acceptation de la clause compromissoire stipulée par référence. En effet, dans l'affaire Dell / Union des consommateurs²¹⁴, la Cour a considéré la clause compromissoire insérée dans les conditions générales accessibles par un lien hypertexte comme une clause externe au sens de l'article 1435 du C.C.Q.²¹⁵. Les raisons ont été qu'en examinant la structure du site de l'appelante Dell, il a été observé que la clause compromissoire est « *rédigée en plus petits caractères et elle se trouve au bas de la page* » et que « *la consultation des conditions de vente de l'appelante n'est pas une étape impérative que doit franchir le consommateur avant d'acheter en ligne le produit annoncé* ». Il s'en suit que la Cour d'appel a conclu à l'inopposabilité desdites clauses faute de preuve qu'il a eu connaissance effective de son existence et de son contenu conformément à l'article 1435 du C.C.Q.²¹⁶

²¹³ United States District Court of Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 mai 2000, Lieschke, Jackson & Simon C/ Real networks Inc, précité.

²¹⁴ Dell computer corporation / Union des consommateurs, 2005, QCCA 570

²¹⁵ L'al.2 de l'art. 1435 impose, comme condition de validité de telle clause stipulée dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la connaissance du consommateur ou de l'adhérent de l'existence et du contenu de la clause.

²¹⁶ Raisonant autrement, la cour suprême considère que la détermination du caractère externe des clauses sur internet repose sur une règle implicite découlant de l'art. 1435 du C.C.Q fondée sur

De même, la cour d'appel de Pau, dans un arrêt très récent²¹⁷, a déclaré non écrite une clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales d'utilisation du site internet Facebook. Elle observe qu'étant donné que ladite clause est « *en petits caractères et ne se distinguant pas des autres stipulations* » et que le consentement de l'utilisateur puisse être requis par une simple et unique manipulation lors de l'accès au site, il est difficile de présager que l'attention de l'utilisateur « *soit particulièrement attirée* ».

D'une manière générale, il est indispensable que la validité du consentement à une clause compromissaire par référence soit appréciée plus sévèrement lorsque le signataire est un consommateur²¹⁸.

Tout le développement mené sus dessus, encourt une situation particulière, celle où les parties ont convenu contractuellement du juge compétent pour connaître de leurs éventuels différends. Cependant, si ce n'est pas le cas, c'est à dire que les parties omissent de prévoir de telles clauses ou en cas de choix équivoque, il convient de revenir aux critères objectifs ou subsidiaires de compétence. Ces derniers, prévus pour trancher les conflits de juridictions à l'occasion d'un litige né dans le monde analogue, devraient faire l'objet d'une adaptation lorsqu'ils sont interpellés pour régir les litiges cybernétiques.

l'accessibilité de la clause. Elle observe que laquelle condition serait remplie si « *l'accès à la clause sur support électronique [n'est] pas plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier* ». Elle relève que « *l'accès du consommateur à la clause d'arbitrage n'est pas entravé par la configuration de cette clause dont il peut lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente* ». Elle conclut par conséquent que la clause d'arbitrage ne constitue pas une clause externe au sens du C.C.Q mais elle ressemble plutôt à un document papier où les clauses générales figurent à l'endos de la première page du document : Dell computer corporation C. / union des consommateurs et Olivier Dumoulin, 2007, 2RCS 801, disponible en ligne sur : <http://www.ijcan.org/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>. Sur cette affaire voir : V.GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) vol 37 R.G.D., n° 2, 2007, disponible en ligne sur : www.hcch.net/upload/exp1337f.pdf.

²¹⁷ Cour d'appel de Pau, 1^{ère} chambre, arrêt du 23 mars 2012, Sébastien R. / Facebook, disponible en ligne sur : www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id-articles=3382

²¹⁸ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 379.

Chapitre deuxième :

La détermination objective du juge du contrat électronique international

La détermination objective du tribunal compétent, qui s'oppose à la désignation de la juridiction de façon subjective par l'accord des parties, consiste généralement en l'application de règles utilisant des critères facultatifs ou alternatifs. Etant en nombre limité, ces critères portent en matière contractuelle sur la localisation du siège des parties litigantes ou du siège d'exécution du contrat ou d'une obligation contractuelle. Ces critères sont fondés sur des considérations de rattachement à un territoire. Leur mise en œuvre à propos des litiges relatifs à un contrat électronique, mettrait alors en cause leur valeur locatrice. Il s'agit en quelque sorte d'un conflit entre la réalité et la virtualité, entre le rattachement à un territoire et l'architecture immatérielle des réseaux²¹⁹. N'est-il pas légitime d'éprouver certaines hésitations quant à l'extension de tels critères au monde électronique ?²²⁰ Incontestablement, ces critères attributifs de compétence juridictionnelle, conçus pour régler des litiges traditionnels, une fois transposés en monde électronique ne seraient pas de la même application, si applicables en monde analogique. Cependant, on ne peut pas perdre de vue que les critères rattachés aux personnes peuvent avoir la faveur, la partie au litige en la personne d'internaute est avant tout un être terrestre dont la localisation est faisable (**section première**). Il n'en est pas de même

²¹⁹ R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p. 3.

²²⁰ Ceci n'est pas anodin surtout que les textes relatifs au commerce électronique, qui tout en traitant minutieusement des questions relatives à la formation du contrat électronique, au consentement électronique, à la preuve, aux entraves juridiques, au développement du commerce électronique, ne se sont pas préoccupés de la question relative à la compétence juridictionnelle en matière de commerce électronique. A juste titre, Ali BENCHENEB a pu constater qu'on chercherait en vain dans la réglementation internationale du commerce électronique des dispositions pertinentes en matière de règlement des différends : A.BENCHENEB, article précité, p. 33.

en ce qui concerne le critère fondé sur l'opération contractuelle elle-même, la localisation d'un acte étant plus difficile (**section deuxième**).

Section première : La prédilection des critères de compétence liés aux personnes

Le critère du for du défendeur (*sequitor forum rei*²²¹), critère prévu pour déterminer de façon générale le juge compétent pour trancher un litige, peut servir également en matière contractuelle, en particulier en ce qui concerne les litiges cybernétiques (**paragraphe premier**). Dans un souci de protéger le consommateur et le cyberconsommateur tout particulièrement, un autre for serait pris en considération dans la détermination objective du juge compétent. C'est celui du domicile du consommateur demandeur, *le forum actoris* (**paragraphe deuxième**).

Paragraphe I : *Le sequitor forum rei* : compétence classique en adéquation avec les spécificités du monde électronique

Solution fondamentale, traditionnelle et naturelle en matière de compétence juridictionnelle²²², la compétence du for du défendeur se trouve affichée dans tous les systèmes juridiques, la règle étant universelle. S'il est difficile d'établir un tableau exhaustif de l'ensemble des législations, on peut affirmer cependant que la tendance générale allant vers l'admission de la compétence de principe du domicile du défendeur²²³. Néanmoins, sa transposition pour régler cette fois-ci, la question de la

²²¹ « Celui qui agit en justice suit le tribunal du défendeur » : A. MAYRAND, Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, 3^{ème} éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 12.

²²² S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.150.

²²³ Voir à titre d'exemples : l'art. 3 du CDIP, les articles 42 et 43 du NCPC français, l'art. 2 de la convention de Bruxelles et l'art. 2 du règlement Bruxelles I (l'art. 4 du règlement Bruxelles I bis), l'art. 3 de l'avant projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (Projet de Convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Texte provisoire préparé par le Bureau Permanent et les Rapporteurs, en ligne : ftp://hcch.net/doc/jdgm2001draft_f.doc). Reste que ce dernier a préféré retenir le critère de résidence habituelle. Mentionnons que la résidence, définie comme le lieu où séjourne habituellement une personne, est un critère plus pragmatique que la notion de domicile. Ce dernier est en effet le siège des intérêts juridiques de la personne qui ne coïncide pas forcément avec le lieu de son établissement effectif.

compétence juridictionnelle à propos d'un litige généré à l'occasion de l'exécution d'un contrat électronique n'est pas sans poser certaines difficultés (A), qui paraissent surmontables eu égard l'abondance des solutions envisageables (B).

A- Les difficultés

A priori, peut-on croire que l'application de ce critère universel ne pose pas de problèmes spécifiques dans l'environnement dématérialisé du commerce électronique. Néanmoins, une analyse plus poussée de la mise en œuvre de cette règle fait apparaître quelques hésitations. Une polémique doctrinale en témoigne.

D'une part, certains auteurs ont constaté que le critère objectif de rattachement fondé sur le domicile du défendeur ne pose pas de véritables problèmes²²⁴ en le faisant transposition au monde des nouvelles technologies. De l'autre part, d'aucuns pensent que le recours au domicile matériel effectif d'une personne devrait être considéré comme inopérant dans le monde des réseaux. A ce propos certaines objections (non convaincantes) à la transposition de tel critère au monde électronique ont été adressées²²⁵.

Suivons une position médium entre ces deux courants antagonistes, peut-on estimer avec M.CACHARD que la transposition de tel critère est possible sans pour autant cacher certaines difficultés surmontables. En effet, bien qu'adapté aux contrats électroniques, ce facteur de rattachement ne va pas sans poser, outre la difficulté de rapporter la preuve, des difficultés d'identification et de localisation du défendeur auxquelles se heurterait un demandeur. Renaud DE BOTTINI estime que la notion même de personne donne lieu à la réflexion dans l'univers virtuel. Il s'est même

²²⁴ E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges international et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p. 120.

²²⁵ A.BENCHENEB, article précité, p. 33.

demandé si peut-on faire des ordinateurs le substitut des utilisateurs, étant donné que c'est avec ces machines que s'effectue le commerce électronique²²⁶. La résolution de ces difficultés est d'une importance capitale eu égard le développement du commerce électronique qui dépend dans une large mesure des facteurs de confiance et de sécurité. En effet, pour un internaute, connaître son « adversaire éventuel » de façon certaine, contribue forcément à atteindre ces facteurs. Pour cette raison, il est indispensable que le défendeur soit aisément identifiable car on conçoit mal qu'une personne exerce le commerce à titre professionnel sans relever son identité²²⁷. Les difficultés relatives à l'identification et à la localisation du défendeur peuvent incontestablement être résolues, les solutions étant à ce propos divergentes.

B- Les solutions envisageables :

Certains auteurs²²⁸ ont soutenu par fiction et pour sortir de l'impasse la thèse du domicile virtuel. Ce dernier, qu'elle que soit la technique utilisée pour la conclusion du contrat, correspond selon cette thèse au centre des affaires sur un point des réseaux, serveur BAL, le seul apte à prendre en compte la réalité de la dématérialisation²²⁹. Les réflexions qu'appelle l'application de ladite thèse conduisent cependant à tirer quant à son efficacité certaines limites pouvant être envisagées sous deux angles : en termes d'opportunité et sous un angle plus juridique. En opportunité, on se demande comment pour un plaidoyer identifier de façon rapide et sûre son prétendu domicile virtuel ? En outre, par un choix judicieux de l'implantation de son site et son hébergement chez un serveur y localisant ainsi artificiellement un pseudo domicile, le futur défendeur serait à même

²²⁶ R.DE BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels », article précité, p. 67.

²²⁷ *Ibid., loc.cit.*

²²⁸ R.DE BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels », article précité, p. 66.

²²⁹ *Ibid., loc.cit.*

de mettre gravement dans l'embarras son client demandeur : l'ignorance du pays d'implantation du site ou du serveur, surprise de devoir aller diligenter dans un pays, dans une langue et selon des règles totalement inattendus, avec le danger d'y avoir peut être appliqué une loi imprévue. A ces généralités, s'ajoutent des considérations juridiques. En effet, un domicile virtuel est loin de présenter la caractéristique essentielle normalement reconnue à un domicile à savoir l'installation durable de la personne qui implique nécessairement une attache physique avec un lien géographique. Ajoutons que, la thèse du domicile virtuel serait plutôt focalisée sur les modalités techniques de communication servant de supports aux activités électroniques, sur les relais, simples outils par lesquels le défendeur éventuel traite ses offres ou ses commandes ou ses prestations²³⁰. Lesquels moyens ne constituent pas selon la directive du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique « *un établissement du prestataire* »²³¹. Cette thèse du domicile virtuel doit être alors catégoriquement rejetée.

Plus logique et efficace mais encore critiquable en certaine mesure est de se référer aux recommandations ou lignes directrices que pourraient contenir certains textes relatifs au commerce électronique et qui sont de nature à surmonter les difficultés susmentionnées, du moins les minimiser. C'est ainsi que la Convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux contient un ensemble de règles traitant du lieu de situation des parties²³². Elle n'impose pas aux parties l'obligation d'indiquer où se trouve leur établissement mais établit

²³⁰ *Ibid., loc.cit*

²³¹ 19^{ème} considérant et l'article 2.c de la directive. De même, les rédacteurs de la Convention sur l'utilisation des communications électronique dans les contrats internationaux de 2005 se sont montrés prudents en ce qui concerne les renseignements annexes associés aux messages électroniques tels que les adresses et la Convention protocole Internet, les noms de domaine ou l'implantation géographique de systèmes d'information qui, malgré leur apparente objectivité, ne sont guère utiles voire pas du tout, pour déterminer le lieu de situation exact des parties (l'art.6-4).

²³² Les articles 6 et 7 de la convention.

un certain nombre de présomptions et de règles supplétives destinées à faciliter la détermination de leur lieu de situation. Elle attribue une importance primordiale — mais non absolue — à l'indication fournie par une partie quant à son établissement. L'obligation de divulguer l'adresse de la résidence ou de l'établissement fait partie des lignes directrices de l'OCDE²³³. De même, la directive de 8 juin 2000 CE²³⁴ a imposé aux Etats de prévoir dans leurs législations que les services de la société de l'information doivent rendre possible pour les destinataires et pour l'autorité compétente un accès facile, direct et permanent à un certain nombre d'informations dans le cadre des contrats conclus avec les prestataires des services internet. Parmi ces informations figurent le nom du prestataire et s'il est inscrit dans un registre de commerce le registre auprès duquel il est inscrit et son numéro d'immatriculation. Les mêmes exigences sont reprises par le projet de la loi française sur la société de l'information²³⁵ dont l'article 20 oblige tout professionnel à indiquer l'adresse où il est établi. L'article 25 de la loi tunisienne du 9 août 2000 transcrit les mêmes exigences. Les recommandations canadiennes en la matière sont au même effet²³⁶. La quelle solution s'inscrivant dans un perspective de précaution et d'autorégulation, n'a pas échappé à toute critique. On lui a opposée d'une part l'effet non contraignant de ces recommandations. On lui a objectée d'autre part le fait qu'elle repose sur un système fondé avant tout sur les déclarations des parties et par conséquent les abus auxquels il peut donner lieu²³⁷. Nonobstant ces critiques adressées à cette solution, on admet son efficacité quant à la

²³³ Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, Paris, OCDE, 2000, consultables sur le site de l'organisation : <http://www.oecd.org/>

²³⁴ L'art. 6 de la directive.

²³⁵ Projet de loi sur la société de l'information (LSI), version du 14 juin 2001, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3143.asp>.

²³⁶ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.475 ; Industrie Canada, « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien », en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/principesf.pdf>

²³⁷ « La bonne foi de l'utilisateur est la seule garantie de la véracité de sa déclaration quant à son lieu du domicile » : C.KESSEDJIAN, *op.cit.*, p. 148.

résolution des difficultés relatives à l'identification et à la localisation du défendeur. Un professionnel, soucieux de conserver sa clientèle, se tient volontairement de la véracité de ses déclarations quant aux informations nécessaires à révéler son identité ainsi que sa résidence²³⁸.

Si le for du défendeur est le principe en général, le for compétent peut également être celui du demandeur, lorsque celui-ci est consommateur.

Paragraphe deuxième: Le *forum actoris* : un for protecteur du cyberconsommateur

Afin de protéger le consommateur, partie faible au contrat contre le jeu de la règle de compétence de principe aboutissant dans certain nombre de cas à la désignation du juge de l'Etat dans lequel est établi le professionnel avec lequel il a été contracté²³⁹, certaines législations renferment des règles spécifiques protectrices du consommateur. En effet, cette logique de protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique, affirmée tant à l'échelle communautaire qu'à l'échelle mondiale prend plusieurs aspects²⁴⁰. Le volet de protection auquel on s'intéressera consiste dans l'instauration d'un for particulier pour les contrats électroniques de consommation : le *forum actoris*²⁴¹, une compétence au profit du for du domicile du consommateur demandeur qui témoigne d'une protection affichée (A) mais d'une portée limitée (B).

²³⁸ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 477

²³⁹ J.PASSA, « Le contrat électronique international : conflits de loi et de juridictions », article précité, p.14.

²⁴⁰ Il s'agit en fait du principe général d'interdiction de déroger aux règles de compétence juridictionnelle, du régime particulier des clauses attributives de juridiction, strictement encadrées quand elles lient un professionnel et un consommateur et d'autres aspects. Voir à ce propos: E-L.OWENGA ODINGA, « Vers l'émergence d'une justice on-line » *lex Electronica*, vol7, n°2, p. 2, disponible en ligne sur : [http : //www.lex-electronica.org/articles/v7-2/owenga.htm](http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/owenga.htm). ; J.HUET, « Libres propos sr la protection des consommateurs dans commerce électronique », dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.507-516 ; E.PATAUT, « Clauses attributives et clauses abusives » dans mélanges offerts à Jean GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.807-821 ; Th. VERBIEST, La protection juridique du cyberconsommateur, Litec, 2002, pp. 146; J.PASSA, « Commerce électronique et protection du consommateur », D.2002, n°6, pp-555-564.

²⁴¹ R.DUASO CALES, « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations », disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/articles_128.pdf

A- Le *forum actoris* : une protection affichée

Il Convient d'exposer les différents textes optant pour un tel chef de compétence (1) avant de traiter de la question de la qualité même du cyberconsommateur (2).

1- La consécration du forum actoris :

Il s'agit en fait du bénéfice d'option octroyé au consommateur demandeur, exception la plus significative²⁴² et objet des articles 13 et 14 de la convention de Bruxelles, des articles 15 et 16 du règlement Bruxelles I²⁴³ et de l'article 7 al 1^{er} de l'avant projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale. Les quelles dispositions ouvrent une option au consommateur demandeur lui permettant de saisir à son choix soit le tribunal du domicile de son cocontractant soit celui du lieu de son propre domicile. En optant pour le deuxième choix, le principe serait alors inversé et le défendeur se déplacerait pour se défendre²⁴⁴. Laquelle option constitue également une particularité pour le droit québécois, les choix étant cependant plus nombreux. En vertu du droit québécois, si le consommateur est demandeur, quatre options s'offrent à lui. Il peut ainsi saisir le tribunal de son domicile ou de sa résidence, par le biais de l'article 3149 C.C.Q., ou celui du domicile ou de l'établissement du commerçant, comme le prévoient les deux premiers paragraphes de l'article 3148 du C.C.Q.

²⁴² Arrêt Pammer et Hôtel Alpenhof, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer et Hôtel Alpenhof, C-585 /08 et C-144/09 , Rec.2010 p-l-12527 point 53 : « l'article 15 p 1 sous c) du règlement Bruxelles I constitue une dérogation tant à la règle générale de compétence édictée à l'article 2 p1 de ce règlement, [...] qu'à la règle spéciale en matière de contrats énoncée à l'article 5 p1 de ce même règlement ».

²⁴³ Qui correspondent aux art. 17 et 18 du règlement Bruxelles I bis.

²⁴⁴ Cette logique du professionnel défaillant attrait devant un juge du consommateur mécontent trouve un prolongement parallèle dans l'art. 14 al 2 de la convention devenu l'art. 16 al 2 du règlement Bruxelles I (art. 18 al 2 du règlement Bruxelles I bis) et dans l'art. 7 al. 2 de l'avant projet de convention de La Haye. En vertu de ces dispositions, une action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

La création nette²⁴⁵ et ferme d'un for alternatif protecteur, trouve naturellement une justification dans la possibilité qu'offre l'internet au professionnel d'accéder facilement à de nouveaux marchés au cœur d'Etat pour proposer des offres de contrats à l'échelle internationale²⁴⁶. Ceci impose en contrepartie que ce dernier assume la charge de déplacement lié à un éventuel procès suite à une mauvaise exécution du contrat. En d'autres termes, ce for alternatif n'est rien que la contrepartie logique d'un avantage choisi et exploité offert par l'outil internet²⁴⁷. Cette solution ait alors de l'autre part une commodité pour le consommateur, qui dans la situation difficile où il se trouve, situation de faiblesse potentielle, ne doit pas en plus subir de dépaysement²⁴⁸ en lui imputant le coût et les difficultés d'un procès orchestré²⁴⁹ dans un Etat autre que celui de son domicile. En outre, la philosophie protectrice des articles tendant à préserver les intérêts du consommateur, contractant à protéger en lui affectant un for spécifique dérogoratoire, s'inscrit dans la perspective d'assurer l'objectif principal de ces textes à savoir la bonne administration de la justice.²⁵⁰

Cependant, ne faut-il pas se demander si un cyberconsommateur doit être protégé comme un consommateur classique ?²⁵¹ Laquelle question est légitime puisqu'un auteur, tout en suivant un long raisonnement argumenté a pu conclure « *l'inexistence* » du cyberconsommateur²⁵² et puisqu'encore un autre auteur prône qu'il faut partir de la recherche de l'existence même

²⁴⁵ Outre la consécration nette et expresse du *forum actoris*, Olivier CACHARD parle d'un forum actoris déguisé : O.CACHARD, *op.cit.*, p.387 et s.

²⁴⁶ M.FALAISE, article précité, p.1.

²⁴⁷ R.DE BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels », article précité, p. 66.

²⁴⁸ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 158.

²⁴⁹ R.DE BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entres professionnels », article précité, p. 66

²⁵⁰ Le 16^{ème} considérant du règlement Bruxelles I bis.

²⁵¹ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 389. ; R. DUASO CALES, article précité, p.16

²⁵² S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.413. Elle ajoute que « *la notion de contrat d'adhésion, moins incertaine que celle de contrat de consommation et, appelle un traitement plus équitable de tous les contractants cyberspatiaux. Elle reflète parfaitement les pratiques du cyberspace et correspond mieux à la réalité du cyberspace que celle du contrat de consommation* ». Voir également : S .GUILLEMARD. « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent » in JDI, 2004, p. 7 et s.

du cyberconsommateur²⁵³. Est intéressante la question tant que la politique de protection du cyberconsommateur peut être un moyen créant la confiance et assurant le développement du commerce électronique²⁵⁴. Convient-il alors de traiter de la qualité du cyberconsommateur, éventuel bénéficiaire de la protection découlant du *forum actoris*.

2- Le problème de la connaissance de la qualité du cyberconsommateur :

Un système de protection reposé sur la qualité de l'un des contractants réputé la partie faible au contrat et éventuellement au litige se heurte en monde électronique au risque provenant de l'anonymat des échanges s'y effectuant. La question est intéressante pour les deux parties²⁵⁵.

Les risques auxquels sont exposées les deux parties paraissent selon Camille FROMENT limités en pratique. Ce dernier considère que « *le développement du commerce électronique repose sur la parfaite connaissance des clients et de leurs besoins, grâce à la gestion automatisée de nombreux paramètres. Il est donc aisé pour l'utilisateur de s'identifier en tant que consommateur auprès du vendeur et, réciproquement, pour le vendeur de connaître la qualité de consommateur de l'utilisateur* »²⁵⁶. Une telle conclusion ne semble pas convaincante, la distinction classique entre commerçants et consommateurs étant justement remise en question même dans le monde réel par la doctrine²⁵⁷. La qualité du consommateur n'étant pas évidente, faisait souvent l'objet d'une question préjudicielle examinée

²⁵³ M.VIVANT, « La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations » dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 1152.

²⁵⁴ *Ibid.*, p.1153.

²⁵⁵ Elle est d'une part utile pour le professionnel qui serait déplacé pour se faire défendre du seul fait qu'il a été partie contractante d'un consommateur. D'autre part, l'absence de présence physique qui rend difficile au professionnel la reconnaissance de la qualité du consommateur exposerait ce dernier au risque de perdre la protection qui lui est accordée en matière de conflits de juridictions.

²⁵⁶ C.FROMENT, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, mémoire de D.E.S.S de droit de multimédia et de l'informatique, Université de droit, de l'économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon-Assas, disponible en ligne : <http://www.infotheque.info/ressorces/878.html>.

²⁵⁷ Y.POULLET, « De la maison multimédia au droit du village global, quelques réflexions d'humeur », disponible en ligne sur : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf>

par la juridiction saisie. Le réseau, étant par essence ouvert et les sites marchands offrant leurs produits indistinctement aux professionnels et aux consommateurs, leur distinction serait difficile voire impossible. Comme le fait constater Mme Guillemard, si avec l'expérience et l'avancement technologique les deux marchés commencent à se distinguer, il n'en reste pas moins que « *la segmentation est encore loin d'être aussi nette que dans le monde réel* »²⁵⁸. Catherine Kessedjian s'interroge : « [...] *la notion même de consommateur, telle que nous la connaissons pour les opérations de la vie courante non électronique, est-elle encore viable lorsque le consommateur opère par le truchement de la toile ?* »²⁵⁹.

Le principe de bonne foi et celui de la stabilité des engagements, même si contestés par certains auteurs, devaient s'imposer pour régler la situation. De même, une norme universelle imposant aux utilisateurs de s'identifier serait d'une importance capitale pour faire face à l'anonymat²⁶⁰.

Etant tributaire de la qualification donnée à une partie au contrat, la protection afférente au forum actoris est encore subordonnée à certaines conditions, la portée en est encore limitée²⁶¹.

B- Le forum actoris : une protection à portée limitée

Outre le fait qu'elle est exclusive pour certains contrats dont la détermination fait l'objet de l'article 15 du règlement 2000²⁶², la protection offerte au cyberconsommateur n'est pas illimitée²⁶³, mais plutôt

²⁵⁸ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.310, voir aussi : M.FALLON et J.MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », Rev. Crit. D.I.P., 91 (3) juillet-septembre 2002, p. 461.

²⁵⁹ C. Kessedjian, « Internet et le Règlement des différends » article précité, p.72.

²⁶⁰ Pourrait-on alors penser par exemple aux mentions informatives qui doivent figurées dans l'offre du professionnel et, s'agissant du consommateur, aux mentions relatives à son agrément pour lequel son identification représente un préalable.

²⁶¹ On se limite dans les développements suivants aux seuls cas des articles 15 et 16 du règlement Bruxelles I.

²⁶² Voir à ce propos M.TENEREIRO, article précité, p. 1098 et s.

²⁶³ La C.J.C.E., dans l'arrêt Pammer et Hôtel Alpenhof précité, précise qu' «...il est vrai que l'article 15§1, sous c), du règlement Bruxelles I vise à protéger les consommateurs, cela n'implique pas que cette protection soit absolue... »

subordonnée à la satisfaction de certaines conditions qui sont de nature à en limiter davantage le champ d'application. Ces conditions ont subi une évolution parallèlement au formatage de la convention de Bruxelles en règlement Bruxelles I vers une protection plus affirmée. Et on passe ainsi des critères dépassés par l'avènement du commerce électronique via internet (1) vers un critère tendant à en prendre compte, celui de « *l'activité dirigée* » (2).

1- Des Critères dépassés :

Selon l'article 13 de la Convention de Bruxelles, disposition calquée sur l'article 5 de la convention de Rome relatif à la détermination de la loi applicable à un contrat de consommation²⁶⁴, seul le consommateur qualifié de passif²⁶⁵ ou de statique amené à conclure à l'initiative du commerçant, pourrait être bénéficiaire de telle protection. La passivité du consommateur ressort d'une double condition cumulative. Il faut d'une part que le consommateur ait fait l'objet dans le pays de sa résidence habituelle d'une sollicitation débouchant sur la conclusion du contrat²⁶⁶. Il faut d'autre part que le consommateur soit connecté au réseau dans le pays de sa résidence habituelle pour entrer en relation avec l'opérateur de commerce électronique en y accomplissant les actes nécessaires pour la conclusion du contrat²⁶⁷.

Le corpus de la protection accordée par le texte dépendait alors de la démarche active ou passive effectuée par le consommateur.

²⁶⁴ R.DUASO CALES, « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations », article précité, p.15.

²⁶⁵ Depuis la révision de son art. 126, la convention de Bruxelles connaît la distinction entre consommateur actif et consommateur passif. La doctrine, elle aussi, se fondant sur le rapport explicatif de ladite convention (Rapport de P.JENARD, JCOE n° C59 du 5 mars 1979), a développé les concepts de consommateur actif et passif.

²⁶⁶ J. PASSA, « Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions », Communication Commerce électronique n°5, mai 2005, Étude 17, p.17, disponible également en ligne au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do>.

²⁶⁷ M.PERTEGAS SENDER, « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », Journal des tribunaux, 17 février 2001, n°6000, disponible en ligne sur www.larcier.be/jt6000, p.191.

Ne visant pas spécifiquement les contrats électroniques, l'efficacité de la transposition du critère du démarchage tel que posé par l'article 13 de la Convention de Bruxelles et l'effectivité de la protection qu'il procure au cyberconsommateur dépendaient évidemment de l'interprétation de l'expression « *consommateur passif* ». La question de savoir si l'internaute consommateur est-il actif ou passif, inspirait des interprétations fantaisistes, contradictoires, qui sont certainement à rejeter. En fait, l'hypothèse du cyberconsommateur actif et celle du cyberconsommateur passif sont toutes deux envisageables. Il convenait alors d'examiner précisément les circonstances concrètes de chaque contrat. D'où la stérilité de la distinction consommateur actif / consommateur passif au commerce et l'insuffisance de tel critère à assurer une protection spécifique pour le cyberconsommateur.

La condition de l'accomplissement par le consommateur des actes nécessaires pour la conclusion du contrat dans le pays de sa résidence habituelle pose également des difficultés²⁶⁸. Ces dernières se rapportent essentiellement au problème de prouver ultérieurement que c'est bien dans ce pays qu'il s'est connecté puisqu'il peut évidemment ne pas l'avoir fait à son domicile²⁶⁹. La Convention présente alors les mêmes défauts que la Convention de Rome quant à la réalité du cyberspace²⁷⁰. Les critères y sont adoptés, intimement liés à la notion de territorialité, ont révélé leur inadaptation aux contrats conclus en ligne²⁷¹. Une modification vers l'abandon d'une conception statique en faveur d'une conception

²⁶⁸ *Ibid.*, p.192.

²⁶⁹ Partant du postulat selon lequel l'interactivité est l'une des caractéristiques du réseau Internet, M.GUILLEMARD suggère de considérer ce cheminement (le mode d'acceptation du consommateur d'une offre ou d'une publicité associant saisie de données et cliquage de validation et/ ou de confirmation) comme constituant « *les actes nécessaires à la conclusion du contrat* » : S. GUILLEMARD, thèse précitée, p.340

²⁷⁰ R.DUASO CALES, article précité, p.16.

²⁷¹ M.PERTEGAS SENDER, article précité, p.192.

dynamique au plan spatial²⁷² s'est ressentie nécessaire. D'où le recours au critère d' « *activité dirigée vers* ».

2- Critère d' « *activité dirigée vers* » : une tentative d'adéquation

Procédant d'une intention nette d'élargir la catégorie des personnes protégées, l'article 15 du règlement Bruxelles I (l'article 17 du règlement Bruxelles I bis) a substitué le critère du démarchage préalable par celui « *d'activité dirigée* ». Désormais, Le cyberconsommateur bénéficie de la nouvelle protection dès lors qu'il a contracté avec « *une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel [il] a son domicile ou qui, par tout moyen dirige ses activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats dont cet Etat membre et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* »²⁷³. Le jeu de l'option ne se conçoit ainsi que par référence à la notion « *d'activité dirigée* » par le cocontractant fournisseur vers le domicile du consommateur²⁷⁴.

La notion d'« *activité dirigée vers* », notion inconnue de la convention de Bruxelles de 1968 et adoptée par le règlement Bruxelles I, est aussi essentielle **(a)** qu'ambigüe **(b)**.

a- « *Activité dirigée* » : notion essentielle

Essentielle est l'expression « *qui par tout moyen dirige ses activités* », car elle décrit en fait le schéma particulier de fonctionnement de cette nouvelle forme de commerce qu'est le commerce réalisé en ligne par

²⁷² M.TENEREIRO, article précité, p. 1103.

²⁷³ Il est à mentionner que l'application de la règle de protection du consommateur telle que prévue par l'art. 15 du règlement est envisagée dans deux cas d'espèce. Outre l'hypothèse susmentionnée, celle du commerçant qui « *exerce des activités commerciales ou professionnels dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile* » est également envisagée. Cependant, notre réflexion a été consacrée à la seule notion d' « *activité dirigée* » en raison de l'attention particulière et l'intense discussion qui lui ont été accordées. En outre, « *activité dirigée* » semble être destinée spécifiquement au commerce électronique même si l'expression « *par tout moyen* » paraît inclure les autres modes de communication à distance.

²⁷⁴ Cette notion est également applicable en matière de conflit de lois. Ainsi le règlement de Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui remplace la convention de Rome s'appuie dans son art. 6, en ce qui concerne la détermination de la loi applicable sur cette notion.

l'intermédiaire d'un écran ordinateur. Le verbe « *diriger* » indique ainsi que le professionnel en question, ayant installé le siège de ses intérêts principaux en un Etat donné, sort du cadre géographique national pour proposer des offres à l'échelle internationale²⁷⁵. La recherche d'un critère opérationnel dans le contexte du commerce électronique a obligé alors à inverser les concepts. Ce qui importe désormais pour l'application du chef de compétence fondé sur le for du domicile du consommateur c'est la démarche active du professionnel²⁷⁶ et non plus le comportement du consommateur²⁷⁷.

En outre, la possibilité qu'un consommateur pourra toujours saisir les tribunaux de son domicile dès lors que le site dirige les activités du commerçant vers son pays ou vers plusieurs pays dont celui de ce dernier, encouragera sans doute l'achat en ligne et favorisera le développement du commerce en Europe²⁷⁸.

Enfin, cette solution permet de se dispenser de la délicate recherche plus ponctuelle du lieu où étaient faites les offres ou publicités ayant précédé la conclusion et ouvre beaucoup plus largement l'accès à la protection²⁷⁹. Cependant, faute de précision et de prévisibilité quant aux problèmes que peut engendrer la notion d'« *activité dirigée vers* », cette dernière est malheureusement source d'ambiguïté.

b- Activité dirigée : source d'ambiguïté

L'ambiguïté entachant la notion d'« *activité dirigée vers* » se révèle à travers la divergence quant à son interprétation d'une part **(i)** et la démarche subjective que commande sa mise en œuvre de l'autre part **(ii)**.

²⁷⁵ A.MARMISSE, article précité, p.83.

²⁷⁶ M.TENEREIRO, article précité, p. 1103.

²⁷⁷ J. PASSA, «Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions », article précité, p.20.

²⁷⁸ R.DUASO CALES, article précité, p. 16.

²⁷⁹ J. PASSA, « Le contrat électronique international, conflits de lois et de juridictions », article précité, p. 20.

i-La divergence des interprétations :

Ambigüe est la notion d'« *activité dirigée vers* », car n'étant à nul endroit définie par le règlement²⁸⁰, elle a suscité des appréciations divergentes²⁸¹. La commission explique à cet égard dans les travaux préparatoires du règlement que la notion d'activité dirigée implique nécessairement que le site soit actif ou interactif par opposition au site passif qui ne fonde jamais la compétence fondée sur la notion d'activité dirigée²⁸². La déclaration du Conseil faite lors de l'adoption du règlement est encore plus explicite²⁸³ en précisant que la seule accessibilité du site ne suffit pas à rendre applicable la compétence dite de protection²⁸⁴. Seule la conclusion en ligne du contrat constitue l'élément déterminant. Faut-il alors qu'il ait une invitation à contracter qui pourrait aboutir ou non à la conclusion du contrat par toute forme de technologie²⁸⁵. Le Parlement européen avait quant à lui adopté le 21 septembre 2000 une résolution législative plus tranchée²⁸⁶: « *la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un Etat membre constitue une activité dirigée vers cet Etat lorsque le site commercial en ligne est un site actif en ce sens que l'opérateur dirige intentionnellement son activité de façon substantielle vers cet autre Etat* »²⁸⁷.

²⁸⁰ A.BENCHENEB, article précité, p. 37.

²⁸¹ L'interprétation de la notion d'« *activité dirigée* » est pertinente en ce sens que de laquelle va dépendre l'interprétation de l'art. 6 du règlement de Rome I (24^e considérant dudit règlement).

²⁸² Il est à signaler qu'avant l'adoption de cette position, la commission a proposé une interprétation assez large selon laquelle la commercialisation des biens ou de services par un moyen électronique dans un Etat membre constitue une activité dirigée vers cet Etat.

²⁸³ A.BENCHENEB, article précité, p. 37.

²⁸⁴ *Ibid.*, *loc.cit.*; R.DUASO CALES, article précité, p. 16.

²⁸⁵ M-A KONÉ, mémoire précité, p. 107.

²⁸⁶ Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [2000] J.O.CC-146/98.

²⁸⁷ Quant au sens de l'expression d'« *activité dirigée* », voir également Parlement Européen, Commission juridique et du marché intérieur, « Second projet de rapport de Diana Paulette Wallis (PE 286.006) sur la proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », PE 286.006/AMC1-7/REV2, en ligne : http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20000904/419253_fr.do

L'absence de clarté en ce qui concerne la notion « d'activité dirigée » a abouti à une divergence jurisprudentielle²⁸⁸. En effet, alors que certaines juridictions des Etats membres limitent le jeu de l'article 15 à l'hypothèse du site actif, d'autres envisagent son application à l'ensemble des sites web²⁸⁹. Citons à cet égard l'exemple de l'affaire Pammer / Hôtel Alphenhaf précitée, dans laquelle la cour de justice précise que la seule accessibilité du site internet ne suffit pas à la détermination de la compétence sur la base des règles spéciales²⁹⁰. De même, dans un arrêt plus récent de la cour de justice de l'union européenne datant du 6 septembre 2012²⁹¹, même si la qualité du consommateur n'a pas été remise en cause par les différentes instances, une grande majorité des considérants s'est focalisée sur l'interprétation de la notion d'activité dirigée et sa valeur déterminante du champ d'application de l'article 15 §1 c) du règlement.

La jurisprudence française²⁹² peut elle-même illustrer la divergence et l'incertitude quant à l'interprétation de la notion d'« *activité dirigée* ». Dans un premier temps, les tribunaux français ont été dirigés vers l'adoption d'une approche dite « *universaliste* », focalisée sur le seul critère d'accessibilité des sites internet à partir des ordinateurs situés sur le territoire français²⁹³. Cette tendance serait dans un second temps éloignée²⁹⁴

²⁸⁸ M.PERTEGAS SENDER, article précité, p.193.

²⁸⁹ A.BENCHENEB, article précité, p. 38

²⁹⁰ Cette précision a été motivée par le fait que « *si telle avait été la volonté du législateur de l'Union, il aurait posé comme condition d'application des règles en matière de contrats conclus par le consommateur non pas la simple direction des activités vers un Etat membre mais la simple existence du site internet* » : Affaire Pammer / Hôtel Alphenhaf, affaire précitée, point. 71

²⁹¹ C.J.C.E, 4^{ème} chambre, arrêt du 6 septembre 2012, Daniel M. / Ahmad et Wadat Y., Disponible en ligne sur : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3520.

²⁹² Bien que la plupart des décisions examinées concerne la matière délictuelle, elles permettent d'illustrer l'attitude des tribunaux dans l'appréciation de leur compétence fondée sur le critère d'« *activité dirigée* ».

²⁹³ Voir à ce propos notamment l'affaire Yahoo qui a marqué un débat entre les juridictions américaines et françaises et qui a éculé tant d'ancre. Voir : B.DE GROOTE1, « L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick », Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information – n° 16/2003, pp.61-82 ; V.SEDALLIAN, « Commentaire de l'affaire Yahoo! À propos de l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000 », disponible en ligne sur : <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm>; Y. POULLET, « Les implications de l'affaire Yahoo! Inc. », disponible en ligne sur : <http://www.lthoumyre.chez.com/uni/doc/yahoo/pouillet.htm>

suite à la précision²⁹⁵ apportée par la Cour de cassation²⁹⁶ quant au sens d' « *activité dirigée vers* ». Contrairement à la jurisprudence dominante, il est exigé désormais qu'il ait une invitation au consommateur d'inclure un contrat.

Une évolution jurisprudentielle accélérée s'est également ressentie au niveau des juridictions américaines²⁹⁷ qui sont parmi les premiers précurseurs à se pencher sur la question de la compétence en matière de transactions passées par internet²⁹⁸. Cette évolution peut être résumée en trois étapes alimentées par deux tendances quant à l'interprétation du niveau d'interactivité du site internet²⁹⁹. Une tendance minoritaire³⁰⁰ fondée sur la simple accessibilité d'un site internet dans un pays, fut rapidement dépassée avec l'apparition de la notion de site passif³⁰¹ dans la jurisprudence américaine; impliquant ainsi une nouvelle approche³⁰² fondée sur la distinction entre « site actif » et « site passif »³⁰³. La rapidité avec laquelle évolue la technologie a cependant révélé les limites³⁰⁴ d'une telle approche à appréhender toutes les situations possibles et a montré une

²⁹⁴ Affaire jugée le 11 mars 2003 en matière de contrefaçon, cité par M-A KONÉ, mémoire précité, p. 107.

²⁹⁵ « *Le simple accès à un site internet dans un Etat ne suffit pas à fonder la compétence de ses tribunaux* ».

²⁹⁶ Cassation 1^{ère} civ, 98 décembre 2003, Roeda, bull.civ.2003, citée par M-A KONÉ, mémoire précité, p. 107.

²⁹⁷ M-A KONÉ, mémoire précité, p. 115.

²⁹⁸ S.LAKSHMINARAYAN, article précité, p. 534.

²⁹⁹ N.BETTELHEIM, « Personal jurisdiction and the internet, cyber differences shed new light on existing conflicts » (2006), Journal of Internet Law, cité par M-A KONÉ, mémoire précité, p. 116.

³⁰⁰ Identique au modèle français de compétence universaliste, cette approche est illustrée par l'arrêt Inset system, Inc. V. Instruction Set. Inc. 937 Supp 161(D.comm.1996). Elle s'appuie sur le critère de contact minimum qu'un site internet doit avoir avec un tribunal pour permettre la revendication de sa compétence.

³⁰¹ Voir sur la notion de « site passif » : U. DARETTE, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 212

³⁰² Il s'agit de l'approche Zippo qui trouve son origine dans l'affaire Bensusan Restaurant Corporation. King F.supp.295(S.DN.Y.1996) qui a posé les bases de ce nouveau courant consacré effectivement par l'affaire Zippo, affaires citées par M-A KONÉ, mémoire précité, p. 118

³⁰³ Voir sur cette distinction : M.GIEST, « Compétence et internet : changement d'approche juridictionnelle », (printemps 2002) disponible au <http://www.isuma.net/vo3n01/giest.F.shtml>. Voir sur l'approche Zippo: Richard GARNETT « Are foreign internet infringers Beyond the reach of the law ? » (Les délinquantes sur internet sont-ils hors de portée de la loi ?)3, university of New South Wales Law Journal 23(1), 2000.105-126, cité par S.LAKSHMINARAYAN, article précité, p.535

³⁰⁴ M-A KONÉ, mémoire précité, p. 132

difficulté de mise en œuvre par les tribunaux américains. Ces derniers se sont alors tournés vers une nouvelle approche de compétence fondée plutôt sur les effets réels du site internet dans un Etat et non sur son caractère commercial ou non³⁰⁵. Une doctrine³⁰⁶, partant des lacunes de ces approches, prône pour le critère de ciblage³⁰⁷. Ce dernier implique la détermination des intentions des parties et l'évaluation des mesures prises pour pénétrer dans une zone de compétence donnée ou au contraire l'éviter³⁰⁸.

ii- La subjectivité de la mise en œuvre :

Ambigu est le critère « *d'activité dirigée* », puisque son application nécessite une prise en considération des intentions du professionnel. Ce qui commande concrètement de vérifier s'il poursuit le but d'entrer en relation spécifiquement avec les consommateurs établis dans un ou plusieurs Etats, pour enfin décider si la résidence du consommateur a été « ciblée ». L'appréciation de cette volonté n'est pas de la même facilité lorsqu'il est question des modes classiques de publicité. Ces derniers impliquent l'engagement de dépenses parfois importantes qui démontrent de ce fait une volonté du commerçant de diriger ses activités vers d'autres Etats³⁰⁹. Faut-il alors chercher certains indices ou critères additionnels permettant de présumer une telle intention en monde électronique. A cet égard, la mention selon laquelle un commerçant offre ses services et ses biens dans

³⁰⁵ C'est ce que la Cour suprême des Etats Unis a établi dans l'affaire *Calder.c.Jones* en matière quasi délictuelle : N.J. 38 (N.J.2000), affaire citée par M-A KONÉ, mémoire précité, p.124.

³⁰⁶ G.CODSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de DIP dans le code du Québec », dans Yvon BALAISE, *développement récents en droit de la consommation*, SV de la formation permanente Barreau du Québec, Cowansville, 1994, pp. 143-229.

³⁰⁷ Voir la théorie de focalisation : O.CACHARD, *op.cit.*, p.401 et s.

³⁰⁸ L'approche de la compétence des tribunaux américains a exercé une influence sur les autres systèmes juridiques, mais de façon partielle au Canada. Voir à ce propos: affaire *Braitech Inc. v.Kosituk*, citée par M-A KONÉ, mémoire précité, p 127 ; M.GIEST, article précité, n. 417

³⁰⁹ Cette volonté ne peut être présumée dans le cadre du commerce électronique « *puisque une publicité faite sur un site est accessible dans tous les Etats sans qu'il soit nécessaire d'exposer des dépenses supplémentaires et indépendamment de la volonté du commerçant de cibler ou non des consommateurs au-delà du territoire de l'Etat membre dans lequel il est établi* » : affaire *Pammer/Hôtel Alpenhaf*, affaire précitée, point. 68.

un ou plusieurs Etats membres nommément désignés a été considérée comme un indice manifestement révélateur de la volonté du commerçant³¹⁰, sous réserve de vérifier la conformité entre le contenu de telle mention figurant sur le site du commerçant et son comportement effectif³¹¹. Il en est de même de l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherche, afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents membres l'accès au site du commerçant. Faute de tels indices aussi pertinents, le juge serait dans l'obligation de vérifier au cas par cas l'existence d'une telle volonté manifestant la direction de l'activité vers un Etat membre donné. On penserait à ce propos aux mentions de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau neutre tel que « com » ou « eu ». Par contre, l'indice tiré de la monnaie ou de la langue utilisées a été écarté, dans la déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'article 15 du règlement Bruxelles I³¹² comme éléments pertinents aux fins d'apprécier si une activité est dirigée vers un ou plusieurs Etats membres, la langue anglaise étant la langue la plus répandue. L'on peut légitimement s'interroger sur la compatibilité d'une telle démarche casuistique commandée par tel critère subjectif avec l'objectif principal visé par le règlement à savoir la prévisibilité juridique.

Si les parties sont évidemment essentielles à l'activité contractuelle, les obligations qu'elles leur imposent le sont également. Le contrat en lui-

³¹⁰ Conclusions de l'avocat général Mme Verica TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans les affaires C.J.C.E. Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Helier, C-585/08 et C-144/09, para. 66, en ligne : <http://emJex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CO144:FR:HTML#Footref41>, cité par M-A KONÉ, mémoire précité, p. 199 et s.

³¹¹ Affaire Pammer/Hôtel Alpenhof, affaire précitée, point 92.

³¹² Annexe I, Déclarations conjointes du Conseil et de la Commission, disponible en ligne sur : www.legilux.public.lu/leg/.../declarations_reglement_CE_44_2001.pdf

même présente des liens, indépendants des parties qu'il lie, avec certains lieux.

Section deuxième : La stérilité du critère lié à l'opération contractuelle

Généralement, c'est en raison du lien étroit entre une juridiction et le litige ou en vue de faciliter une bonne administration de la justice, que le demandeur est autorisé de saisir un autre tribunal de préférence à celui dans le ressort duquel demeure le défendeur³¹³. C'est ainsi que le critère de compétence tiré de l'exécution du contrat ou de l'obligation contractuelle connaît une consécration abondante en matière contractuelle (**Paragraphe premier**). Cependant, sa transposition en monde électronique n'est pas sans poser de sérieuses difficultés y inhérentes (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier : La consécration de la compétence du juge du lieu de l'exécution du contrat ou de l'obligation contractuelle

Le lieu de conclusion, passablement délaissé dans le monde analogique sans être pour autant complètement abandonné³¹⁴, devrait être éloigné en monde électronique³¹⁵. Le facteur du lieu d'exécution du contrat ou des obligations contractuelles qui est encore utilisé ou prévu pour les relations traditionnelles aussi bien pour des fins normatifs³¹⁶ que juridictionnels, pourrait également servir comme chef de compétence pour déterminer le juge du contrat électronique international. Il connaît une consécration diversifiée à travers les droits nationaux (**A**). Le droit communautaire présente à cet égard certaine spécificité, ses dispositions en la matière étant plus instructives (**B**).

³¹³ R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p. 11.

³¹⁴ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 463.

³¹⁵ « Dans le commerce électronique, il est difficile de situer la conclusion d'un contrat dans un lieu. La conclusion est initiée à partir d'un terminal et traitée dans un ordinateur qui la reçoit, pour être éventuellement acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux généralement différents » : J.HUET, « Aspects juridiques, approche internationale », P.aff., n°116 du 26 septembre 1997, n.27.

³¹⁶ Exemples : l'art. 3114 al 2 C.C.Q, l'art. 8 al. 2 b de la convention de La Haye de 1986

A- La diversité des droits nationaux :

En disposant que « *les juridictions tunisiennes connaissent également [...] si l'action est relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie...* », l'article 5 al.2 du CDIP opte pour le critère d'exécution³¹⁷ du contrat en Tunisie comme chef de compétence pour les tribunaux tunisiens. Il instaure ainsi un for du contrat.

Plus explicite est l'article 46 al.2 du NCPC français, applicable en cas d'un litige extracommunautaire, qui attribue la compétence au tribunal du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu d'exécution de la prestation de service.

Le C.C.Q prévoit en la matière trois qualités de liens allant du très tenu au plus lâche³¹⁸. Du premier type, relève la compétence des autorités étrangères qui sont compétentes lorsque « *les obligations découlant d'un contrat devant y être exécutées* »³¹⁹. A l'autre extrémité du spectre se situe l'article 3148 §3, révélateur d'un lien très lâche entre le tribunal québécois et le litige. Il lui attribue compétence lorsque « *l'une des obligations découlant d'un contrat [...] devait être exécutée* » au Québec. La justification de la saisine des tribunaux québécois est fondée sur la seule existence d'une obligation –et non l'obligation litigieuse. Entre ces deux extrêmes, se situe le cas où l'article 3148 §3 donne compétence aux tribunaux québécois dès lors qu'une faute consistant en la violation de l'obligation qui devait être exécutée au Québec.

Le droit québécois, présente ainsi une certaine spécificité. Cependant, celle du droit communautaire demeure la plus significative.

³¹⁷ Considérant le critère de compétence fondé sur le lieu de conclusion du contrat sur le territoire tunisien tel que adopté par les anciennes dispositions du CPC comme un rattachement artificiel, les rédacteurs du CDIP l'ont abandonné au profit du celui du lieu d'exécution du contrat.

³¹⁸ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 159.

³¹⁹ L'art.3148 §4 du C.C.Q.

B- Les spécificités du droit communautaire:

En vertu de l'article 5 §1 a) du règlement Bruxelles I « *une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite dans un autre Etat membre [...] en matière contractuelle devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* »³²⁰. Il s'agit d'une reprise des termes de l'article 5 la convention de Bruxelles. Les deux dispositions se réfèrent à l'obligation servant de base à la demande et non à l'obligation caractéristique³²¹. Cependant, dans une tentative de prise en considération des spécificités du contrat électronique et afin de faciliter la mise en œuvre de ce facteur de rattachement, l'article 5§1 du règlement apporte des solutions nouvelles en ce qui concerne les contrats de vente et de fourniture. En effet, selon son al. b), lorsqu'il s'agit d'une vente de marchandise, le lieu d'exécution sera celui où en vertu du contrat les marchandises ont été ou aurait dû être livrées. S'agissant de la fourniture de services, ce lieu sera celui où en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. Le lieu d'exécution attributif de compétence juridictionnelle sera ainsi déterminé, et ce quelle que soit l'obligation litigieuse.

La focalisation de l'article 5 du règlement Bruxelles I sur le contrat de vente et le contrat de fourniture peut être justifiée d'un point de vue économique qu'ils correspondent aux deux contrats les plus répandus dans la vie des affaires³²².

On ne peut pas ignorer l'apport de l'article 5 du règlement Bruxelles I en matière de contrat électronique, parce que si l'obligation servant de base à la demande est celle pesant sur le client, il aurait fallu localiser le

³²⁰ Qui correspond à l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis

³²¹ Un tel critère est admis dans la détermination de la loi applicable au contrat.

³²² O.CACHARD, *op.cit.*, p.382; J.-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I., p.1042.

paiement et en particulier le paiement électronique. Ce qui n'aurait pas manqué de susciter des incertitudes. En outre, la solution consistant dans le fait de prendre en compte le lieu de livraison effective du bien est plausible. Le client (acheteur) ne fait connaissance du bien (matériel) dont la conclusion du contrat s'effectue de manière électronique, qu'au moment de la livraison réelle de ce dernier.

Reste qu'il faut apporter deux remarques. Il importe d'abord de souligner que le critère de compétence tiré de l'exécution de l'obligation contractuelle, a priori objectif, n'est pas à l'abri de toute incidence de la volonté des parties. L'article 5 du règlement dispose que le lieu de l'obligation litigieuse est déterminé « *en vertu du contrat* », autorisant ainsi les parties à fixer conventionnellement ce lieu. « *En vertu du contrat* », expression dont le sens selon un auteur n'est pas évident³²³, convoque évidemment la clause de localisation du contrat. Cette dernière, par opposition à la clause attributive de juridiction qui témoigne d'une influence directe de la volonté des parties sur la règle de compétence, manifeste une incidence indirecte de cette volonté sur la règle de compétence normalement objective³²⁴. Après avoir été admise par la jurisprudence sous l'empire de la convention de Bruxelles, la stipulation de ces clauses a été entourée par certaine méfiance tant par la jurisprudence³²⁵ que par certains auteurs³²⁶. La portée de cette réticence ne doit cependant

³²³ G. DROZ et H. GAUDEMET- TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 90 Rev. crit. D.I.P., p.635

³²⁴ O.CACHARD, *op.cit.*, p.372 et s.

³²⁵ En effet, la C.J.C.E. dans une tentative de contournement des conditions de l'article 17 de la convention de Bruxelles, considère que si la localisation est fictive, trop abstraite c'est-à-dire dépourvue de tout lien avec l'objet du contrat, la clause devrait être requalifiée en clause attributive de juridiction et donc soumise au régime qui lui est attaché (l'art. 23 du règlement). Cette jurisprudence illustre le danger des clauses de localisations qui s'apparentent parfois à des clauses d'élection de for sans toutefois en présenter les garanties de forme : O.CACHARD, *op.cit.*, p.383.

³²⁶ La rédaction de l'article 5§1b) du règlement a été vivement critiquée par HEUZE en lui regrettant le défaut de condition d'effectivité et en redoutant la stipulation de « fausse clause de localisation » : V.HEUZE, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », Rev. crit. D.I.P., 2000, pp.595-623.

pas être surestimée, car l'article 5§1b, même détourné par les parties, n'ouvre pas une compétence exclusive. En outre, la stipulation de telle clause se ressent indispensable pour régenter une dose de prévisibilité dans un monde virtuel où la localisation risque de perdre tout son sens³²⁷.

Il importe également de mentionner que conçu pour un contrat classique comme un critère étroit et significatif³²⁸, le critère de compétence tiré de l'exécution de l'obligation contractuelle et plus précisément son adaptation aux transactions électroniques est sujette d'une appréciation variable. Les contrats doivent recevoir un traitement différent en fonction de leur mode d'exécution³²⁹. Laquelle distinction, comme l'a remarqué Mme KESSDJIAN, proposée par les experts réunis à la table ronde de Genève, n'a pas été reprise par les auteurs du règlement Bruxelles I³³⁰. Certes, le cas d'exécution matérielle portant sur des biens matériels, vente d'objet matériel corporel où il y aurait forcément un lieu de livraison effective, impliquant une remise des biens entre les mains de l'acquéreur ou destinataire, ne soulève pas de difficultés particulières³³¹. Le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel se situe le lieu de remise qui correspond normalement au domicile de l'acheteur que celui-ci soit demandeur ou défendeur³³². En revanche, la localisation du lieu d'exécution s'avère hypothétique, délicate sinon même impossible lorsque le contrat est exécuté en ligne, posant ainsi de sérieuses difficultés³³³.

³²⁷ O.CACHARD, *op.cit.*, p.383

³²⁸ A.BERNARD, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2000, p.442

³²⁹ R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p.11 ; S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 466

³³⁰ C.KESSEDJIAN, conférence de La Haye, les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique, doc. prélim., n°7, août 2002, p.5

³³¹ Il en va de même pour une prestation de services comportant la réalisation d'actes concrets en un lieu déterminé tels qu'un transport de marchandises ou une réservation de billets de voyage ; le bénéficiaire ou destinataire devra forcément procéder à une possession en lieu donné.

³³² R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p.12.

³³³ Sylvette Guillemard évoque par exemple l'une des situations envisagées par la commission : celle des contrats dont l'obligation de livraison doit s'exécuter partiellement sous forme tangible, partiellement sous forme immatérielle. On peut certes y apporter des solutions comme par exemple

Paragraphe deuxième : Compétence soulevant de sérieuses difficultés inhérentes à l'électronique

La mise en œuvre du critère de compétence fondé sur la localisation du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse ou du contrat suscite plusieurs difficultés du moins lorsqu'il s'agit d'une exécution en ligne, et ce même avec les précisions qu'apporte le règlement Bruxelles I. En effet, on ne peut pas nier qu'en déterminant l'obligation litigieuse dans les deux contrats les plus courants dans la vie des affaires, le règlement a pu dans certaines mesures rompre avec la question ardue d'identification de l'obligation litigieuse suscitée par la convention de Bruxelles³³⁴. Cependant, il n'est pas sûr que la nouvelle disposition de l'article 5 al 1 du règlement entraîne moins de problèmes que celle qu'il a précédé³³⁵. Ainsi, tout en maintenant la difficulté relative à la localisation de l'obligation contractuelle **(A)** déjà suscitée par l'ancienne disposition et par les autres dispositions optant pour un tel critère, le nouveau texte crée avec la précision qu'apporte une nouvelle difficulté de qualification préalable du contrat litigieux **(B)**³³⁶.

A- La détermination du lieu d'exécution:

Il est à vrai dire que le problème de localisation surgisse avec insistance chaque fois où on s'intéresse au monde électronique, monde

par application de la théorie de l'accessoire à condition de réussir à distinguer le principal de l'accessoire. La solution pouvait reposer sur une fiction établissant que pour ce type d'exécution, la territoriale l'emporte sur la cyberspaciale : S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.468. Olivier Cachard mentionne la difficulté que pourrait engendrer un contrat à exécution successive en plusieurs endroits ; laquelle situation, même si elle n'est pas propre au nouvel environnement, elle est y est assez fréquente : O.CACHARD, *op.cit.*, p. 176, n.685.

³³⁴ Laquelle difficulté se complique davantage en cas de pluralité d'obligations nées d'un même contrat ou lorsqu'il s'agira d'une obligation exécuté dans plusieurs lieux, de telle possibilité est plus probable sur internet.

³³⁵ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.163 ; R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p .13. Pour Vincent Heuzé, le nouveau texte constitue « *tout au plus un petit bricolage qui ne se donne pas d'autre ambition que de proposer quelques remèdes* » aux difficultés engendrées par l'art. 5 de la Convention de Bruxelles : V. HEUZE, article précité, pp.595-623.

³³⁶ Une autre difficulté non moins sérieuse mais non particulière au commerce électronique a été également suscitée. Elle concerne l'acceptation même de la notion « matière contractuelle », non définie par le texte. Elle faisait ainsi l'objet d'une interprétation autonome de la CJCE. Voir à titre d'exemple, CJCE.Soc.Jahol Handte, c-26/91, 1992, Rec CE..-3697 (motif n°14) rev.int.DIP, 1992, p. 726, note Hélène –Gaudemet-TALLON, JDI, 1993, 169 (obs. Jean Marc Bischoff).

régné par la non territorialité et la dématérialisation. En effet, on s'interroge à ce propos, comment peut-on localiser une exécution effectuée en ligne, une obligation n'ayant pas un contenu matériel ?³³⁷ En fait, d'un point de vue factuel, la détermination du lieu d'exécution d'un contrat électronique en général et d'une obligation effectuée sur la toile en particulier n'est pas toujours facile. La même difficulté de localisation déjà soulevée par la convention de Bruxelles³³⁸ persiste encore avec la nouvelle disposition de l'article 5 al 1^{er} du règlement. En effet, si le contrat ne relève ni d'une vente ni d'une fourniture de services, le principe du for de l'obligation litigieuse tel que posé par l'al 1^{er} a) de l'article s'impose et il devient nécessaire de déterminer son lieu d'exécution. De même, on trouve le même problème de localisation du lieu d'exécution tel que déterminé pour le contrat de vente et celui de fourniture de service.

S'agissant d'abord de la prescription relative à la vente et qui prend en considération la livraison des marchandises comme l'obligation déterminante, elle ne tranche absolument pas les incertitudes. Ceci est important d'autant que les plaintes généralement observées en matière de commerce électroniques résultent d'un défaut de livraison ou d'une livraison défectueuse puisque le destinataire s'oblige à payer le prix avant la livraison. D'une part, comme le fait remarquer Jean Paul BERAUDO « *la fiction, ainsi édictée, prêtera à sourire lorsque la matière litigieuse sera sans rapport avec la livraison* », par exemple lorsqu'elle concernera le

³³⁷ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.467.

³³⁸ D'un point de vue pratique, sous l'égide la convention de Bruxelles, l'expression « *lieu d'exécution* » présentait une certaine complexité juridique qui s'est traduite à travers une jurisprudence constante de la CJCE quant à l'interprétation de telle expression. En effet, la cour oblige dans un raisonnement pouvant être transposable à l'internet, le tribunal à résoudre un conflit de lois pour se prononcer sur sa propre compétence fondée sur le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle litigieuse : CJCE, 6 octobre 1976, affaire industrie Tesseli Italiano. Voir : M. FALLON et J. MEEUSEN, article précité, p. 469. ; R. DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p.13 ; P.THIEFFRY, Commerce électronique, Droit international et européen, LITEC, 2002, p. 215.

paiement³³⁹. D'autre part, à quelle notion juridique, la livraison des marchandises fait-elle référence ? S'agit-il « *uniquement de la remise matérielle de la chose ou faut-il y inclure le transfert de propriété ?* »³⁴⁰ Ceci est d'autant plus sérieux surtout que dans la vente des biens immatériels, il y aurait coïncidence fréquente du moment de la livraison effective du produit et celui du transfert de propriété. Ce qui rend difficile en l'absence d'un support matériel la détermination du lieu et du moment de la livraison effective de la « chose » immatérielle³⁴¹. L'assimilation de telles opérations s'effectuant sur la toile à une livraison effective paraît abusive³⁴². S'agira-il du lieu où est situé l'ordinateur voire le téléphone portable de l'acheteur ? S'agira-t-il du lieu où est situé au moment de l'exécution le serveur du vendeur ou de son hébergeur depuis lequel le téléchargement est opéré ? Dans douze des Etats de la communauté européenne, la réponse est donnée par l'article 31 de la convention de Vienne³⁴³ dont les différentes options mènent toutes à localiser la livraison dans les locaux du vendeur, ce qui revient à appliquer la doctrine de la prestation caractéristique³⁴⁴.

On peut soutenir que l'exécution prend place en un point du réseau où les données ont été téléchargés auprès d'un serveur et rendues accessibles au destinataire. Laquelle solution peut aboutir à donner compétence à un tribunal n'ayant pas de rattachement étroit avec le litige³⁴⁵.

Un auteur, en suivant tout un raisonnement, a soutenu la thèse qui considère le lieu où se trouve l'ordinateur de l'acheteur comme lieu de

³³⁹ J.-P. BERAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I., p.1044.

³⁴⁰ *Ibid.*, *loc.cit.*

³⁴¹ C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p. 375.

³⁴² R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p.14

³⁴³ Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises du 11 avril 1980.

³⁴⁴ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 163.

³⁴⁵ R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », p.14.

livraison à l'image d'un domicile, d'une adresse à laquelle on livre un bien matériel³⁴⁶. Laquelle thèse est critiquable à deux égards au moins. D'une part, en tant qu'un bien matériel, un ordinateur peut être facilement transposable, la compétence du juge du lieu de livraison changerait alors arbitrairement et facilement au grès de l'utilisateur. D'autre part, il est impossible aujourd'hui de localiser dans l'espace un ordinateur portable équipé techniquement pour effectuer des connexions sans fil à internet (exemple : achat en ligne lors d'un voyage)³⁴⁷.

Reste à signaler que la prescription particulière à la vente ne trouve application que lorsque la livraison a lieu dans un Etat membre. Si ce n'est pas le cas, l'article 5 al.1^{er} renvoie à la règle générale concernant les contrats³⁴⁸ et dont « l'irréductible mystère »³⁴⁹ est loin d'être éclairci³⁵⁰.

S'agissant ensuite, de la localisation du lieu de fourniture de la prestation de service, il est admis par fiction afin de sortir de l'impasse qu'il faudrait qu'elle corresponde au lieu effectif d'exécution des actes de création du site commandé ou des actes de mise à disposition de la base des données. En d'autres termes, c'est le lieu d'émission des données, objet du contrat qui serait pris en considération, l'instantanéité de ces contrats de fournitures de services militant en ce sens³⁵¹. Ce serait dans les locaux du prestataire du service que se situerait alors ce lieu. Cela reviendra à donner compétence au tribunal de l'établissement du prestataire. Si donc c'est le destinataire du service qui est demandeur, il sera obligé de plaider devant le tribunal de l'Etat du prestataire. Cela revient à la règle de principe attribuant compétence au tribunal du domicile du défendeur et se trouve par

³⁴⁶ M. NAIMI CHARBONNIER, La formation et l'exécution du contrat électronique, thèse sous la direction du professeur Jérôme Huet, Paris II, octobre 2003, p.211.

³⁴⁷ C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p.377.

³⁴⁸ Art. 5 § 1 a).

³⁴⁹ V. HEUZE, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », article précité, p.602.

³⁵⁰ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p.164

³⁵¹ R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p.14

là même supprimé le choix d'un autre tribunal que voulait offrir l'article 5 al 1^{er} du règlement. Tandis que si le prestataire est demandeur, il pourra toujours plaider devant son for, créant ainsi en certains cas la compétence du for du demandeur avec toutes les critiques classiquement y adressées entre autres la rompe de l'égalité de traitement entre les plaideurs au détriment de l'un des professionnels³⁵². Une autre solution peut être aussi soutenable, celle du lieu de réception des données fournies, telle que proposée par l'avant projet de convention de La Haye qui accorde la compétence au tribunal dans lequel les services « *ont été rendus* ». Ce serait cette fois dans le domicile du destinataire des services que se situerait le lieu d'exécution. Que ce destinataire soit demandeur ou défendeur, le lieu d'exécution ainsi défini, consacrerait la compétence du for du demandeur³⁵³.

Considérant que les solutions sus envisagées ne peuvent intervenir sans conférer une par d'artifice à la localisation de l'exécution en un point fixe, Renaud DE BOTTINI prône pour une autre solution valable aussi bien pour le contrat de vente que celui de fourniture de services. Elle consiste à poser une présomption selon laquelle l'exécution d'un contrat en ligne se situe au lieu où le client professionnel a son établissement, car c'est là que les données numériques objets du contrat ont été mises à sa disposition³⁵⁴.

Optant pour le critère du lieu d'exécution, les différentes dispositions susmentionnées engendrent la difficulté relative à la détermination de ce lieu. Cependant, le détail apporté par l'article 5 du règlement Bruxelles I (l'article 7 du règlement Bruxelles I bis) pose une difficulté qui lui est

³⁵² R.DE BOTTINI, « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entre professionnels », article précité, p. 69.

³⁵³ G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges » in *Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, article précité, p. 89 et s. spéc. p. 91.

³⁵⁴ R.DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », article précité, p. 14.

particulière. C'est celle de la qualification préalable du contrat électronique litigieux.

B- La qualification préalable du contrat électronique litigieux :

L'article 5 al 1^{er} du règlement Bruxelles I crée, avec les précisions qu'apporte en ce qui concerne les deux contrats, une nouvelle difficulté. En effet, la mise en œuvre de la distinction entre contrat de vente et celui de fourniture de services commande de procéder à une qualification préalable du contrat litigieux³⁵⁵. Laquelle opération ne se pose pas lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente ou de fourniture de services conclu électroniquement mais exécuté selon les voies traditionnelles. Il n'en est pas le cas pour les nouveaux contrats «*créés*» aux nécessités de l'accès et de l'exploitation du réseau. L'extrême diversité des contrats conclus et exécutés en ligne tels que la commercialisation des logiciels ou des services financiers en ligne, l'accès à des bases de données ou de services d'information, soulève ainsi une question difficile et controversée quant à la leur qualification. En effet, n'étant pas identique dans les différents droits nationaux³⁵⁶, la qualification est plus difficile à faire lorsque l'on aborde le réseau internet³⁵⁷ surtout avec l'absence de définition communautaire des contrats de fourniture de services et de vente³⁵⁸. Les contours des services de la société de l'information semblent bien incertains en droit communautaire³⁵⁹. Une analyse rigoureuse de cette question favorise une approche casuistique tenant compte de la diversité de ces contrats³⁶⁰ et leur économie. On se limite à vérifier si une qualification de vente ou de prestation de services est susceptible d'être retenue aux fins de l'application de l'article 5.1.b du

³⁵⁵ A.BENCHENEB, article précité, p. 36.

³⁵⁶ C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p. 377

³⁵⁷ E-L OWENGA ODINGA, article précité, p.5.

³⁵⁸ A.BENCHENEB, article précité, p. 37

³⁵⁹ O.CACHARD, *op.cit.*, p. 172.

³⁶⁰ I.DE LAMBERTERIE, « Multiplicité des contrats électroniques », article précité.

règlement de Bruxelles I³⁶¹. Prenons l'exemple du contrat de progiciel qui a fait l'objet d'une vive controverse quant à sa qualification en tant qu'un contrat de vente ou de fourniture de services. C'est ainsi que Jérôme PASSA estime que la qualification de vente s'impose. Elle raisonne en termes du produit remis à l'utilisateur et le prix payé par celui-ci, obligations caractéristiques d'un contrat de vente³⁶². Laquelle qualification est largement contestée du fait que le contrat de vente *stricto sensu* est un contrat translatif de droit ; alors que dans le contrat de progiciel, le fournisseur concède uniquement un droit d'utilisation strictement personnel et limité³⁶³. Il comporte dès lors une licence restreignant le droit d'usage de l'objet du contrat. La qualification du contrat de progiciel en tant que contrat de prestation de services semble également être non évidente. L'élément caractéristique du contrat d'entreprise - la réalisation d'un travail à la demande du bénéficiaire - semble faire défaut dans le cadre du contrat de progiciel. Par contre, entrent incontestablement dans la catégorie de prestations de services, les opérations qui consistent à fournir par le médium électronique des prestations consistant de la part d'une banque en l'exécution d'ordres en bourse et des opérations de compte courant relatives à une ouverture de crédit. Il en va de même pour la majorité des contrats spéciaux liés aux activités en ligne : contrats de fourniture d'accès à internet, contrat d'hébergement ou de création d'un site, etc....

De même la mise en œuvre de l'article 5 point 1, sous b) du règlement contraignait le juge à rechercher la qualification de vente ou de prestation. La qualification de ces deux contrats faisait ainsi l'objet d'une interprétation autonome par la cour de justice. C'est ainsi qu'elle a

³⁶¹ L'art. 7.1.b du règlement de Bruxelles I bis.

³⁶² J. PASSA, « De la vente de logiciel », dans droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre CATALA, Paris, LITEC, 2001, p. 802.

³⁶³ Voir à ce propos A. LUCAS, Le droit de l'informatique, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 398.

confronté, dans une décision récente³⁶⁴, l'analyse sus évoquée quant à la qualification du contrat de progiciel en tant que contrat de fourniture de service. Saisie d'une question préjudicielle, la cour s'est prononcée sur la question de savoir si « *le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle habilite son cocontractant à exploiter ce droit (contrat de licence) est un contrat portant sur la ''fourniture de services'' au sens de l'article 5, point 1, sous b) du règlement* ». Après avoir précisé que « *la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* »³⁶⁵, elle ajoute que « *le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit d'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération n'implique pas une telle activité* »³⁶⁶.

Dans d'autres hypothèses où la qualification du contrat paraît douteuse ou ne rentre pas dans la catégorie de ces deux contrats, la cour peut suivre une approche différente en passant outre cette étape de qualification³⁶⁷. Elle raisonnerait ainsi quant à la compétence en se référant au for de l'obligation litigieuse c'est à dire au lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande³⁶⁸.

³⁶⁴ CJCE, Falco Privatstiftung et Gisela Weller-Lindhorst, C-533L07, 2009, J.O.U.E, 141 au 20 juin 2009, p15.

³⁶⁵ *Ibid.*, point 29.

³⁶⁶ *Ibid.*, point 30.

³⁶⁷ Voir Fawcett, James. Jonathan Harris et Michael Bridge, *International sale of goods. in the conflict of law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 518, cité par É.CHAKTHOURA, mémoire précité, p.175.

³⁶⁸ L'article 5. 1).c du règlement Bruxelles I, l'article 7. 1).c du règlement Bruxelles I bis.

Conclusion de la première partie

Au terme de cette partie consacrée à la confrontation de l'ensemble de règles susceptibles de servir d'un fondement de la compétence internationale et des nouvelles technologies, on constate une efficacité réduite de la méthode conflictuelle. L'incidence du réseau sur l'application des règles objectives traditionnelles bien que certaine, dévoile les limites de certaines normes, dont celles qui font référence au concept du lieu. Les facteurs de rattachement les plus appropriés sont ceux qui concernent les parties impliquées, même s'ils subissent l'effet de l'anonymat des échanges réalisés en ligne. Celles-ci n'ont généralement rien d'immatériel ou du moins, ont habituellement des attributs matériels, concrets et terrestres fort utiles.

Les autres facteurs objectifs ou subsidiaires fondés sur la localisation de l'activité- elle-même témoignent de l'affaiblissement de leur valeur localisatrice par les caractéristiques juridiquement importantes du réseau.

Quoi qu'il en soit, les critères de rattachement objectifs devraient être relégués encore plus à un rôle secondaire pour laisser place au principe de la liberté contractuelle. Ce dernier, se voit le rôle prépondérant qu'occupe en droit international privé contemporain accentué en matière de commerce électronique³⁶⁹. Faisant abstraction de toute localisation objective du contrat, il répond sans conteste à l'objectif de prévisibilité. Si en termes de localisation, le principe de liberté contractuelle semble être parfaitement

³⁶⁹ La CCI insiste sur le fait que la liberté contractuelle, dans les relations cyberspatiales, « *devrait être respectée à titre de principe général sous-tendant les décisions relatives au choix de la loi et de la juridiction compétente* » et « *encourage les gouvernements à imposer le moins de restrictions possible à l'autonomie des parties* » : CCI, « La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique » (juin 2001), en ligne : http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/French_translations/competence_et_loi_applicable.asp.

adapté aux nouvelles technologies, sa spécificité réside dans les nouvelles complications liées au nouvel mode transactionnel de négocier ou de modifier les clauses affichées à l'écran. Le contrat électronique s'inscrit souvent dans le cadre d'un contrat d'adhésion, où le risque d'adhérer à des clauses de rattachement est accru. Ces complications se rapportent essentiellement à la nouvelle forme électronique que revêt une clause de juridiction. Il s'agissait alors d'évaluer en termes renouvelés comment une telle forme puisse révéler un consentement libre et éclairé du contractant auxdites clauses et comment puisse-elle servir comme moyen de preuve dans un monde totalement dématérialisé. L'étude de ces deux aspects ont permis d'une part de démontrer l'incidence des nouvelles technologies sur le droit et plus particulièrement sur les règles en matière de preuve. Elle a permis d'autre part, de constater que le juge subit des contraintes inhabituelles, s'agissant ici d'une affaire à un domaine sophistiqué de haut risque de vulnérabilité. Aux contraintes juridiques -à savoir les exigences légalement requises pour la reconnaissance de la force probante de l'écrit électronique -, s'ajoutent des contraintes d'ordre technique du moment où l'administration de la preuve se situe dans un nouveau contexte technologique avec ses dispositifs complexes³⁷⁰.

³⁷⁰ Voir à ce propos : BEN AHMED, « Le juge et la preuve électronique », disponible en ligne sur : <http://www.avocat-ben-ahmed.com/SupportDeCours/Le-juge-et-la-preuve-electronique.pdf>

Deuxième partie :

**L'incidence de l'internet sur le
règlement du contentieux électronique**

La difficulté majeure pour les conflits cybernétiques est l'accès rapide à une justice peu coûteuse correspondant à l'environnement dématérialisé des échanges³⁷¹ et qui prend en considération leur caractère international³⁷². Bref, cette justice, ne devant pas correspondre à une justice ordinaire³⁷³, doit faire preuve d'une adaptabilité aux caractéristiques des litiges cybernétiques. Allons plus loin, on se demande s'il est nécessaire d'aménager une nouvelle forme de justice parallèlement à l'apparition de la nouvelle forme de contracter³⁷⁴, la forme électronique. D'où l'émergence d'une justice administrée en ligne (**chapitre premier**).

Cette nouvelle forme de justice paraît cependant à certains égards insuffisante, ce qui requiert le recours à « l'ancien » système judiciaire. Ce dernier, devrait évoluer dans une tentative d'adaptation aux caractéristiques singulières des litiges cybernétiques (**chapitre deuxième**).

³⁷¹ A.AYEWOUADAN, « La médiation en ligne », J.C.P.G, n°19, 19.05.2006, p.945

³⁷² A.MARMISSE, « Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe », in les premières journées internationales du droit de commerce électronique, actes de colloques de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000 organisé par le département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'école de droit de l'entreprise de la faculté de droit de l'université de Montpellier sous la responsabilité scientifique d' E.A.CAPRIOLI, p.77

³⁷³ A.AYEWOUADAN, article précité, p. 946.

³⁷⁴ E-A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, préface.

Chapitre premier :

La recherche d'une justice appropriée aux litiges cybernétiques : la cyberjustice

Etant à l'origine source mêmes de contentieux, les nouvelles technologies seraient adaptées aux techniques juridiques de résolution des litiges cybernétiques³⁷⁵. En effet, l'Internet, nouvel environnement de commerce et de transactions³⁷⁶, lieu où se noue une infinité de relations d'affaires génératrices de conflits, peut également servir à résoudre ces conflits³⁷⁷. On parle désormais de justice administrée par l'Internet, justice dématérialisée appelée "cyberjustice". Celle-ci, désignée fréquemment par le sigle dérivé de l'anglais ODR (online dispute resolution) ou encore par l'expression française de MERL (modes électroniques de règlement de litiges), définit tous les modes de règlement des litiges qui ont pour trait commun d'être administrés en ligne et de réunir les colitigants par voie électronique³⁷⁸. De ce fait, trois conséquences découlent. D'abord, la cyberjustice est décrite comme telle, indépendamment de la nature du litige. Il n'existe pas de corrélation entre la dimension électronique du litige et le processus électronique du règlement³⁷⁹. Ensuite, la cyberjustice est définie comme telle, nonobstant les modes de règlement suivis. La cyberjustice n'est pas exclusive aux modes alternatifs de résolution, elle concernerait également la justice étatique. Enfin, du degré d'implication de

³⁷⁵ F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 419

³⁷⁶ A.ROUSSO, « La résolution des différends », article précité, p2.

³⁷⁷ E-L.OWENGA ODINGA, « Vers l'émergence d'une justice on-line » *lex Electronica*, vol7, n°2, p. 2, disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/owenga.htm>.

³⁷⁸ O.CACAHRD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », *Com. Com. élec* .décembre 2003, p. 22.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 23 ; G.CHABOT, « La cyberjustice : réalité ou fiction ? », *D.2003, chron.*, p. 2322 et s.

la technologie dans les mécanismes de règlement des différends dépend la nomination des ODR. On distingue à cet égard d'une part les mécanismes ODR assistés par des instruments technologiques et ceux qui sont totalement automatisés³⁸⁰, à propos desquels la doctrine n'a pas hésité à parler d'une « déshumanisation » de l'œuvre de justice³⁸¹.

Partant des caractéristiques des litiges cyberspatiaux- micro litiges-, doit-on chercher à promouvoir le règlement extrajudiciaire des litiges³⁸², pas sous n'importe quelle forme, mais sous la forme électronique (**Section première**). Dans ce cas, aux attraits traditionnels du règlement extrajudiciaire s'ajoutent la séduction des nouvelles technologies de l'information³⁸³.

Ces nouveaux modes de règlement des différends, étant avant tout des modes extrajudiciaires s'opérant en ligne, n'échapperaient pas de se glisser vers l'idéal type des tribunaux et vers le formalisme, c'est à dire qu'elles se processualiseront. Ce phénomène de processualisation s'accroît davantage sous l'effet de la technologie (**Section deuxième**).

³⁸⁰ F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 419. Voir également pour une catégorisation des types de procédures résultant des nouvelles technologies M.WAHAB, « The Global Informations Society and online dispute resolution : A new dawn for dispute resolution » in J.int.Arb, 2004, vol 21, p.143et s., spéc. p.168.

³⁸¹ G.CHABOT, article précité, p. 2322.

³⁸² O.CACHARD, *op.cit.*, p. 325.

³⁸³ Il s'agit en autres du bénéfice de rapidité, du coût d'accessibilité, de la possibilité de choisir le tiers appelé à résoudre le litige parmi des spécialistes, des experts de l'économie dématérialisée. Pour plus de détails : voir : T.SCHULTZ, thèse précitée, sous le titre- section II- l'adéquation de la résolution des litiges en ligne, pp.257-261

Section première : la cyberjustice alternative, la forme privilégiée

« Il n'est meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles mêmes »³⁸⁴

Parallèlement à l'essor des modes dits alternatifs de règlement des différends³⁸⁵ que connaît l'époque moderne, un besoin urgent d'une résolution des conflits cybernétiques, par des mécanismes rapides et faciles d'utilisation s'est ressenti. L'objectif recherché était non seulement que le litige pourra se dénouer de façon extrajudiciaire, mais surtout que ce dénouement sera obtenu de façon très rapide, à distance et à coût réduit³⁸⁶. D'où l'émergence d'une justice alternative en ligne résultant de l'interaction de l'alternatif avec l'électronique pour donner un système plus approprié au monde virtuel³⁸⁷. Cette évolution au niveau du système de résolution des litiges, s'est traduite d'une part en un panorama de modes alternatifs électroniques (**paragraphe premier**), et s'est concrétisée d'autre part à travers des expériences (**paragraphe deuxième**)³⁸⁸.

Paragraphe premier : Un panorama de modes alternatifs électroniques

Représentant la plus value des transactions en lignes³⁸⁹ et constituant une catégorie ouverte³⁹⁰, les MERL³⁹¹ englobent outre les ADR, modes

³⁸⁴ H.ROLAND et L.BOYER, Adages du droit français, LITEC, 3^{ème} édition, 1999, p. 435.

³⁸⁵ « Ces modes s'entendent à ceux laissant ouvert à tout moment le recours aux procédures judiciaires c'est-à-dire qu'ils ne substituent pas un règlement judiciaire même si leur succès permet d'éviter le procès » : I. De LABERTERIE, « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », in Le droit international de l'internet, s. dir. G. Chatillon, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 634. Voir également L.CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », Ritsumeikan Law Review, n°28, 2011, p.148 ; G.PAISANT, « Libres propos sur les modes alternatifs de règlements des litiges de la consommation », dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.767-797.

³⁸⁶ O.CACAHRD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p.22.

³⁸⁷ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 182.

³⁸⁸ On essaiera à travers l'une et l'autre manifestation de la cyberjustice alternative de dégager au fur et à mesure les principales caractéristiques de la procédure en ligne, son déroulement et ses avantages.

³⁸⁹ M.WAHAB, «The global information society and online dispute resolution, Adawn for dispute resolution», article précité, p.143

proprement alternatifs ou modes amiables³⁹² administrés en ligne **(A)** le mode juridictionnel ou contentieux que constitue l'arbitrage en ligne **(B)**³⁹³.

A- Les modes véritablement alternatifs :

Ces modes alternatifs de règlement des différends menés en lignes, regroupent essentiellement la négociation en ligne **(1)** et la médiation en ligne **(2)**.

1- La négociation en ligne :

Partant de l'importance fondamentale de la négociation dans la plupart des modes de règlement des litiges³⁹⁴, le mouvement ODR a développé deux mécanismes, la négociation automatisée **(a)** et celle assistée par ordinateur **(b)**, qui mettent spécifiquement en tension les deux pôles du cyberspace et de la négociation³⁹⁵.

a- La négociation automatisée

La négociation automatisée constitue la méthode de résolution des litiges qui repose sur la recherche d'une transaction extrajudiciaire sans intervention d'un tiers, par offres successives et comparées. Le processus est simple : chacune des parties, tour à tour, fait une offre chiffrée pour le règlement transactionnel du litige, s'engageant d'avance à être liée par le résultat. La procédure est divisée en tours de négociation. Les offres sont

³⁹⁰ Voir K. BENYEKHFLEF and F. GELINAS, « Online dispute resolution », *Lex Electronica*, vol.10 n°2 (Été/Summer 2005), pp. 43-53, disponible en ligne sur: http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/Benyekhlef_Gelinas.pdf.

³⁹¹ On vise par MERL dans un souci de simplification les modes extrajudiciaires de règlement des différends administrés en ligne, à l'exclusion du mode judiciaire.

³⁹² Il est à mentionner que même au sein des modes alternatifs « traditionnels », il existe toute une palette de modes pacifiques de règlement entre autres, la conciliation. Voir à ce propos G.CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313 et s. CH.JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », p.325 et s et J.EL-HAKIM, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.348 et s. in R.I.D. comp., n° 2 AVRIL-JUIN 1997.

³⁹³ Il est à signaler que certains auteurs placent l'arbitrage même hors les modes alternatifs de règlement.

³⁹⁴ Sur le rôle fondamental de la négociation dans la résolution des conflits : Y. DEZALAY, « Négociation » in *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, s. dir. A.-J. Arnaud (éd.), 2ème éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 387 et s.

³⁹⁵ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 183.

faites à un ordinateur avec lequel on communique par un site web – et non à la partie adverse. Pour chaque tour de négociation, l'ordinateur effectue une comparaison arithmétique entre les deux offres. Si elles sont suffisamment proches l'une de l'autre, l'ordinateur calcule la moyenne entre les deux chiffres et une transaction extrajudiciaire à concurrence de cette somme moyenne met automatiquement fin au litige. Si les deux offres sont trop éloignées l'une de l'autre, les parties passent au prochain tour. Les offres de chacune des parties ne sont en principe pas communiquées à l'autre³⁹⁶ : il s'agit d'une procédure d'offres à l'aveugle – ou *blind-bidding*³⁹⁷.

b- La négociation en ligne assistée par ordinateur :

La négociation assistée vise une transaction extrajudiciaire sans l'intervention de tiers durant la procédure, conclue à la suite de communication en ligne. Dans ce cas aussi, la procédure est simple : les parties négocient à l'aide d'outils informatiques, d'une manière similaire à ce que nous ferions *in persona*, par téléphone ou par écrit. Les services fournis par les centres proposant de la négociation assistée consistent en des plateformes de communication, des logiciels de communication à télécharger, des sites web sécurisés, des logiciels interactifs guidant les parties vers des agendas et des solutions types ou encore des formules types de transaction³⁹⁸.

³⁹⁶ Un seul fournisseur de négociation automatisée permet aux parties de prendre connaissance réciproquement de leurs offres (il s'agit de The Claim Room).

³⁹⁷ T.SCHULTZ, thèse précitée, p.184. Pour plus de détails sur la pratique de la négociation automatisée : voir G.KAUFMANN-KOHLER et Th. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice*, La Haye, Kluwer, 2004. n.575, p. 17 et s.; M. CONLEY TYLER, «One Hundred and Fifteen and Counting : The State of Online Dispute Resolution 2004 » in *Proceedings of the Third Annual Forum on Online Dispute Resolution*, s. dir. M. Conley Tyler, E. Katsh et D. Choi, Amherst, Mass., Publ. De l'Université de Massachusetts, 2004, n°575. Disponible en ligne sur : www.odr.info/unforum2004/ConleyTyler.htm.

³⁹⁸ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 184.

2- La médiation en ligne

La médiation en ligne ou cybermédiation, n'est en substance que la transposition en ligne d'une procédure classique de médiation³⁹⁹ dont la communication entre les différents intervenants s'effectuerait par des voies essentiellement électroniques⁴⁰⁰. De ce fait, elle prend dans le cyberspace les différentes variantes ou stratégies connues hors ligne⁴⁰¹.

Traduisant une justice moderne, souple, douce et proche des citoyens⁴⁰², la médiation en ligne témoigne d'une base consensuelle très nette qui peut être révélée à maints niveaux : fondement conventionnel⁴⁰³, déroulement librement organisé par les parties. En outre, Comme relèvent M.Flécheux et M.Lafarge, la médiation ne consiste pas à rechercher la solution la plus exacte possible au regard de la règle de droit mais la solution la plus apte possible à permettre la convergence d'intérêts des deux parties⁴⁰⁴. Le succès de la médiation en ligne se concrétise par un accord résumant les engagements des différentes parties, qui constitue une transaction au sens du droit de contrat. Comme tout contrat, cet accord a une force obligatoire⁴⁰⁵. Cependant, pour qu'une médiation en ligne atteigne toute son efficacité, il faut d'abord que l'accord de transaction

³⁹⁹ Située au cœur des modes alternatifs, la médiation est définie par le vocabulaire juridique Capitant dirigé par le doyen Cornu comme « *le mode de solution des conflits consistant pour la personne choisie par les antagonistes à proposer à ceux-ci un projet de solution* ». Consulter également : <http://www.cybertribunal.org/html/mediafr.htm>.

⁴⁰⁰ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 185.

⁴⁰¹ Pour une description de ces variantes de médiation, voir par exemple A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 21-23 ; Th.F. MASTRONARDI, *Mediation als Weg, Kunst und Technik der Vermittlung*, Ittigen, Signifix, 2000, p.192 et s. ; M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, 1995, pp. 71-92 ; G. HERRMANN, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends » in *Rev. arb.*, 1985, p.343 et s. ; Ph. FOUCHARD, « Alternative dispute resolution et arbitrage », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI in mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, s. dir. Ch. LEBEN et ALII, Paris, Litec, 2000, p.109 et s. ; K .BENYEKHFLEF and F.GELINAS, article précité, p. 98 et s.

⁴⁰² A. AYEWOUDAN, article précité, p. 945.

⁴⁰³ Voir à propos de types de clauses de médiation : A.AYEWOUDAN, article précité, p.948 ; Ch. JARROSSON, « Médiation et conciliation, définition et statut juridique », *Gaz. Pal*, 22 août 1996, p. 3.

⁴⁰⁴ G.FLECHEUX et Ph. LAFARGE, « La médiation in le juge entre deux millénaires », in *mélanges P.DRAI*, p. 303, cité par A. AYEWOUDAN, article précité, p. 947.

⁴⁰⁵ A.AYEWOUDAN, article précité, p. 948

fasse l'objet d'une exécution spontanée par les parties⁴⁰⁶, puisque l'issue espérée des MERL réside dans l'exécution spontanée de l'accord négocié par les colitigants⁴⁰⁷. De surcroît, il est nécessaire que les transactions conclues puissent avoir une efficacité internationale et faire l'objet d'exécution forcée sur les biens de la partie débitrice tant qu'il est vrai que force obligatoire du contrat de transaction et force exécutoire ne se confondent pas⁴⁰⁸.

Ainsi présenté, le recours à la médiation (en ligne) demeure une solution originale pour la résolution d'un litige international par rapport au règlement judiciaire et même par rapport au règlement juridictionnel de l'arbitrage⁴⁰⁹.

B- L'arbitrage en ligne

Reconnu depuis longtemps comme le mode de prédilection des règlements des litiges au sein de la communauté marchande⁴¹⁰, l'arbitrage pourra également aider à la résolution des litiges survenus dans le contexte du commerce électronique⁴¹¹. Allons plus loin, peut-on proposer qu'un arbitrage en ligne doive avoir une faveur plus accrue et que ce mode de règlement pourra se voir comme le remède à tous les maux de l'arbitrage contemporain⁴¹².

L'arbitrage électronique, appelé arbitrage en ligne, arbitrage cybernétique ou encore arbitrage virtuel résulte de la combinaison de

⁴⁰⁶ Il n'est pas rare que l'une des parties s'abstiennent à exécuter l'accord conclu et ce pour plusieurs raisons : qu'elle estime que l'accord n'est pas dans son intérêt, qu'elle conteste l'impartialité du tiers intervenant, etc.

⁴⁰⁷ O.CACAHRD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 24.

⁴⁰⁸ A.BENCHENEB, article précité, p.41.

⁴⁰⁹ En ce sens qu'elle permet de dépasser les ennuyeuses interrogations sur la juridiction compétente et la loi applicable et d'éviter le problème relatif à la reconnaissance et l'exéquatur de la décision à l'étranger. L'exécution ne souffre en principe d'aucun aléa dû à une procédure d'exéquatur soumise au juge étatique.

⁴¹⁰ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 72.

⁴¹¹ MHM.SCHELLEKENS, article précité, p.619 ; E-ACAPRIOLI, « Arbitrages et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cybertribunal », Rev. Arb., 2002 n°1 p.228.

⁴¹² F. HORCHENI et R. BEN KHALIFA, article précité, p. 426.

l'arbitrage classique⁴¹³ avec l'utilisation des nouvelles technologies de communication. La différence entre les deux formes d'arbitrage réside dans les moyens exploités dans la communication entre les parties et l'échange de preuves et arguments. En effet un arbitrage virtuel remplit les mêmes fonctions et les mêmes caractéristiques qu'un arbitrage traditionnel, tout en ayant ses propres caractéristiques. Ainsi, l'arbitrage électronique, tout comme l'arbitrage traditionnel, repose sur l'intervention d'un tiers investi d'un pouvoir de décision. Il constitue de ce fait la forme la plus contraignante des modes alternatifs de règlement des différends⁴¹⁴, l'arbitrage étant alors le mode alternatif de résolution des litiges qui ressemble le plus au procès judiciaire traditionnel⁴¹⁵. La sentence, issue de la procédure arbitrale, a une force obligatoire pour les parties et ayant l'autorité de la chose jugée.

L'arbitrage en ligne préserve la liberté contractuelle qui est par essence l'élément principal de l'arbitrage⁴¹⁶. L'arbitre est l'émanation des parties⁴¹⁷. En outre, en choisissant ce mode de règlement des litiges, les parties peuvent exercer leur volonté sur un nombre de questions importantes tels que le choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage, celui de la loi applicable au fond du litige et des règles applicables à la procédure.

⁴¹³ Pour une définition de l'arbitrage classique, voir : Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *op.cit.*, p. 77, A.BENCHENEB, article précité, p.41.

⁴¹⁴ A.ROUSSOS, article précité, p. 5.

⁴¹⁵ « Ceci est d'autant plus vérifiable sous l'influence du phénomène de la « juridiciation » de l'arbitrage » : *ibid.*, *loc.cit.* ; O.CACHARD, *op.cit.*, p.327 ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *op.cit.*, p.77 et s.; M.J. MUSTILL, « Arbitration : History and Background » in J. int. Arb., 1989, vol. 6, p. 43 et s.; Ph. FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, Paris, Dalloz, 1965, pp.30-31 ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Bruxelles, Bruylant / Paris, LGDJ / Zurich, Schulthess, 2002, p. 3.

⁴¹⁶ S.GUILLEMARD, thèse précitée, p. 79.

⁴¹⁷ Reste qu'il faut mentionner que l'arbitrage en ligne ne repose nécessairement pas sur une convention d'arbitrage conclue électroniquement. Tout peut commencer par une convention d'arbitrage conclue sur support papier, ou sur support électronique.

L'arbitrage virtuel se caractérise en principe par l'absence de tout support écrit et l'absence d'un tribunal palpable. L'arbitrage virtuel représente alors un défi réel aux méthodes arbitrales traditionnelles⁴¹⁸.

La pratique de l'arbitrage électronique montre deux modes d'arbitrage en ligne⁴¹⁹. Il pourra s'agir d'un arbitrage électronique obligatoire (arbitrage électronique proprement parlé) débouchant sur une sentence arbitrale obligataire pour les parties⁴²⁰, mais là encore le consentement préalable des parties à être liées est requis. Une autre forme d'arbitrage, plus répandue sur le net, est possible : un arbitrage non contraignant (*non-binding arbitration*). Cette forme d'arbitrage traduit « une distanciation par rapport aux droits étatiques » avouée par les institutions d'arbitrage en ligne en vue de la reconstruction de l'effectivité en palliant les obstacles posés par le droit étatique⁴²¹. On entend par l'arbitrage non contraignant des procédures dans lesquelles la décision n'a pas la force obligatoire d'une vraie sentence arbitrale au moment de sa communication aux parties⁴²². Dans l'un et l'autre cas, la décision arbitrale, même virtuelle, est une décision qui aspire à être exécutée, sous réserve de remplir toutes les exigences imposées à l'arbitrage traditionnel.

⁴¹⁸ F.HORCHENI et R.BENKHALIFA, article précité, p.420

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 442 ; C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p.336

⁴²⁰ O.CACAHRD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 23

⁴²¹ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 428. Pour plus de développements sur ces formes d'arbitrage, Th. SCHULTZ, « Online Arbitration: Binding or Non-Binding ? », in ODR Monthly, novembre 2002, disponible en ligne sur : www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html, n.1059. ; G. KAUFMANN-KOHLER et Th. SCHULTZ, Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice, *op. cit.* n. 936, p. 153 et s.

⁴²² T.SCHULTZ, thèse précitée, p.187. Il doit être sur ce point distingué de sa forme non obligatoire dont l'élément constitutif est que c'est le recours à l'arbitrage et non la décision au moment de son communication aux parties qui n'est pas obligatoire pour les parties. Laquelle forme d'arbitrage (arbitrage non obligatoire) se concrétise en une clause unilatéralement contraignante, généralement du côté du professionnel. Voir sur ces clauses unilatéralement contraignantes, O.CACHARD, *op.cit.*, p. 353 et s.; L.IDOT, « Arbitrage et droit communautaire » in RDAI, 1996, vol. 7, p. 561 et s., spéc. p. 582 ; Ph. FOUCHARD, « Clauses abusives en matière d'arbitrage » in Rev. Arb., 1995, p. 147 et s., spéc. pp. 148–149 ; L-A. NIDDAM, « Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration » in ADRLJ, 1996, vol. 5 p. 147 et s.; W.W. PARK, « Making Sense of Financial Arbitration » in ICC Bull. (numéro spécial sur l'arbitrage, la finance et les assurances), 2000, vol. 7, p. 12 et s.

Ainsi avantageux, ces MERL faisaient le choix de certains projets de cyberjustice.

Paragraphe deuxième : Richesse d'expériences de cyberjustice

Le monde a connu un certain nombre d'expériences de cyberjustice. Certaines ont été bien accueillies, alors que d'autres n'ont pas eu beaucoup de succès ; les unes sont encore en vigueur, tandis que les autres ont cessé d'exister ; certaines se limitent à fournir un seul service soit médiation ou arbitrage, d'autres offrent les deux services à la fois. Ces projets manifestant une justice dématérialisée pourront être regroupés en deux catégories : les uns correspondent aux centres effectuant un arbitrage et une médiation habituels, qui afin de s'adapter aux nouveaux litiges cybernétiques, commencent à proposer à leurs clients la possibilité de régler leurs différends de manière simplifiée et accélérée grâce au recours à une procédure en ligne⁴²³. Alors que de nouveaux centres d'arbitrage et de médiation exclusivement en ligne, ont vu le jour **(A)**. Un récent projet lancé par l'Union Européenne demeure original par ses objectifs **(B)**.

A- Les initiatives primaires :

Multiples sont les initiatives tendant à mettre en place une procédure en ligne de règlement amiable des litiges. On se limitera ici, aux expériences du magistrat virtuel **(1)**, du cybertribunal **(2)**, de l'E-résolution **(3)** et de l'Online ombuds office **(4)**.

1- Le magistrat virtuel :

Produit d'un partenariat entre le National Center for Automated Information Research et le Cyberspace Law Institute, le magistrat virtuel a

⁴²³ Telle que l'expérience de L'American arbitration association (AAA) et celle vécue par la CCI qui a lancé le projet Netcase. Voir sur le projet du Netcase, P-A.GELINAS, « les activités arbitrales en ligne de l'IIC », Droit et Patrimoine, n°103, avril 2002, p.78 et s. ; M.PHLIPPE, « De nouvelle évolution pour IIC, Netcase », Bull. CCI, vol 19, n°1, 2000, pp.23 -61 ; M.PHLIPPE, « Netcase, une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI », in « la technologie au service des différends commerciaux, Bull. CCI , supp.spéc., 2004, pp.55-61.

été lancé le 4 mars 1996. Concernant la procédure qui se déroule de façon électronique entièrement par voie de courrier électronique⁴²⁴, elle se déclenche par le dépôt d'une plainte sous forme de formulaire électronique indiquant notamment les parties en cause, le domaine d'activités en question, l'incident, ainsi que sa date et la solution envisagée. Les arbitres dont le nombre est de un ou de trois et qui sont nommés par l'American arbitration association (l'AAA) et par les membres d'un sous comité du Cyberspace Law Institute, sont des experts en technologies ayant des connaissances étendues de l'environnement électronique et classés dans une liste tenue par le tribunal.⁴²⁵ Ayant un caractère informel⁴²⁶, le magistrat virtuel s'engage à donner une réponse dans un délai de 72 heures à partir de la saisine du tribunal, sa procédure étant alors assez expéditive⁴²⁷. Cependant, cette expérience reste assez limitée. Ceci peut être dû à son champ d'intervention limité aux seuls litiges concernant les services en ligne à l'exclusion des transactions en ligne proprement dites⁴²⁸.

2 - Le cybertribunal

Situé dans une perspective originale, celle du cyberspace⁴²⁹, et étant de ce fait un produit d'une communauté qu'en est issue⁴³⁰, le cybertribunal est un projet créé au sein de l'université de Montréal le 4 juin 1998⁴³¹. La

⁴²⁴ A.ROUSSO, « La résolution des différends », article précité, p. 10.

⁴²⁵ E-L.OWENGA ODINGA, article précité, p.5.

⁴²⁶ Il n'existe pas de règles procédurales précises. Il suffit que le magistrat conduise la procédure de façon équitable et rende la sentence dans le délai imparti. N'étant pas nécessairement et absolument fondées sur le droit applicable à une juridiction donnée, les décisions sont prises en considération de l'information disponible, de l'éthique du réseau, du contrat et des prétentions des parties quant aux principes applicables à la solution envisagée. Voir à ce propos : C. CHASSIGNEUX, « Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne », *Lex Electronica* volume 5, numéro 1, p.5, disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/chassigneux.htm> ; S.KALLEL, article précité, p. 27.

⁴²⁷ S.KALLEL, article précité, p. 27.

⁴²⁸ S.KALLEL, article précité, p. 24.

⁴²⁹ E-A CAPRIOLI, « Arbitrages et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cybertribunal », *Rev. Arb.*, 2002 n°1, p. 231.

⁴³⁰ K.BENYEKHELF, V.GAUTRAIS et P.TRUDEL. « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal », *RJT* 1999, p. 542.

⁴³¹ F. HORCHENI et R. BEN KHALIFA, article précité, p.427 ; A.ROUSSO, article précité, p.6 ; E-L.OWENGA ODINGA, article précité, p.5

«paternité» de ce projet revient au centre de recherche en droit public (CRDP) de cette université⁴³². Les MARC qu'il proposait et qui règlent les seuls litiges cybernétiques⁴³³ sont la médiation (cybermédiation), suivie d'arbitrage (cyberarbitrage) en cas d'échec de la tentative du règlement amiable⁴³⁴. Ce projet a opté pour le choix d'une procédure intégralement électronique, «*tout est en ligne*»⁴³⁵. La procédure se déclenche par un formulaire électronique disponible sur le site internet du cybertribunal, que la partie diligente doit remplir en y indiquant les informations pertinentes. La demande sera examinée par le secrétariat qui nommera selon le cas un médiateur ou un arbitre et ouvre un dossier pour l'affaire accessible en ligne sur «*le site de l'affaire en cours*». Ce dernier, avec lequel l'arbitre ou le médiateur invite l'autre partie à participer à la procédure, est réservé aux seules parties qui y accèdent grâce à un mot de passe. Il contient tous les documents et informations relatifs au dossier. Il sert aussi de lieu d'échange où les parties et le tiers neutre peuvent se communiquer et discuter du dossier en toute confidentialité. Cependant, cette expérience ne semble pas avoir reçu l'accueil escompté⁴³⁶. Le cybertribunal a en effet cessé ses activités en 1999, mais il a concédé à l'E-résolution.

3- L'E-résolution

Mis en pied par certains organisateurs du défunt cybertribunal et en respectant en somme le modèle opérationnel de ce dernier, le E-résolution offre un environnement sécurisé de résolution des conflits, uniquement accessible aux parties, à l'arbitre désigné et au secrétariat et ce par la mise en place d'un «*case site*» pour chaque affaire. Toutes les communications et notifications écrites sont envoyées par le biais du système de messagerie

⁴³² *Ibid.*, *loc.cit*

⁴³³ F. HORCHENI et R. BEN KHALIFA, article précité, p.427.

⁴³⁴ *Ibid.*, *loc.cit*; E-L.OWENGA ODINGA, article précité, p.5 ;

⁴³⁵ E-A.CAPRIOLI, « Arbitrages et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cybertribunal », article précité, p. 232.

⁴³⁶ F. HORCHENI et R. BEN KHALIFA, article précité, p.427

du site. En outre, les preuves peuvent être envoyées par voie électronique. Cependant, le cas échéant, le secrétariat du tribunal arbitral peut demander, à tout moment de la procédure, l'original des documents envoyés par forme électronique, sur papier⁴³⁷. Le témoignage d'une partie ou d'un témoin s'effectue par communication à distance, sauf décision contraire du tribunal, mais une audience physique peut également avoir lieu. Le tribunal arbitral applique au litige les règles qu'il juge appropriées au vu des circonstances de l'affaire, tout en prenant compte les pratiques usuelles en matière de commerce électronique. La sentence serait rendue après la clôture de la procédure dans un délai de 35 jours⁴³⁸. Elle sera affichée sur le « *case site* » et restera confidentielle, sauf si les parties en décident autrement.

4 - L'Online ombuds office :

L'Online ombuds office (l'O.O.O) a été créée en juin 1996 grâce au financement du National Center for Automated Information Research (NCAIR) et débuté en juillet 1997 au sein du Center for Information Technology and Dispute Resolution de l'Université du Massachusetts⁴³⁹. Le MARC offert par l'O.O.O est la médiation en ligne. Il est considéré à cet égard le premier site à avoir offert la possibilité de médiation en ligne⁴⁴⁰ et décrit comme étant « *a place for mediation and dispute resolution service* »⁴⁴¹. Cet organisme dont l'objectif est « *working to employ and developpe online dispute resolution resources* »⁴⁴² vise à résoudre les différends découlant du cyberspace, mais il est aussi ouvert aux autres types de conflits lorsque les parties désirent recourir aux services de

⁴³⁷ Art 6 p b

⁴³⁸ Art 16 c

⁴³⁹ A.ROUSSO, article précité, p.12 ; E-L.OWENGA ODINGA, article précité, p. 5 ; C. CHASSIGNEUX, « Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne », article précité, p.5 ; C. GHAZOUANI, *op.cit*, p. 421.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, *loc.cit*.

⁴⁴¹ C. CHASSIGNEUX, « Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne », article précité, p. 5.

⁴⁴² Site : <http://www.ombuds.org/center/ombuds.htm>.

résolution de différends en ligne⁴⁴³. La procédure de médiation devant l'O.O.O se passe en ligne. Une fois que la demande de médiation a été reçue sous forme d' « *online ombuds Email form* », remplie par le plaignant en précisant son e-mail, le nom de la compagnie pour laquelle il travaille⁴⁴⁴, l'O.O.O nomme un médiateur appelé « *ombudsman* ». Ce dernier prendra contact avec le demandeur afin de compléter l'information relative au dossier et prendre connaissance de la situation et des attentes de ce dernier. Ensuite, il s'informe auprès du défendeur de ses intentions que les confrontera avec celles du demandeur. S'il y aurait eu concordance, il procédera à la médiation. Sinon, l'ombudsman déciderait le recours à d'autres formes de règlement des différends. Le médiateur peut discuter avec les parties moyennant des chat rooms, des vidéoconférences⁴⁴⁵ sans exclure le recours au téléphone.

L'initiative de l'Union Européenne est alignée également vers la favorisation des MERL.

B- Les projets récents : l'exemple de l'initiative de l'Union Européenne

En droit de l'Union européenne, le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation est désormais encadré par deux nouveaux instruments⁴⁴⁶ qui s'ajoutent aux nombreuses mesures prises au niveau européen, et dans les Etats membres, pour assurer un niveau élevé de

⁴⁴³ A.ROUSSO, « La résolution des différends », article précité, p. 12.

⁴⁴⁴ C. CHASSIGNEUX, « Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne », article précité, p. 5.

⁴⁴⁵ Voir sur la visioconférence : J.CHAMPARE et Y. TOURNEDOUET, « La visioconférence sur Internet »1995/1996, en ligne <http://poseidon.artemis.jussieu.fr/visioconf/intro.html#present>

⁴⁴⁶ Ces deux textes émanent d'une proposition de la commission européenne émise le 29 novembre 2011. Voir à juste titre : Commission Européenne, proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (règlement relatif au RLLC), Bruxelles, le 29.11.2011 COM(2011) 794 final, 2011/0374 (COD), ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/odr_regulation_fr.pdf. Voir également : Commentaires du CCBE sur la proposition de la Commission pour une directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC) et sur la proposition de règlement en ligne des litiges de consommation (RLLC), disponible en ligne sur : www.ccbe.eu/fileadmin/.../FR_03072012_CCBE_com2_1341381772.pdf.

protection des consommateurs. Il s'agit d'une part, de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (Directive relative au RELC)⁴⁴⁷. Il s'agit d'autre part du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (règlement relatif au RLLC)⁴⁴⁸. Ce nouveau cadre réglementaire relatif au règlement extrajudiciaire des litiges s'inscrit dans une tentative de faire face aux disparités au sein de l'Union Européenne en ce qui concerne l'existence et la qualité des organes extrajudiciaires et qui sont de nature à freiner sensiblement le développement du marché intérieur⁴⁴⁹. Les deux textes qui sont en liaison⁴⁵⁰ et en complémentarité⁴⁵¹ et visant précisément à apporter des réponses à ces difficultés, ont un champ d'application différent.

La directive relative au RELC devrait s'appliquer aux procédures de règlement extrajudiciaire des litiges nationaux et transfrontaliers entre des consommateurs et des professionnels concernant les obligations contractuelles découlant des contrats de vente ou de services tant en ligne que hors ligne, dans tous les secteurs économiques autres que les secteurs exemptés⁴⁵². La directive ne s'appliquera pas aux procédures introduites par un professionnel contre un consommateur⁴⁵³. Elle a pour objectif de permettre aux consommateurs, à titre volontaire, d'introduire des plaintes

⁴⁴⁷ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE : J.O.U.E du 18 juin 2013 (L 165, pp. 63 et s.). La directive devra être transposée par les Etats membres de l'Union européenne dans leur droit national d'ici le 9 juillet 2015.

⁴⁴⁸ Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (règlement relatif au RLLC)⁴⁴⁸ et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE : J.O.U.E du 18 juin 2013 (L 165, pp. 1 et s.).

⁴⁴⁹ Considérant 6 de la directive relative au RELC.

⁴⁵⁰ 16^{ème} considérant du règlement relatif au RLLC.

⁴⁵¹ 12^{ème} considérant de la directive relative au RELC.

⁴⁵² Art. 2 al.1^{er} de la directive relative au RELC.

⁴⁵³ Art. 2. al.2.g) de la directive relative au RELC.

contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables⁴⁵⁴.

Le règlement relatif au RLLC qui est applicable à partir du 9 janvier 2016, à l'exception de certaines dispositions⁴⁵⁵ a un champ d'application plus étroit. Il ne vise que les litiges découlant de contrats de vente ou de service en ligne (entre un professionnel établi dans l'Union et un consommateur résidant dans l'Union)⁴⁵⁶. Il vise à mettre en place d'une plateforme européenne de règlement en ligne des litiges (RLL) (dite "plateforme de RLL") facilitant le règlement indépendant, impartial, transparent, efficace, rapide et équitable, par voie extrajudiciaire, des litiges en ligne entre consommateurs et professionnels⁴⁵⁷. Plus précisément, cette plateforme sera développée et gérée par la Commission européenne⁴⁵⁸ sous la forme d'un site internet interactif et gratuit. Elle jouera le rôle d'un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels⁴⁵⁹. Ses fonctions⁴⁶⁰ consisteront notamment à mettre diverses informations à la disposition du public relatives aux règlements extrajudiciaires des litiges, à fournir un formulaire de plainte électronique, à informer le défendeur qu'une plainte a été introduite et à identifier la ou les entités de règlement extrajudiciaire des litiges compétente(s), pour ensuite lui transmettre la plainte, si les parties ont décidé d'y recourir. Outre la mise en place de cette plateforme, le règlement organise ses tests (art. 6), tout en établissant un réseau de points de contact pour le RLL dans les Etats membres (art. 7). Il détaille ensuite la manière dont la plainte peut être introduite (art. 8), avant son traitement, sa transmission à l'entité de

⁴⁵⁴ Art. 1^{er} de la directive relative au RELC.

⁴⁵⁵ Art. 22 du règlement relatif au RLLC

⁴⁵⁶ Art. 2 al 1^{er} et considérant 15^{ème} *a contrario* du règlement relatif au RLLC

⁴⁵⁷ Art. 1^{er} relatif au RLLC.

⁴⁵⁸ Art. 5 al. 1^{er} relatif au RLLC.

⁴⁵⁹ Art. 5 al.2 du règlement relatif au RLLC.

⁴⁶⁰ Art. 5 al. 4 du règlement relatif au RLLC.

REL à laquelle les parties ont convenu de recourir (art. 9) et, finalement, le règlement du litige (art. 10). Pour le reste, le litige faisant l'objet du règlement extrajudiciaire doit faire intervenir une entité de REL figurant sur la liste établie conformément à l'article 20 (2) de la directive relative au RELC, au moyen de la plateforme de RLL gérée par la Commission.

Afin de créer une justice appropriée pour les litiges cybernétiques, la favorisation des MERL s'associe avec un autre aspect, à savoir la processualisation de ces derniers.

Section deuxième: La processualisation des MERL pour une justice idéale

Si une observation au niveau idéologique montre un renversement de la notion du procès vers le négocié, l'informel et le consensuel, une observation de la mise en œuvre des procédures et des stratégies utilisées pour la résolution des litiges semble indiquer que la tendance moderne se poursuit dans la direction opposée, celle de leur processualisation. Deux objectifs ont poussé vers ce phénomène. Le premier objectif, étant de rapprocher davantage ces modes de règlement des tribunaux pour devenir des modes judiciaires informels de règlement, commande que les ODR soient en grande partie gérés par les principes essentiels d'un procès judiciaire (**Paragraphe premier**). Le deuxième objectif, étant la séduction des opérateurs vers ces nouveaux modes en tant que marque réputée de règlement des différends, exige de convertir la cyberjustice en un environnement de confiance (**Paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier : La processualisation, conséquence de la reproduction des principes essentiels d'un procès judiciaire

La recherche de l'alignement des MARC sur les principes gouvernant une bonne justice est aussi bien encouragée (**A**) que justifiée (**B**).

A- La reproduction des principes essentiels du procès : une exigence encouragée

L'affirmation de garanties procédurales de bonne justice est aujourd'hui perçue comme moyen d'obtenir une protection efficace de la partie faible au litige. C'est dans cette perspective que s'inscrivent des tentatives communautaires de concrétisation de la politique de promotion des modes extrajudiciaires de règlement des litiges. Elles se traduisent par l'adoption de certains textes dressant un inventaire des principes de bonne justice⁴⁶¹, cherchant ainsi un alignement des principes gouvernant les procédures juridictionnelles et non juridictionnelles⁴⁶². La commission européenne a édicté à ce propos deux recommandations relatives aux mécanismes extrajudiciaires de résolution des litiges de consommation : la recommandation 98/257/CE⁴⁶³ et la recommandation 2001/310/CE⁴⁶⁴. Auxquelles recommandations, s'ajoute la directive relative au RELC, qui impose diverses exigences aux entités de règlement extrajudiciaire des litiges.

Les principes découlant de ces textes s'articulent surtout autour de l'impartialité du tiers intervenant, de la transparence des procédures spécialement par la mise en place d'informations liées à l'organisation et au fonctionnement des procédures, de l'efficacité des procédures et de leur équité⁴⁶⁵. Ils portent également sur le principe de légalité et celui du contradictoire. Ce sont les deux principes sur lesquels insiste la recommandation 98/257/CE. Le respect du principe du contradictoire

⁴⁶¹ O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p.24

⁴⁶² O.CACHARD, *op.cit.*, p. 358.

⁴⁶³ Recommandation 98/257/CE de la commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE, n° L 115 du 17 avril 1998, p.31

⁴⁶⁴ Recommandation 2001/310/CE du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, JOCE, n° L 109 du 19 avril 2001, p.56.

⁴⁶⁵ A.BENCHENEB, article précité, p. 37; I.DE LAMBERTERIE, « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », article précité, p. 633.

qu'implique la possibilité, pour toutes les parties concernées, de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie ainsi que, le cas échéant, des déclarations des experts, contrarie fortement les exigences inhérentes à un processus de médiation. Les parties à un tel processus espèrent que les éléments révélés au médiateur ne puissent être divulgués à l'autre partie et utilisés ultérieurement contre elles⁴⁶⁶. De même, le principe de légalité, selon lequel les solutions extrajudiciaires ne peuvent priver le consommateur de la protection offerte par les règles impératives de la loi de l'État sur le territoire duquel il est domicilié⁴⁶⁷, se heurte à la conception traditionnelle de la médiation qui vise à dégager des solutions qui répondent aux intérêts des parties plutôt que de consacrer leurs droits⁴⁶⁸.

Si cette extension de ces principes à l'arbitrage et à l'ensemble des modes alternatifs paraît acceptable en ce qui concerne le principe de liberté, d'indépendance, de transparence et de représentation⁴⁶⁹, ni la légalité⁴⁷⁰ ni la contradiction⁴⁷¹ ne devraient être imposées lors d'une médiation ou

⁴⁶⁶ A. CRUQUENAIRE et F. DE PATOUL, « Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation : Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR », *Lex Electronica*, vol. 8, n°1, Automne / Fall 2002, p.8, disponible sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/cruquenaire-patoul.htm>

⁴⁶⁷ L'art.11 de la directive relative au RELL.

⁴⁶⁸ A. CRUQUENAIRE et F. DE PATOUL, « Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation : Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR », article précité, p.8.

⁴⁶⁹ O. CACHARD, *op.cit.*, p.360.

⁴⁷⁰ Le principe de légalité semble contraindre l'arbitre ou le médiateur à respecter l'application stricte de la loi. Or ces derniers sont appelés à donner une solution en équité qui ne peut pas être exactement une solution fondée en droit. I. DE LAMBERTERIE, « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », article précité, p. 633.

⁴⁷¹ « *Ce principe du contradictoire qui se prête mal à la médiation et à la conciliation dans leur forme traditionnelle, paraît incompatible avec la mission du médiateur ou celle du conciliateur du litige électronique qui rencontre séparément et immatériellement les deux parties du conflit* » : C. GHAZOUANI, *op.cit.*, p.418. Pour ces deux modes alternatifs de règlement, là où il n'y a pas de procès au sens juridique, le terme procédure ne devrait pas être employé. Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs des conflits : présentation générale », article précité, p. 340. En pratique, « les procédures » extrajudiciaires sont régies par le principe de l'autonomie procédurale. La médiation est organisée conformément au règlement institué par l'organisme et accepté par les parties qui pourrait contenir les principes de procédures équitables. Ces derniers seraient ainsi d'une valeur contractuelle. O. CACHARD, *op.cit.*, p.360.

d'une conciliation⁴⁷², leur extension étant choquante⁴⁷³. Plus adaptée à la médiation est la recommandation 2001/310 en consacrant le principe de l'équité (principe D).

Dans cet ensemble d'initiatives communautaires pour faciliter la résolution des litiges de consommation s'inscrivent aussi la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Tout en précisant que les Etats membres doivent modifier toute législation susceptible de contrarier à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges y compris par les voies électronique⁴⁷⁴, l'article 17 de la directive prévoit que « *les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées* »⁴⁷⁵.

De même, des indications quant au règlement des litiges par voie alternative figurent à travers les lignes directrices élaborées par certaines organisations dans un souci d'assurer au cyberconsommateur une protection équivalente à celle dont il peut bénéficier dans le commerce traditionnel. On cite par exemple les lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte électronique approuvées par l'OCDE le 9 décembre 1999⁴⁷⁶.

Certes, Le risque de différends dans une opération de commerce électronique est réel. Cependant, les nombreux textes encadrant

⁴⁷² O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p.24.

⁴⁷³ O.CACHARD, *op.cit.*, p.360.

⁴⁷⁴ Art.17-1 dispose que : « *Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés* ».

⁴⁷⁵ Art.17.al.2 de la directive 2000/31/CE.

⁴⁷⁶ F.JACQUET et B.WEITZEL, « chapitre 11- Le règlement des litiges » in « Le guide juridique du commerce électronique », p 205-206, disponible en ligne sur : <http://www.yumpu.com/fr/document/view/12860790/chapitre-11-le-reglement-des-litiges-introduction-juris-international>

généralement le commerce électronique et plus particulièrement la résolution rapide des litiges qui sont en adoption croissante et dont les règles sont plus précises qu'avant, sont-elles justifiables ?

B- La reproduction des principes essentiels du procès : une exigence justifiée

Les différents textes susmentionnés marquent nettement une tendance vers l'alignement des principes régissant les modes juridictionnels et les modes non juridictionnels. Ils témoignent également d'une juridiciation de l'arbitrage⁴⁷⁷.

Ces deux aspects de la processualisation ont amené les auteurs à discuter les causes⁴⁷⁸. Les positions sont à cet égard divergentes. Pour lever un développement assez long, on se limitera à en exposer les plus pertinentes. On avance d'abord, l'idée selon laquelle le développement généralisé des modes extrajudiciaires de règlement des différends en « *un phénomène de masse* »⁴⁷⁹ et de l'arbitrage en une « *juridiction de droit commun des affaires internationales* »⁴⁸⁰ a conduit à une certaine standardisation de la procédure visant la simplification de leur administration. Ceci constitue une forme de processualisation de ces modes de règlement ou une tendance à leur automatisation⁴⁸¹. Ensuite, de manière plus générale, ce mouvement de processualisation semble inévitable si l'on pense, comme l'affirme Bruno OPPETIT, qu'« *en vérité, dès l'instant où il s'agit d'aménager un véritable mode de règlement d'un litige, on échappe difficilement aux exigences minimales qu'impose toute forme de justice*

⁴⁷⁷ Voir notam. : Ph. FOUCHARD « Où va l'arbitrage international ? » in McGill Law Journal., 1989, vol. 34, p. 435 et s., spéc. p. 450 et s.

⁴⁷⁸ V. parmi d'autres J-B. RACINE, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », in Les transformations de la régulation juridique, s. dir. J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, pp. 231-236.

⁴⁷⁹ Notam. Y. DEZALAY et B.G. GARTH, « Merchants of Law as Legal Entrepreneurs : Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes » in Law & Society Review, 1995, vol. 29, p. 27 et s., spéc. p. 38 ; I. FADLALLAH, « L'ordre public dans les sentences arbitrales » in Rec. Cours La Haye, 1994, vol. 249, p. 377 et s., spéc. p. 380.

⁴⁸⁰ J.B. RACINE, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », article précité, n°798, p. 229.

⁴⁸¹ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 282.

»⁴⁸². Pour Serge GUINCHARD, le « *fort besoin de sécurité juridique* » ressenti par les parties afin de protéger leurs intérêts, ainsi que la crédibilité de ces nouvelles formes de règlement des conflits passent immanquablement par les garanties procédurales. Ce règlement des différends, poursuit l'auteur, ne saurait se faire qu'à condition que ne soit pas sacrifié un minimum de garanties procédurales⁴⁸³. Selon Thomas TSHULTZ, la tendance de processualisation est la conséquence d'une volonté d'accroître la capacité des ODR à produire du droit. Cette connexion, explique l'auteur, repose essentiellement sur l'idée que la formalisation d'une procédure de règlement des différends entraîne un accroissement de la prévisibilité des résultats produits ; la prévisibilité est quant à elle une caractéristique indispensable à la formation d'une norme juridique⁴⁸⁴. Le glissement vers la processualisation est couramment observé dans les ADR, Philippe FOUCHARD, par exemple, notait que, tout comme l'arbitrage « *devenu trop long, trop cher, trop processuel, [...] à l'origine, [les procédures non juridictionnelles] exprimeraient toutes le souci de leurs promoteurs de se démarquer de la voie contentieuse [mais] il est facile d'observer que ces modes alternatifs tendent eux-mêmes à se juridiciser, à se processualiser* »⁴⁸⁵. Mireille Delmas-Marty, quant à elle, évoque les tentatives d'évitement des « *longueurs d'un procès arbitral administré par une institution* », relevant que « *l'observation [de la processualisation et des stratégies d'évitement] vaut aussi pour les diverses formes de conciliation, médiation ou arbitrage* »⁴⁸⁶. D'autres auteurs

⁴⁸² B. OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », Rev. Arb., 1984, p. 307 et s., spéc. p.322 ; B. OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », J.D.I., 1993, p. 811 et s.

⁴⁸³ S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », in Les transformations de la régulation juridique, s. dir. J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, n. 848, p. 226.

⁴⁸⁴ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 272.

⁴⁸⁵ Ph. FOUCHARD, « Alternative dispute resolution et arbitrage », article précité, n. 577, p.112. Voir aussi, Ph. FOUCHARD « Où va l'arbitrage international ? », article précité, p. 435 et s., spéc. p. 450 et s.

⁴⁸⁶ M. DELMAS-MARTY, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? Introduction aux nouveaux lieux et aux nouvelles formes de régulation des conflits » in Les transformations de la régulation juridique, s. dir. J.Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 209 et s., spéc. p.212.

relèvent des « *formalités injectées par les avocats* »⁴⁸⁷, conduisant à « *ce qui est souvent décrit et décrié comme la juridiciation et la légalisation de l'arbitrage* »⁴⁸⁸.

En général, imposer sans distinction des garanties procédurales aux MERL c'est contribuer à leur processualisation et leur faire perdre leurs avantages⁴⁸⁹ entre autres la souplesse qui devrait constituer leur trait caractéristique⁴⁹⁰.

Cette processualisation est due également à l'administration électronique de ces modes⁴⁹¹ et notamment à l'institution de procédure technique de sécurité dans le but d'ériger la cyberjustice en un environnement de confiance.

Paragraphe deuxième : La processualisation, une nécessité animée d'un souci d'ériger la cyberjustice en un environnement de confiance

L'internaute en général, le colitigant engagé dans une procédure de règlement en ligne tout particulièrement, doit avant tout être simplement replacé dans un environnement de confiance. Comme l'écrit Ethan KATSH, « *les signes de confiance, qui étaient jusqu'à présent perçus implicitement et qui ont été formés depuis bien longtemps par l'expérience, doivent maintenant être créés ou recréés par le code informatique. Tout comme il existe de nouvelles possibilités de susciter le développement de*

⁴⁸⁷ Th. J. STIPANOWICH, « Rethinking American Arbitration » in *Ind. L.J.*, 1988, vol. 63, p. 425 et s., spéc. p. 445

⁴⁸⁸ A.S. RAU, « Contracting out of the arbitration act » in *Am. Rev. Int. Arb.*, 1997, vol. 8, p. 225 et s., spéc. p. 259.

⁴⁸⁹ Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlements des conflits : présentation générale », article précité, p.336.

⁴⁹⁰ O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 24.

⁴⁹¹ O.CACHARD, *op.cit.*, p. 358

*relations sociales en ligne, il y a également de nouvelles manières de gérer le risque perçu dans un nouvel environnement »*⁴⁹².

L'environnement dans lequel se déroule la procédure électronique, soit le cyberspace, est nouveau, différent, surprenant, aux frontières incertaines et aux repères troublés voire inexistantes. Il est déconcertant, il suscite l'incertitude. Celle-ci entraîne un déficit de confiance de la part des internautes⁴⁹³. Or la confiance⁴⁹⁴ des internautes constitue une condition essentielle au développement des MERL. Inversement, les mécanismes de résolution des différends se placent dans une architecture de confiance en ce sens qu'un bon fonctionnement d'une justice prévisible contribue indéniablement au développement de la confiance des opérateurs aux transactions électroniques⁴⁹⁵. Dès lors cyberjustice et confiance sont en interaction, deux termes couplés. La Commission européenne, considère dans ce sens que « *les ODR sont une composante importante et inséparable d'une matrice de mécanismes et de garanties contribuant à la création d'un climat de confiance électronique* »⁴⁹⁶.

Pour parvenir à un bon fonctionnement de la procédure en ligne, il est nécessaire de développer ce qu'Ethan KATSH appelle les « *systèmes de confiance* »⁴⁹⁷. Ces systèmes visent essentiellement à améliorer la mise en

⁴⁹² E. KATSH, « Adding Trust Systems to Transaction Systems : The Role of Online Dispute Resolution » in actes du Premier Forum sur la résolution des litiges en ligne de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unis (UNECE), Genève, 6-7 juin 2002, p. 4, disponible en ligne sur : www.-ombuds.org/un/unece_june2002.doc.

⁴⁹³ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 248.

⁴⁹⁴ Voir sur la notion de confiance : A. GUIMOND, « La notion de confiance et le droit du commerce électronique », disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v12-3/guimond.pdf>

⁴⁹⁵ « *La problématique de la confiance comporte ici une nouvelle question, que nous évoquerons simplement en guise de perspective : le problème de la confiance dans le commerce électronique peut être, en partie à tout le moins, résolu par les ODR* » : T.SCHULTZ, thèse précitée, p.248 ; 2^{ème}, 3^{ème}, 6^{ème}, 7^{ème} et 8^{ème} considérants du Règlement relatif au RLLC ; 4^{ème}, 9^{ème} considérant ; 11^{ème} ; 15^{ème} et 16^{ème} considérants de la directive relative au RELC.

⁴⁹⁶ T. FENOULHET, « The Policies and Activities of the European Union in the Field of Online Dispute Resolution (ODR) » in actes du Premier Forum sur la résolution des litiges en ligne de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unis (UNECE), Genève, 6-7 juin 2002.

⁴⁹⁷ E. KATSH, « Adding Trust Systems to Transaction Systems : The Role of Online Dispute Resolution », article précité, n. 649, p.3 : « *the systems that bring buyers and sellers together so that it is possible for transactions to occur need to be joined by systems that allow buyers to feel*

relations des acteurs, en l'occurrence celle qu'entretiennent les colitigants entre eux et celle les unissant avec l'institution d'ODR.

Instaurer la confiance des opérateurs à cette nouvelle forme de justice revient à y faire régner ardemment les garanties classiquement assurées dans la justice traditionnelle **(A)** et ce par le biais de certains mécanismes **(B)**.

A- Le renforcement de certaines garanties pour le règlement en ligne des litiges

D'une utilité non négligeable lors d'une procédure unissant physiquement les différents intervenants, l'obligation de transparence s'impose davantage au cours de la résolution en ligne du litige. En effet, outre l'article 5 de la directive européenne sur le commerce électronique 2000/31/CE⁴⁹⁸, le principe de transparence est aussi consacré par la directive relative au RELC, qui exige que les Etats membres veillent à ce que les entités de REL mettent diverses informations à la disposition du public⁴⁹⁹ et des parties au litiges en particulier⁵⁰⁰. De même, l'article 14 du règlement relatif au RLLC instaure une obligation pour les professionnels d'inclure sur leur site internet un lien électronique vers la plateforme de RLL, qui doit être aisément accessible par les consommateurs. Les fournisseurs d'ODR, pourraient être tenus par exemple d'informer leurs clients des mesures sécuritaires qu'ils utilisent⁵⁰¹. Cela permettrait non seulement de mettre en garde les utilisateurs des précautions qu'ils doivent

comfortable and confident in engaging in the transaction. For this to occur, transaction systems must be joined by trust systems ».

⁴⁹⁸ Art.5 de la directive 2000/31/CE qui impose un socle minimal d'informations à donner à tous les prestataires de service (ici les colitigants) et dont l'accès doit être facile, direct et permanent.

⁴⁹⁹ L'art.7 de la directive relative au RELC. De même, l'art. 19 de ladite directive prévoit certaines informations dont la notification aux autorités compétentes incombe aux entités de règlements des litiges.

⁵⁰⁰ L'art. 5 de la directive relative au RELC.

⁵⁰¹ M.S.A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, p.53.

prendre en considération, mais aussi de renforcer leur confiance dans ce mode de résolution.

Les garanties de transparence et d'information sur les réseaux, dont la mise en œuvre contribue à la processualisation des ODR, constitue une plus value pour garantir la confiance en ces derniers. La confidentialité (1) et l'identification des acteurs (2) constituent également des nécessités renforcées pour le règlement en ligne du différend.

3- 1- La généralisation de l'obligation de confidentialité :

La confidentialité consiste à ce que les parties et l'arbitre ou le médiateur ne divulguent pas des informations ou des documents ayant trait à l'affaire ainsi qu'à l'issue du contentieux⁵⁰². La préservation de la confidentialité des informations échangées par les colitigants lors du règlement électronique du litige constitue néanmoins une sujétion plus poussée, aussi bien pour les parties et que pour les institutions d'ODR. Représentant pour longtemps l'attractivité majeure de l'arbitrage commercial international⁵⁰³ et des MARL en général et constituant déjà une préoccupation essentielle de la doctrine⁵⁰⁴, la confidentialité devrait être recherchée avec plus de profondeur lors d'une résolution en ligne. Autrement, Le règlement en ligne des litiges nécessite un degré de confiance plus élevé, car l'internet constitue un réseau ouvert. Les informations transitant par ce réseau peuvent être interceptées par d'autres internautes, intentionnellement ou non⁵⁰⁵. Les messages de données sont

⁵⁰² F.HORCHENI et R.BEN KHLIFA, article précité, p.429.

⁵⁰³ E.TRAKMAN, « Confidentiality in international commercial arbitration », Arbitration International, vol.18, issue 1, 2002, pp.1-18, p. 5 et s.; H.SMIT, « Confidentiality in arbitration », Arbitration International, vol. 11, issue 11, 1995, pp. 337-340.

⁵⁰⁴ Voir dans ce sens : F.DELY, M.FRIEDMAN et L.RADICAT DI BROZOLO, « International Law association international commercial arbitration committee's report and recommendation » on « Confidentiality in international arbitration », Arbitration International, Kluwer law International, 2012, vol.28, issue 3, pp. 355-396 ; M.HAWANG S.C and N.THIO, « A proposed model procedural order on confidentiality in international arbitration, a comprehensive and self-governing code », J. Int. Arb., Kluwer law international, 2012, vol.29, issue 2, pp. 137-139.

⁵⁰⁵ H.VERBIEST et CH.IMHOOS, « L'arbitrage, les télécommunications et le commerce électronique », Bull. CCI, vol.10, n°2, 2^{ème} semestre, 1999, , p.24

plus vulnérables que les documents papiers car ils peuvent être copiés, piratés et divulgués facilement⁵⁰⁶. L'élan vers le recours au support électronique en matière de communication et de stockage d'information crée à tout le moins certains risques. L'intrusion de 'pirates' dans le système informatique peut conduire à ce que des données soient interceptées, surveillées, modifiées, téléchargées voir même détruites.

Une fois préservée, la confidentialité permet de renforcer la confiance en limitant la diffusion de certaines informations⁵⁰⁷. Par contre le défaut de telle garantie aurait pour effet de décourager les colitigants de recourir à telle voie de règlement des litiges. D'ailleurs, plusieurs personnes, notamment les opérateurs du commerce international hésitent à soumettre leurs différends à ces nouveaux modes de règlement des différends par crainte de voir leur propres renseignements révélés à tous.⁵⁰⁸ La confidentialité doit être alors prévue et assurée lors d'un règlement en ligne d'un litige afin d'attirer la confiance des colitigants en vers de tel mode de résolution. Elle tendait à devenir un principe général, du moins une obligation générale, même si certains nient l'existence de telle obligation⁵⁰⁹. D'ailleurs, l'article 13 du Règlement relatif au RLLC⁵¹⁰ dispose que « *les points de contact pour le RLL sont soumis aux règles du*

⁵⁰⁶ E.KATSH, « The Online Ombuds Office: Adapting dispute resolution to cyberspace », 21 janvier 1999, disponible en ligne sur: <http://www.conflict-resolution.net/articles/index.cfm>.

⁵⁰⁷ M.S.A.WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne » in « la technologie au service du règlement des différends commerciaux », Bull. CCI, Supp. spéc. 2004, pp. 45-54, p. 50.

⁵⁰⁸ F.HORCHENI et R.BEN KHLIFA, article précité, p. 429.

⁵⁰⁹ Voir dans ce sens : J.PAULSSON et N.RAWDING, « The trouble with confidentiality », Arbitration International issue 3, 1995, pp.303-320, TH.SCHULTZ, V.BONNET, R.BOUDAUD, G.KAUFMANN-KPHLER, J.HARMS and D.LANGER, « Electronic communication issues related to online dispute resolution systems », Proc.www 2002-The Eleventh International World Wide conference-Alternate track CFP : web Engineering, Honolulu , hawaii, conference on 7-11 May 2002, p.6, <http://www2002.org/blobtrack.html>. Voir aussi: M.HWANG S.C and N.THIO, « A contextual approach to the obligation of confidentiality in arbitration in Singapore : An Analysis of the direction of the Singapore High Court in AAY and others V.AZ », Arbitration International, Kluwer law International, 2012, vol. 28, issue 2, pp. 225-242

⁵¹⁰ Dans la continuité de cette disposition, les articles 11 et 12 dudit règlement sont consacrés à la question du traitement des données à caractère personnel qui leur a limité au seul objectif du fonctionnement et de la maintenance de la plateforme de RLL.

secret professionnel ou autres obligations équivalentes de confidentialité définies par la législation de l'État membre concerné »⁵¹¹. Ajoutons que de nombreuses institutions d'arbitrage respectent strictement la confidentialité en l'incluant souvent comme une obligation dans leurs règlements d'arbitrage⁵¹². En outre les parties peuvent toujours introduire une clause spécifique de confidentialité dans leur convention d'arbitrage ou dans leur l'acte de mission, ou bien signer une convention de confidentialité séparée⁵¹³.

La confidentialité de la procédure ODR représente indéniablement une plus value au processus de règlement virtuel des différends puisqu'elle permet d'assurer la confiance des utilisateurs des ODR et encourage une communication plus libre entre les parties. Ce qui contribue en définitive au succès de la procédure virtuelle.

Elargissons d'ailleurs le champ d'analyse, Il s'agit, en plus du principe général de confidentialité, d'une mouvance vers une meilleure identification des acteurs, une authentification plus certaine des parties et des documents et un contrôle plus efficace des données⁵¹⁴.

2- Une meilleure identification des acteurs :

La nature cyberspaciale de l'environnement dans lequel se nouent les transactions électroniques est encore le précurseur de cette exigence. En effet, la « désocialisation »⁵¹⁵ du commerce électronique appelle la

⁵¹¹ Voir également le 27^{ème} considérant.

⁵¹² M.S.ABDEL WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, p.50. Voir l'art.34 de l'AAA, l'art.22 al 3 du nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI, l'art.30 du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration, l'art.37 bis du Règlement du Centre Régional d'arbitrage Commercial International du Caire et les articles 73 à 76 du Règlement d'arbitrage de l'OMPI.

⁵¹³ M.S.A.WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, p.50.

⁵¹⁴ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 203.

⁵¹⁵ « La situation dans laquelle il s'avère difficile de déceler l'identité réelle de son cocontractant ou de démontrer qu'une communication a bien eu lieu et qu'elle avait une certaine teneur » : T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 203.

formation de nouvelles communautés de confiance⁵¹⁶ dont la cyberjustice. Celle-ci subit le transfert permanent du cyberspace d'une architecture de liberté à une architecture de contrôle, architecture de confiance. Cette dernière doit offrir certaines propriétés dont « *l'authentification, pour s'assurer de l'identité de son correspondant* »⁵¹⁷. En effet, en tant que prestataire de service de la société de l'information⁵¹⁸ (règlement en ligne du litige), les organismes d'ODR sont soumis à la directive européenne sur le commerce électronique 2000/31/CE et plus particulièrement aux obligations qui y sont requises⁵¹⁹, entre autres l'obligation d'identification⁵²⁰. Plus particulièrement La directive relative au RELC exige de sa part que les entités de REL compétentes pour traiter de la plainte introduite par les consommateurs soient rapidement identifiables par ces derniers⁵²¹. Elle crée pour ce fait de nouvelles obligations d'information dont la communication incombe aux professionnels. Ces derniers, lorsqu'ils décident -ou bien sont tenus- de recourir aux REL doivent mentionner sur leur site internet ou dans leurs conditions générales de ventes des informations sur l'entité ou les entités de REL compétentes⁵²². Les parties au litige devraient être également identifiées.

Généralement, on s'accorde à penser que le développement des ODR dépend étroitement de la confiance que lui accordent les acteurs du marché. Or la confiance ne se décrète pas, elle s'installe progressivement dans les esprits au vu des garanties de sécurité juridiques et techniques qui existent objectivement. Concrétiser la perspective d'une cyberjustice-

⁵¹⁶ *Ibid., loc.cit*

⁵¹⁷ L. LESSIG, Code and Other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999. n. 653, p. 40.

⁵¹⁸ A. CRUQUENAIRE et F. DE PATOUL, article précité, p. 11.

⁵¹⁹ *Ibid., loc.cit*

⁵²⁰ L'art. 6 de la directive 2000/31/CE qui exige que la communication faisant partie du service de la société d'information soit identifiée en tant que telle et doit indiquer la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est faite.

⁵²¹ 47^{ème} considérant de la directive relative au RELC.

⁵²² L'art.13 de la directive relative au RELC.

environnement de confiance revient en effet à déterminer les mesures techniques susceptibles d'aboutir à une sécurité juridique efficace.

B- La mise en place de mesures techniques de sécurité :

La mise en place de mesures techniques susceptibles d'aboutir à une sécurité juridique efficace tend à garantir les deux sujétions sus envisagées à savoir une confidentialité plus accrue et une meilleure identification des acteurs intervenants au litige, et ce toujours afin de convertir les MERL en un environnement de confiance.

S'agissant d'abord, de l'exigence d'une meilleure identification des acteurs au litige, elle se concrétise par la mise en place d'outils de contrôle de l'identité. Comme exemples de tels mécanismes, on peut penser aux infrastructures à clé publique des signatures électroniques. Le recours au mécanisme de signatures électroniques sécurisées s'avère efficace pour bénéficier des garanties d'identification des personnes de qui émanent les communications officielles en cours de la procédure⁵²³. L'organisme devra nécessairement utiliser les services d'une autorité de certification pour identifier les parties⁵²⁴ lorsqu'elles transmettent des messages ainsi que les pièces versées aux débats à l'arbitre ou au médiateur. Cette technologie permet en outre de garantir l'intégrité des documents envoyés et que les parties ne répudient pas leurs messages au cours de la procédure. C'est ainsi que seront garanties les conditions de sécurité de la procédure⁵²⁵.

Après avoir imposé l'obligation de confidentialité, l'article 13 du Règlement relatif au RLLC, ajoute que « *pour garantir la sécurité des informations traitées en vertu du présent règlement, la Commission prend*

⁵²³ E-A.CAPRIOLI, *op.cit*, p.145, n.191.

⁵²⁴ Voir sur le certificat électronique : S.MEDDEB, «Le certificat électronique », Infos Juridiques, n°20/21, mars 2007, p.9 ; l'article 2 de la loi du 9 aout 2000 relative aux échanges et au commerce électronique qui le définit comme étant « *le document électronique sécurisé par la signature électronique de la personne qui l'a émis et qui atteste après constat la véracité de son contenu* ».

⁵²⁵ E-A.CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cybertribunal », article précité, p.242-243

les mesures techniques et organisationnelles appropriées, dont un contrôle approprié de l'accès aux données, un plan de sécurité et la gestion des incidents de sécurité, conformément à l'article 22 du règlement (CE) n° 45/2001 ». Concrètement, cette sujétion s'exprime par l'utilisation de protocoles sécurisés de communication, qu'il s'agisse des échanges d'E-mails, de la connexion au site web de l'affaire en cours accessible aux seuls litigants, ou des pare-feux. Ces protocoles de sécurité reposent souvent sur la technique du cryptage qui consiste à convertir des données dans un langage secret inaccessible aux personnes non autorisées, une clé secrète ou un mot de passe qui décrypte le langage et le rend intelligible⁵²⁶. Le cryptage est aussi utilisé pour sécuriser les documents électroniques⁵²⁷. La signature électronique qui recourt au cryptage à clé publique est un moyen de contrôle pour l'expéditeur et le destinataire de l'information. Sur le plan pratique, les fournisseurs d'ODR respectent la confidentialité⁵²⁸ et veillent à assurer que leurs procédures soient soigneusement conçues de façon à protéger l'intégrité des informations et des documents échangés électroniquement et à empêcher l'accès sans autorisation aux informations confidentielles⁵²⁹. Néanmoins, le degré de confidentialité et la démarche suivie par chaque organisme d'ODR à cette fin varient d'un organisme à un autre. On note à juste titre, la plateforme « Netcase de la CCI » qui, tout en suivant la même démarche des autres, garantit un degré élevé de confidentialité. Ce dernier se manifeste en un traitement différent des intervenants au litige, selon leur statut dans la procédure, quant à leur accès à certains documents figurant dans le site de l'affaire. Par exemple, le

⁵²⁶ M.S.A.WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, p. 52.

⁵²⁷ Voir : E-A.CAPRIOLI, « Sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français », disponible en ligne sur: www.lex-electronica.org/articles/v3-1/caprio.html ; A.BRAHMI, article précité, p.15-18.

⁵²⁸ Voir *supra* les expériences.

⁵²⁹ M.S.A.WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, p. 51.

secrétariat de la CCI n'aura pas accès aux délibérations lorsqu'elles sont effectuées en ligne et ce, pour une préservation ultime de la confidentialité⁵³⁰. Tandis que, certains fournisseurs d'ODR n'assurent pas la sécurité des données échangées par e-mails. Ils se contentent parfois d'assurer uniquement la confidentialité des informations stockées sur le site de l'affaire par le biais d'un protocole de sécurité appelé protocole SSL⁵³¹.

Toutes ces mesures sont de nature à empêcher les tiers de prendre connaissance des données échangées par les parties et stockées par les institutions. Or ces protocoles sécurisés élèvent le coût des échanges et diminuent la « *convivialité* » des communications. Il apparaît d'ailleurs que les institutions administrant des MERL exigent rarement que les e-mails soient cryptés⁵³². Elles décident selon les circonstances de l'affaire et l'intérêt des parties que les communications soient cryptées ou non.

Reste que la processualisation peut également toucher l'issue même de la procédure. En fait, afin de garantir une meilleure efficacité du résultat abouti (sentence ou accord) en termes d'intégrité, d'originalité et de pérennité, il en faudrait assurer la conservation⁵³³. La meilleure solution consiste à recourir à un procédé fiable qui permet une conservation intacte du document, de son contenu et de toutes les informations qu'il contient. Ce procédé est l'archivage électronique⁵³⁴. Ce dernier consiste à conserver

⁵³⁰ O.CACHARD, « Electronic arbitration », module 5.9 du cours de la CNUCED sur la résolution des litiges dans le commerce international, l'investissement et la propriété intellectuelle, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.20, New York et Genève, Publ. Nations unies, 2003, www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf, p.37-38.

⁵³¹ *Ibid.*, *loc.cit.*

⁵³² O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 24.

⁵³³ Voir sur la conservation du document électronique l'art.10 de la loi type CNUDCI sur le commerce électronique, l'art.4 de la loi relative aux échanges et au commerce électronique, l'art.471 al.3 du COC ; l'art. 19 de la loi ontarienne ; l'art.803de l'US Federal Rules of Evidence ; l'article 1316-4 du C.C.F, L'art.5 de la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information, du 21 juin 2001, L.Q., 2001, c. 32 disponible à : http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/index.html ; les articles 2838 et 2839 nouveaux du C.C.Q

⁵³⁴ Voir sur l'archivage : E.A.CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique (1^{ère} partie) », P.aff., 18 août 1999, n° 164, pp.4-12 ; E.A.CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique (suite et fin) », P.

un document nécessaire à la justification de droits jusqu'à l'expiration des délais prévus pour effectuer un contrôle ou une contestation devant les juridictions étatiques⁵³⁵. Dès lors, l'archivage et la conservation⁵³⁶ doivent être assurés de manière fiable afin de garantir un minimum de sécurité et de confiance dans les transactions électroniques. A cette finalité, le recours à un tiers archiviste⁵³⁷ s'avère efficace⁵³⁸.

Si le recours à la cyberjustice en forme alternative peut trancher efficacement les différends cybernétiques, le secours du mode judiciaire s'avère dans certains cas inévitable. Ce dernier nécessite, cependant, une certaine adaptation.

aff., 18 août 1999, n°165, pp.7-11 ; Y.KINDA, « Archivage légal électronique : définition d'un nouveau paradigme ? », Université d'Auvergne-Clermont Ferrand I-Master II recherche en droit des affaires et de la banque 2007, disponible en ligne sur : http://www.memoireonline.com/12/09/2918/m_Archivage-legal-electronique--definition-dun-nouveau-paradigme-html; TH.PIETTE COUDOL, « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique », *Comm. Com. Electr.*, mai 2002, p. 10 et s. ; TH.PIETTE COUDOL, « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique (2^{ème} partie) », *Comm. Com. Electr.*, juin 2002, p. 13 et s.

⁵³⁵ R. ESSID, article précité, p. 35.

⁵³⁶ Même si Le langage courant utilise fréquemment le terme archivage entant que synonyme du mot conservation, il faut cependant distinguer les deux termes. Lorsqu'on emploie le verbe « conserver » ou le mot conservation, l'idée sous-jacente est de conférer une dimension juridique au simple fait d'archiver. Voir à ce propos : R. ESSID, article précité, p.22 ; E-A.CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique (1^{ère} partie), article précité, p.5 ; É-A.CAPRIOLI, *Les incertitudes du droit*, Montréal, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.

⁵³⁷ Au niveau de la doctrine, plusieurs auteurs ont tenté de définir précisément le terme « tiers archiveur », voir notam. : É. A. CAPRIOLI, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », article précité, n.307.

⁵³⁸ Sur la contribution du tiers archiviste dans l'instauration de la confiance quant à la fiabilité et la véracité des enregistrements informatiques conservés voir : R.ESSID, article précité, p.40 ; S. CAÏDI, mémoire précité, p.149 et s.

Chapitre deuxième:

La nécessaire adaptation du système judiciaire

Dans certaines situations, le recours au juge étatique serait indispensable. Il interviendrait soit en premier lieu c'est-à-dire qu'il serait saisi pour trancher le litige soit en tant que garant de l'efficacité d'une décision extrajudiciaire. La pratique dévoile l'inadéquation de la justice étatique dans la première hypothèse, ce qui en nécessite le rétablissement de l'efficacité (**section première**).

Appelé à donner efficacité à une décision extrajudiciaire dématérialisée, le juge étatique voit son pouvoir coercitif remanié (**section deuxième**).

Section première : Le rétablissement de l'efficacité du recours étatique

Deux alternatives permettent de rétablir l'efficacité du recours étatique face aux spécificités des litiges contractuels générés par les transactions électroniques. Il s'agit d'une part d'introduire certaines mesures accomodantes (**paragraphe premier**) et d'inciter l'intégration de la technologie dans la procédure judiciaire, de l'autre part (**paragraphe deuxième**).

Paragraphe premier : Des mesures accomodantes aux spécificités des litiges cybernétiques

Le recours étatique est souvent présenté comme garant de la protection de la partie faible au contrat électronique⁵³⁹. Cependant, l'efficacité de la justice étatique souffre de certaines défiances⁵⁴⁰. Ces dernières se rapportent essentiellement d'une part, à la faiblesse de l'enjeu

⁵³⁹ Effectivement, seul le recours à la justice étatique garantit au consommateur l'application des dispositions impératives prévues par sa législation.

⁵⁴⁰ Th. VERBIEST et E. WEY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, LARCIER, 2001, p. 648.

financier des litiges électroniques, notamment en matière de contrats de cyberconsommation⁵⁴¹. Une solution à l'inefficacité de la justice étatique devant les petits litiges de consommation pourrait être recherchée dans l'introduction des "class actions" ou actions de groupe (A). D'autre part, la lenteur, avec laquelle les tribunaux étatiques tranchent les litiges qui leurs sont soumis, s'accommode mal à la vélocité des transactions électroniques et plus particulièrement à l'urgence du traitement des conflits y découlant. D'où la nécessité d'accorder faveur aux mesures conservatoires et préservatoires prises par le juge des référés (B).

A- Les actions de groupe, un palliatif au faible enjeu financier des litiges électroniques

La société industrielle, avec la production et la distribution de masse, a produit un type nouveau de rapport juridique⁵⁴² mettant en relation une unité économique puissante qui noue un faisceau de liens homologues avec des sujets dispersés, de puissance inférieure. À l'heure du développement de la société de l'information, l'explosion des nouvelles technologies de la communication ont eu pour effet d'amplifier ce phénomène. Or, l'inefficacité des tribunaux étatiques face aux litiges de faible enjeu économique n'est pas nouvelle⁵⁴³. Cependant, les litiges générés par les transactions électroniques de consommation sont singulièrement marqués par cette faible valeur litigieuse. Certes, la solution face à la prolifération de ces petits litiges qui constituent la majeure part des différends

⁵⁴¹ Voir T. SCHULTZ, sous le titre : section I- L'inadéquation des tribunaux étatiques, pp.253-257.

⁵⁴² Le rapport traditionnel est celui de sujet autonome à sujet autonome, et il est spécifique, il ne se répète pas tel quel. Quand il donne lieu à un procès, il s'agit d'un procès individualisé, n'intéressant que les parties (d'où l'autorité relative de la chose jugée).

⁵⁴³ J.CARBONNIER, Flexible droit, chap. IV vers le degré de zéro du droit : de minimis, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 75.

cybernétiques pourrait être cherchée outre la voie judiciaire⁵⁴⁴. Il faut néanmoins prendre en considération la part non négligeable des colitigants qui préfèrent par conviction la résolution judiciaire de leurs différends, en dépit de ses inconvénients. A cet égard, les actions de groupe pourraient contribuer à rétablir l'efficacité du système judiciaire face aux litiges électroniques de faibles enjeux économiques.

De prime abord, il est à signaler qu'il existe un flou terminologique⁵⁴⁵ du moins un désaccord sur l'appellation de ladite action. Si certains parlent d'action collective⁵⁴⁶, d'autres se réfèrent à l'action de groupe⁵⁴⁷, l'une et l'autre ne se coïncident pas⁵⁴⁸. C'est bien de cette dernière qu'on propose d'en encourager l'introduction et c'est celle qui correspond à la class action à l'américaine. Ce mécanisme permet à un ou plusieurs demandeurs d'intenter une action en justice au bénéfice d'un groupe de personnes qui, trop nombreuses pour être parties à une seule instance⁵⁴⁹. Le mécanisme de la class action dont le modèle historique est le modèle américain initié dès 1966 sous l'impulsion d'un avocat volontariste Ralph Nader⁵⁵⁰, connaît une consécration abondante⁵⁵¹.

⁵⁴⁴ En effet, comme l'on a déjà mentionné ci dessus, le recours aux MARL, surtout lorsqu'ils sont gérés électroniquement, peut efficacement trancher le problème. Ajoutons que les Class Arbitrations électroniques, sont désormais introduites: Voir à ce propos : S.ELLEUCH, Le règlement des litiges de commerce international par l'arbitrage électronique, mémoire pour l'obtention du mastère de recherche en Droit privé, Faculté de droit de Sfax, 2011-2012, p.83 et s.

⁵⁴⁵ <http://www.actiondegroupe.com/questions-de-terminologie/>

⁵⁴⁶ Elle désigne « *des demandes présentées individuellement et conjointement par des consommateurs, le cas échéant par voie d'intervention volontaire* » : <http://www.actiondegroupe.com/questions-de-terminologie>

⁵⁴⁷ C'est une action par laquelle « *une personne (ou une entité) est habilitée à représenter en justice un groupe de personnes sans avoir obtenu préalablement leur accord exprès* » : L.BORE, « L'action en représentation conjointe: class action ou action mort-née », Dalloz 1995 Chr. p. 267 et s.

⁵⁴⁸ Sur la distinction entre les deux actions, voir H. TEMPLE, « Modes d'action et résultats en France », Revue Lamy de la concurrence, juillet-septembre, 2001, n° 28, p. 147 et s.

⁵⁴⁹ Les documents de travail du sénat, série législation comparée n° LC 206 mai 2010, p. 5.

⁵⁵⁰ En réalité c'est en 1938 que la règle 23 de la procédure civile fédérale (Rule 23 du Federal Rules of Civil Procedure) a introduit la procédure de class action en droit américain. Révisée en 1966, la règle 23 a connu à partir de cette date une importante expansion. L'originalité du système américain de la class action réside dans le fait qu'il en connaît, outre l'action "op in", la forme la plus audacieuse : l'action de groupe "op out" qui intègre par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié, à l'exception des celles qui manifestent la volonté de s'exclure du groupe.

⁵⁵¹ L'art. 13 du décret-loi n°88-2011 relatif à l'organisation des associations, l'art. 1003 du code de la procédure civile québécois, le Group Proceeding Act (suédois) du 1er janvier 2003, l'art. 1469 sexies

Profitable pour les litiges de consommation, l'action de groupe est davantage avantageuse à propos des différends générés par des contrats de cyberconsommation. L'opportunité d'une telle action, peut être aperçue d'abord par la mise en exergue de l'inefficacité des actions individuelles, intentées par chaque consommateur isolément. En effet, un premier problème auquel sera confronté le consommateur est celui de l'absence d'accès à la justice. Lorsque le montant du litige en jeu est faible, - tel est le cas des litiges de cyberconsommation -, le consommateur ne saisit pas la justice en raison notamment de la complexité de la procédure et de son coût, surtout si une expertise est nécessaire. Cette dernière hypothèse est assez fréquente en ce qui concerne le commerce électronique, la matière étant trop complexe. En outre, La multiplication des actions individuelles à l'encontre d'un même défendeur risque fort d'aboutir à des solutions judiciaires disparates voire contradictoires⁵⁵². Par contre, une action de groupe, assure un meilleur accès à la justice en ce sens qu'elle rendrait économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Comme l'écrit le Conseil national des barreaux (CNB) dans son rapport sur la *class action*, c'est aussi un « *moyen de rendre le système judiciaire plus démocratique* »⁵⁵³. Ensuite, sous réserve que les tribunaux soient préparés à gérer le

du Code civil italien, le "ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil" (espagnol), la *Lei da Ação Popular* (1977), *Lei de Ação Civil Publica* (1985) et le Code de Défense du Consommateur (1990) brésiliens. Envisagées de longue date en France, les « class actions » sont enfin inscrites dans le projet de loi "Consommation" présenté en mai dernier au Conseil des ministres, par Benoît Hamon, après plusieurs années de fortes résistances. Voir à ce propos : M- L.Combes, « Les "class action" sur les rails », disponible en ligne sur: <http://www.europe1.fr/Economie/Les-class-action-sur-les-rails-1503819/>; « Les "class actions" à la française déçoivent les avocats », disponible en ligne sur : http://www.lepoint.fr/societe/les-class-actions-a-la-francaise-decoivent-les-avocats-02-05-2013-1662062_23.php.

⁵⁵² P.FOUCHER, « L'action de groupe : vers une consécration? Premier volet (parties I et II) », INC document étude juridique, INC Hebdo N° 1348, 20-26 juin 2005, publié sur le site : www.incpro.conso.net.

⁵⁵³ Interrogé par la chancellerie sur l'action de groupe, le Conseil national des barreaux a créé un groupe de travail transversal "class action". Son rapport du 6 janvier 2005, intitulé "La 'class action' à la française, faut-il étendre 'l'action collective', ou 'action de groupe' ?", est disponible sur le site : www.cnb.avocat.fr. Réuni en assemblée générale le 13 janvier 2005, le CNB a adopté à l'unanimité le principe d'introduire une telle action en droit français

contentieux de masse, l'unicité de la demande participerait à une meilleure efficacité de la justice, en évitant la multiplicité des recours devant de nombreuses juridictions avec les risques de contrariété de décisions. Dans son rapport précité, le CNB a ainsi estimé que « *l'action [de groupe] permettrait d'atteindre beaucoup plus rapidement et efficacement une sécurité juridique que l'émiettement des procédures individuelles ne permet pas* »⁵⁵⁴. En outre, l'action de groupe est un moyen de restaurer la confiance des consommateurs dans l'économie de la consommation⁵⁵⁵ en ce sens qu'elle rétablit une certaine égalité entre le groupe de consommateurs et l'opérateur professionnel. Un auteur les assimile à « *un débarquant qui permettent aux "moutons" (consommateurs) de chasser le loup (le professionnel)* »⁵⁵⁶. Ajoutons qu'elle faciliterait la moralisation du comportement des acteurs économiques dans la mesure où une telle procédure est considérée au Québec comme « *une arme dissuasive à l'égard des pratiques commerciales illégales ou anticoncurrentielles* »⁵⁵⁷.

Cependant, la mise en œuvre de telle action demeure aléatoire, elle encourt certains risques⁵⁵⁸. Ainsi, afin de déjouer ce type de recours collectif, les professionnels ont souvent recours à l'insertion de clauses compromissaires dans les contrats de consommation⁵⁵⁹ afin d'empêcher les consommateurs de participer à la dite action et de lui imposer une instance arbitrale où les arbitres ne sont pas tenus d'appliquer les dispositions

⁵⁵⁴ Conseil national du barreau, « La class action » à la française : Group de travail transversal, Rapport précité.

⁵⁵⁵ C.MUSSO, « Recours collectifs et droits des consommateurs : des possibilités d'une action de groupe efficace et encadrée », Rev. LAMY de la concurrence, juillet-septembre 2011, n °28, p.163 ; Avis du conseil national de la consommation sur l'action de groupe, 4 décembre 2012, p.2, disponible en ligne sur : www.conseil-concurrence.fr/doc/classaction.pdf

⁵⁵⁶ Na DESSINATEUR, « Les "class actions" débarquent : les moutons peuvent (enfin) chasser le loup, dessin de presse et d'humour », disponible en ligne sur : <http://leplus.nouvelobs.com/contribution/851201-dessin-les-class-actions-debarquent-les-moutons-peuvent-enfin-chasser-le-loup.html>

⁵⁵⁷ Conseil national du barreau, « La class action » à la française, Rapport précité.

⁵⁵⁸ A.MASSON, « Les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », Rev. LAMY de la concurrence, juillet-septembre, 2011, n ° 2 8, p.171 et s.

⁵⁵⁹ O.CACHARD, *op.cit.*, p. 399.

impératives de protection de la partie faible au contrat. Laquelle stratégie est largement admise en droit américain et reçoit un bon accueil au sein de la doctrine américaine⁵⁶⁰.

Opter pour des mesures provisoires et conservatrices prise par le juge des référés, constitue également un remède à l'inefficacité du recours judiciaire, à sa lenteur tout particulièrement.

B- La compétence du juge des référés, un remède à la célérité des transactions électroniques

L'accélération du jugement des affaires constitue l'attente prioritaire des justiciables⁵⁶¹. On peut y voir la manifestation de la rapidité qui caractérise la vie moderne, mais aussi une réaction, à la lenteur fréquemment tenue pour excessive de la justice, accentuée par l'accroissement « *de la masse contentieuse qui surcharge dangereusement les rôles...* »⁵⁶². Lequel besoin se ressent davantage en ce qui concerne les litiges générés par un contrat électronique litigieux, la vie des affaires cybernétiques en commande une résolution rapide. Ces préoccupations sont au cœur du référé, « *procédure qui tend à obtenir rapidement [...] de la juridiction compétente, une décision (appelée ordonnance), ayant un caractère provisoire* »⁵⁶³. Cette procédure tend à prendre des mesures provisoires et conservatoires.

Ayant déjà la faveur des praticiens dans le contentieux international dont le procès au fond est souvent complexe⁵⁶⁴, les mesures provisoires et conservatoires sont particulièrement adaptées à des litiges portant sur des

⁵⁶⁰ J.T.WESTMEIER, How can arbitration clauses help avoid class damages, Multimedia AND Web Strategist, august 1997, Lexis; J.R.STRENLIGHT, Panacea or Corporate Tool? Debunking the supreme Court's Preference for Binding ARBITRATION, 74 Wash.U.L.Q.,637,647-38, 1996

⁵⁶¹ H.HAENEL et J.ARTHUIS, justice sinistrée, démocratie en danger, Economica, 1991, p.11.

⁵⁶² R.PERROT, « L'évolution du référé », in mélanges P.HEBRAUD, TOULOUSE, 1981, p.645 ; voir aussi, P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in mélanges P.KAYSER, PUF, 1979, t II, p. 1, spec. p. 14.

⁵⁶³ R.PERROT, Droit judiciaire privé, les cours de droit, 1981, p. 440.

⁵⁶⁴ O.CACHARD, *op.cit.*, p. 406.

contrats électroniques devant être traités dans l'urgence⁵⁶⁵. En ce sens, l'article 18 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, prévoient que « *les Etats membres veillent à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé...* ». Certains vont jusqu'à avancer que le juge des référés est le juge naturel de l'internet car « *la fugacité des situations s'accommode mal de l'écoulement du temps* »⁵⁶⁶. Laquelle déclaration pourrait être affirmée à maints niveaux.

D'abord, étant des mesures d'attente destinées à mettre en place un statut protecteur⁵⁶⁷, ces mesures provisoires trancheraient efficacement avec l'énorme rapidité (accélération) avec laquelle se nouent les relations cybernétiques. Le procès est en effet caractérisé par la simplification des formalités judiciaires et par la célérité avec laquelle la décision prononçant les mesures sera rendue. En fait, les caractéristiques de ces mesures garantissent l'efficacité des droits des opérateurs face à l'accélération du temps et de la diffusion de l'information sur les réseaux. D'où l'accroissement du besoin de telles mesures sur le marché électronique en vue de préserver les intérêts menacés par l'inexécution du contrat électronique⁵⁶⁸. Par contre, la durée d'une instance au fond s'adapte mal avec la nécessité d'un traitement rapide et d'une procédure accélérée qu'exige le développement des activités électroniques. En fait, le procès sur le fond d'un litige électronique international sera souvent plus long qu'un procès interne. Les difficultés de détermination de la loi applicable ainsi

⁵⁶⁵ C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p. 502.

⁵⁶⁶ Entretien avec J.-J.GOMEZ, le premier vice-président du TGI de Paris, le référé internet : de la pertinence, dans l'urgence et sans évidence, Expertises, novembre 1998, p. 335.

⁵⁶⁷ P. De VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. Crit. DIP.*, 1996, p. 399.

⁵⁶⁸ O.CACHARD, *op.cit.*, p.409.

que celle de la juridiction compétente peuvent retarder sensiblement l'issue du litige.

De même, le fait de se contenter à la seule condition selon laquelle l'existence de l'obligation ne soit pas sérieusement contestable, la législation régissant la procédure en référé semble être en harmonie avec les exigences du commerce international⁵⁶⁹. La condition de l'urgence, est très évidente dans le contexte électronique.

Une autre manifestation de l'efficacité des mesures provisoires et conservatoires réside dans leur substance elle-même. En effet, saisi à l'initiative du créancier d'une obligation contractuelle inexécutée, le juge des référés, dans une tentative de préservation du respect de l'évidence contractuelle, veille à la force obligataire du contrat. Il peut même prescrire des actes d'exécution du contrat tels que la livraison de la chose, la prestation du service ou le paiement d'une provision⁵⁷⁰. Par exemple, le juge français a su en la matière développer « *tout un arsenal des mesures adaptées aux caractéristiques des réseaux et du marché électronique en s'appuyant à la fois sur le fondement général des articles 808 et 809 NCPC et sur le fondement des textes spéciaux* »⁵⁷¹. De surcroît, l'efficacité des mesures provisoires et conservatoires s'apparente dans le fait que l'existence d'une clause de juridiction (clause attributive de juridiction ou clause compromissoire) ne prive pas le juge des référés de sa compétence en cas de demande fondée sur l'urgence et le péril⁵⁷².

Cependant, ces mesures provisoires et conservatoires ne sont pas sans faire surgir des problèmes délicats. En effet, la détermination du juge

⁵⁶⁹ C.GHAZOUANI, *op.cit.*, p. 502

⁵⁷⁰ Citons comme exemple sur l'intervention du juge des référés face au manquement à une obligation contractuelle: TGI de Bordeaux, ordonnance de référé, 22 octobre 2012, disponible en ligne sur : www.maveritesur.com/files/ordonnance_de_refere_22_10_2012_pdf.

⁵⁷¹ J. Huet, « Réflexions sur les sources du jeune « Droit de l'internet » », D.2000, n°28, point de vue, p. IV-V.

⁵⁷² Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, et B.GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC Paris, 1996, n.1325.

compétent pour prendre de telles mesures suscitent les mêmes difficultés déjà évoquées ci-dessus quant à la localisation⁵⁷³. L'institution du « *référé - contractuel* »⁵⁷⁴, qui tient sa compétence de la volonté des parties ayant prévu son intervention dans leur contrat en cas d'inexécution par l'une d'entre elles de ses obligations, pourrait passer outre ces difficultés.

A l'instar de ces mesures accomodantes, l'intégration des nouveaux moyens de communications au sein des juridictions étatiques contribue au rétablissement de leur efficacité quant à la résolution des litiges cybernétiques.

Paragraphe deuxième : Le déploiement des nouvelles technologies dans le système judiciaire

De prime abord, il convient d'apporter une précision terminologique. IL faut mentionner que l'intégration de la technologie dans le système judiciaire met en présence une procédure judiciaire en ligne ou un cybertribunal, la différence étant quantitative. Le second, est une procédure judiciaire entièrement reconstituée en ligne tandis que le premier n'est qu'une reconstitution partielle⁵⁷⁵. S'il existe un certain nombre de projets de cybertribunaux, qui devraient opérer entièrement en ligne, aucun n'est à ce jour opérationnel⁵⁷⁶. Néanmoins, une procédure judiciaire en ligne demeure une éventualité réalisable, en présence d'un contexte juridique favorable **(A)**. Cependant, aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette séduisante nouvelle forme de justice avec ses maints avantages, n'a pas pris son essor en pratique **(B)**.

⁵⁷³ O.CACHARD, *op.cit.*, p. 410.

⁵⁷⁴ J.HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p.140 et s..

⁵⁷⁵ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 191.

⁵⁷⁶ On mentionne surtout dans ce contexte, le projet du Michigan, qui prévoit de mettre en œuvre une procédure judiciaire complètement en ligne, ou encore le projet de cybertribunal qu'a connu la Malaisie connaît depuis 1997 et qui est à ce jour resté lettre morte. Voir à ce propos : T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 193.

A- Un contexte juridique favorable

La volonté politique, dans la plupart des pays est favorable au déploiement des nouvelles technologies au sein des tribunaux, les alternatives étant toutefois variables. Dès lors, cette volonté est réservée dans certaines législations et ne peut être déduite qu'indirectement à travers les textes réglementant l'utilisation des nouvelles technologies de manière générale. Tel est l'exemple du droit tunisien dont les dispositions relatives au document et signature électroniques⁵⁷⁷ et à d'autres dispositifs tel que le cryptage⁵⁷⁸ ou la technique de certification⁵⁷⁹, pourront servir de fondement pour une procédure judiciaire en ligne. Il ne faut néanmoins nier l'existence de quelques dispositions dispersées permettant expressément l'intégration de la technologie dans la résolution judiciaire des litiges⁵⁸⁰. Alors que, certains pays sont allés plus loin en adoptant une alternative directe. Lequel choix se traduit d'une part par des textes visant spécifiquement à introduire des procédures judiciaires en ligne, et d'autre part par des expériences⁵⁸¹ basées sur la technique du dépôt électronique⁵⁸² et l'utilisation des nouveaux outils de communication par les tribunaux.

⁵⁷⁷ Entre autres les articles 417, 453, 453 bis du COC, l'arrêté du ministre de la technologie de la communication du 19 juillet 2001 fixant les caractéristiques techniques du dispositif de création de la signature électronique.

⁵⁷⁸ Notam. le décret n°2001-2727 du 20 novembre 2001 fixant les conditions et les procédures d'utilisation des moyennes ou des services de cryptages à travers les réseaux des télécommunications, ainsi que l'exercice des activités y afférentes.

⁵⁷⁹ Notam. L'arrêté du ministre des technologies de la communication du 19 juillet 2001 fixant les données techniques relatives aux certificats électroniques et leur fiabilité.

⁵⁸⁰ Tels que l'art. 9 de la Loi n°2003-15 du 15 février 2003 portant création de l'institution du juge de la sécurité sociale permettant la saisine du juge de la sécurité sociale par requête écrite envoyée par document électronique ; les articles 67 al.3, 67 al.6, 68 et 70 du Code de télécommunications, promulgué par la loi n°2001-1 du 15 janvier 2001, qui admettent le document électronique conservé dans sa forme définitive de manière fiable et authentique par une signature électronique, pour la requête présentée auprès de l'instance nationale des télécommunications.

⁵⁸¹ La première procédure judiciaire en ligne (de médiation), dénommée e@dr, a été développée en 2000 par les tribunaux de première instance de Singapour. Sur ce programme de médiation en ligne voir : C.M. GANELES « Cybermediation : A New Twist on an Old Concept » in Albany Law Journal Science & Technology, 2002, vol. 12, p. 715 et s., spéc. p. 733; Y.S. THIAN, « Singapore » in IT Support of the Judiciary in Australia, Singapore, Venezuela, Norway, The Netherlands, and Italy, s. dir. A. Oskamp et al., Cambridge Univ. Press, 2004, p. 45.

⁵⁸² Voir pour une définition du dépôt électronique: J-J.FLEURY, « Le dépôt électronique pour les cours au Canada : une idée qui arrive à plaint nommé », lex Electronica, vol 8, n°2, printemps 2003, p.4, disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/article_120.pdf.

Le droit français en la matière peut servir d'un premier exemple. Il y a été adopté un décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile⁵⁸³ qui consacre le recours à la communication électronique⁵⁸⁴. Ce décret insère au titre XIX du livre 1^{er} du C.P.C intitulé désormais « la communication par voie électronique », un article 729-1, qui permet la tenue du répertoire général ainsi que la transmission des actes et des décisions juridictionnelles par la voie informatique. Un arrêté du 25 septembre 2008, prolongeant le décret du 28 décembre 2005, définit le périmètre de la communication électronique civile et les solutions technique retenues. Depuis le premier novembre 2008, 68 tribunaux de grande instance et barreaux sont invités à déployer la communication électronique civile. En fait, sont nés le réseau privé virtuel des magistrats (PRVJ) coté justice via « COMCi » et le réseau privé virtuel des avocats (RPVA) coté profession d'avocat via « e-barreau ». C'était le désir estimé par le ministère de la justice et le conseil national des barreaux⁵⁸⁵. Le développement de ces réseaux devrait permettre les échanges électroniques au niveau de la mise en état avec les avocats ainsi que la consultation par tous du calendrier et la délivrance des actes de procédure⁵⁸⁶.

⁵⁸³ JO 29 décembre 2005 ; JCP G 2006, act.443 ; JCP G 2006, I, 146.

⁵⁸⁴ Il est mentionner ensuite que le législateur français est allé plus loin en adoptant le principe de l'acte authentique dématérialisé, pour les notaires comme pour les huissiers de justice. Dans ce but, les deux décrets n°2005-972 et 2005-973 du 10 août 2005 ont complété le cadre juridique de l'acte authentique électronique établi par les huissiers et les notaires.

⁵⁸⁵ G.SABATER, « Nouvelles technologies et système judiciaire : le déploiement de la communication dans les juridictions judiciaires », J.C.P.G. n°51-52, 17 décembre 2008, Doctrine Etude, p.17 et s.

⁵⁸⁶ Pour plus de détails sur la procédure judiciaire en ligne développée en France, voir : J-L.VALLENS, « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », J.C.P.G, n°11, 14 mars 2007, Doctrine Etude, p.24 et s.. G.SABATER, « Nouvelles technologies et système judiciaire : le déploiement de la communication dans les juridictions judiciaires », article précité, p.17 et s. ; P.CHEVALIER, « Expériences de téléprocédure dans les juridictions françaises », Droit et patrimoine, avril 2002, n°103, p.69 et s. ; O.DUFOUR, « Procédure on the web », P.aff., 21 octobre 2003, n°210, p.3 et s. ; O.DUFOUR, « Les greffiers des tribunaux de commerce préparant la révolution numérique » entretien avec M.LECINE-BARAT (président du conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, Greffier du Tribunal de commerce de Toulouse), P.Aff., 3 décembre 2003, n°241, p.3 et s.

L'expérience canadienne sert également d'un bon exemple des tentatives d'une procédure judiciaire en ligne⁵⁸⁷. En effet, pour donner suite à l'engagement du gouvernement fédéral de fournir un accès électronique aux services gouvernementaux d'ici 2004, la Cour fédérale du Canada et la Cour suprême du Canada ont présenté des soumissions de projet d'orientation de Gouvernement en direct (GED) traitant du dépôt électronique dans les tribunaux⁵⁸⁸. L'objectif recherché était d'adopter un modèle fondé sur des fournisseurs de services de dépôt électronique (FSDE). Il s'agit essentiellement, d'une passerelle électronique sécurisée, passant par le Web, que les avocats utiliseraient pour déposer des documents sous forme électronique. Ce « guichet électronique unique » permettrait également aux parties en litige d'échanger des documents de façon sûre. Le FSDE fonctionne en fait comme une messagerie électronique et une sorte de courtier de l'information en direct : il identifie le sujet de l'envoi, date de ce dernier, traite les documents et les avis qui les accompagnent dans le système de dépôt⁵⁸⁹.

Ainsi, envisagée, la procédure judiciaire en ligne ne peut être que bénéfique⁵⁹⁰. Cependant, la pratique en affiche une rentabilité modeste.

B -Une rentabilité réservée

La rentabilité modeste des procédures en ligne tient à plusieurs facteurs de maints ordres. D'abord, l'une des plus grandes difficultés pourrait bien être de convaincre les praticiens de changer leur façon de

⁵⁸⁷ Voir à ce propos : J.-J.FLEURY, article précité, p.4 ; D.POULIN, « Le dépôt électronique au Canada : commentaires sur le modèle de fournisseurs de services de dépôt électronique », *lex Electronica*, vol 8, n°2, 2003, disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/articles_124.pdf ; J.-C.MIDDLEMIS, « Les tribunaux à l'ère numérique : création du marché canadien de dépôt électronique », mars 2002, *Lex Electronica*, <http://www.lex-electronica.org>.

⁵⁸⁸ W-A. MURRAY et G. PINDER, Document de travail : Modèle de fournisseur de services de dépôt électronique copyright 2003, *Lex Electronica*, <http://www.lex-electronica.org>, p.3.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁹⁰ Voir sur les bénéfices d'une procédure judiciaire en ligne : M. LEGRAS, « Les technologies de l'information et de la communication, la justice et le droit Contribution à la réflexion sur l'incidence de la technique sur le droit », <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/legras.htm>, p. 9

faire assez vite pour que l'initiative révèle toute son utilité. L'énigme du papier constitue ainsi un obstacle majeur. En effet bien que le concept d'une société sans papier est attrayant, le papier est en réalité partout. Beaucoup de personnes préfèrent encore imprimer les documents et les lire en version papier⁵⁹¹, se contentant ainsi de se rendre au comptoir de service du tribunal et de déposer leurs documents en version imprimée. De son côté, l'institution judiciaire est-elle prête à répondre à cette nouvelle forme d'exigence démocratique ? Accepte-t-elle de mettre à plat ses modes de faire et d'en proposer de nouveaux, intégrant le meilleur de ce que la technique lui offre ?⁵⁹² Pour les magistrats, les outils merveilleux dont ils réclament le bénéfice ne doivent être que ce qu'ils sont : des auxiliaires qui les libèrent et non des contraintes qui les musèlent⁵⁹³.

Ensuite, la procédure en ligne a des répercussions sur la confidentialité puisqu'il crée une base de données intégrée et interrogeable qui est logée sur le Web et qui rend donc l'information plus largement accessible que jamais auparavant⁵⁹⁴. Or si l'accessibilité du tribunal est un pilier du système judiciaire, la confidentialité demeure la fin tant recherchée par les colitigants.

Ajoutons que certains Etats n'ont pas accès aux ressources ni aux économies d'échelle qui justifient la conception de pareils systèmes à leur niveau. Bien qu'il puisse réduire les coûts globaux supportés par les parties en litige, le dépôt électronique exige des tribunaux qu'ils accroissent les fonds de fonctionnement ou réaffectent les ressources à l'édification et à la gestion d'un double système : le maintien du service au comptoir et le

⁵⁹¹ Cette dernière est particulièrement utile quand il s'agit de textes législatifs ou de contrats complexes surtout qu'il est probable que les parties ne maîtrisent pas les tactiques et les instruments de l'écriture pour un public en ligne.

⁵⁹² M.LEGRAS, « Les technologies de l'information et de la communication, la justice et le droit Contribution à la réflexion sur l'incidence de la technique sur le droit », article précité, p.3

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

dépôt électronique. Ceci, implique un alourdissement des dépenses publiques. De la puissance économique d'un Etat, dépend alors la mise en place d'une procédure judiciaire en ligne. Par conséquent partout dans le monde, alors que des tribunaux empruntent l'autoroute de l'information et choisissent le dépôt électronique comme moyen de faire évoluer les systèmes judiciaires, d'autres, se contentent pour l'instant d'observer, risquant de se voir claquer au nez la porte du cybermonde⁵⁹⁵. Reste que cette difficulté de financement n'est pas cependant insurmontable. Les tribunaux peuvent acquérir la technologie à faible coût et informatiser une partie de leurs activités. En outre, le coût de mise au point de la technologie peut être réparti entre de nombreux utilisateurs, ce qui donne lieu à des économies d'échelle et réduit les droits de dépôt.

Subissant l'incidence des nouveaux litiges générés par les contrats électroniques quant aux procédures à introduire et moyens à dépeiler, le système étatique de résolution de litige, se voit son pouvoir coercitif concouru.

Section deuxième : Le remaniement du pouvoir coercitif

L'issue d'un règlement extrajudiciaire en ligne qu'il soit un contrat de transaction électronique ou une sentence électronique, prend souvent la forme électronique. Cette nouvelle forme ne s'oppose pas à l'exigence d'une sentence arbitrale sous forme écrite⁵⁹⁶, condition requise aussi bien par certaines législations⁵⁹⁷ que par des institutions d'arbitrage en ligne⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ J-C. MIDDLEMISS, « Les tribunaux à l'ère numérique: Création du marché canadien du dépôt électronique », article précité, p.3,

⁵⁹⁶ Dans la mesure où la plupart des droits nationaux et internationaux reconnaissent, comme l'on a déjà évoqué ci-dessus, la valeur juridique de l'écrit électronique et de la signature électronique. Certaines législations vont même jusqu'à la révision des textes spéciaux relatifs à l'arbitrage pour les adapter à l'utilisation de cette technique dans l'arbitrage. C'est le cas de l'Uniforme Arbitration Act des Etats Unis qui a été révisé le 16 mars 2000. Désormais, son article 33 autorise l'utilisation de la signature électronique par les arbitres quand la sentence est transmise aux parties par l'internet. Voir O.CACHARD, *op.cit.*, n.593, p.365

⁵⁹⁷ L'art. 75 al 1^{er} du CAT, l'art. 31§1^{er} de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, l'art. 1471 du N.C.P.C français dans sa rédaction ancienne (cette exigence fait défaut dans l'art. 1482 N.C.P.C).

Dès lors, quoi qu'il en soit, la dématérialisation des résultats du règlement en ligne des différends ne doit pas faire obstacle à son efficacité. De même, la notification de la sentence arbitrale, qui revêt une importance particulière⁵⁹⁹, ne pose pas de problème du fait de l'acceptation de la notification par voie électronique. Cependant, le problème surgisse lorsqu'il est question de leur efficacité quant à leur exécution par les parties intéressées. Il est vrai qu'après une procédure de résolution de litiges satisfaisante, la plupart des parties s'exécutent volontairement. Toutefois, le cas où la contrainte est mise en œuvre pour arriver à une exécution forcée compte comme référence pour les autres cas. Tout mécanisme de résolution des litiges doit alors être ancré ou rattaché à un système d'exécution. En principe ce système de contrainte ou d'exécution forcée est l'appareil coercitif étatique⁶⁰⁰. Ce dernier n'est pas à l'abri de la jaillie de nouvelles complications provoquées par l'utilisation de la technologie lors de la procédure (**Paragraphe deuxième**). La pratique en a créé même d'autres formes de contrainte qui constituent ce qu'on appelle mécanismes d'autorégulation connus sous l'appellation de contrainte électronique (**Paragraphe premier**).

Paragraphe premier : l'avènement de la contrainte électronique

Pour faire face au caractère non contraignant de certaines décisions virtuelles rendues suite à une résolution en ligne du litige⁶⁰¹, il s'avéra indispensable de penser à des moyens qui en renforcent l'efficacité sans pour autant recourir au système judiciaire. Ces moyens seraient en quelque sorte un substitut à la contrainte étatique. Il s'agit de la contrainte

⁵⁹⁸ Par exemple l'art.15 (d) des règles d'application de l'UDRP.

⁵⁹⁹ En en effet, la date de réception de ladite sentence fait courir plusieurs délais, par exemple, celui des demandes en rectification et en interprétation de la sentence. Elle fait ouvrir aussi les délais de recours en annulation de la sentence.

⁶⁰⁰ Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'impérium » in Études Offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC, 1991, p.249-250.

⁶⁰¹ On vise ici les contrats de transaction issus de la médiation en ligne et les décisions d'un arbitrage non contraignant

électronique. Il serait alors indispensable avant d'exposer les formes que pourrait prendre ladite contrainte **(B)** d'en chercher les fondements **(A)**.

A- Les fondements de la contrainte électronique

L'émergence d'une nouvelle forme de contrainte concurrente au pouvoir étatique n'est qu'une implication d'un phénomène plus général, celui de l'affaiblissement du pouvoir coercitif de l'Etat **(1)**. L'amplification du rôle régulateur de la technologie constitue l'autre précurseur de l'avènement de la contrainte électronique **(2)**.

1- L'affaiblissement du pouvoir coercitif de l'Etat

« *L'effectivité irrésistible* » de la contrainte physique étatique est mise à mal même avant le réel avènement du cyberspace, avec l'internationalisation ou, plus exactement, la transnationalisation des relations économiques et financières⁶⁰². Néanmoins, l'affaiblissement de l'appareil coercitif étatique n'est devenu que plus vrai avec le développement des activités véhiculées par les réseaux⁶⁰³. Dans le cyberspace, on peut observer un certain désengagement de l'État, une bienveillance face aux formes d'autorégulation⁶⁰⁴. La diminution de la puissance d'État est causée principalement par le même phénomène que celui noté par François Rigaux : le conflit entre, d'un côté, l'ubiquité de l'information, des acteurs et des actions dans les réseaux et, de l'autre, la limitation territoriale de l'intervention étatique⁶⁰⁵. D'où la nécessité de faire intervenir en scène un acteur régulateur de même nature et ayant les mêmes caractéristiques.

⁶⁰² F. RIGAUD, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », in Rec. Cours La Haye, 1989, vol. 213, n° 953, pp. 46-48.

⁶⁰³ T.SCHULTZ, thèse précitée, p.326.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, sous le titre : - Les trois principaux modèles de régulation du cyberspace, pp. 87-150.

⁶⁰⁵ C'est en partant de cette idée que Marie-Anne Frison-Roche a pu écrire que « *si la contrainte n'est pas ce qui s'ajoute au droit mais ce qui le caractérise, et si la contrainte ne peut ultimement qu'être de nature étatique, alors le droit est violemment remis en cause par Internet* » : J.-M. CHEVALIER, I. EKELAND, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, p. 46.

2- L'affermissement du rôle régulateur de la technologie :

La technologie institue, pour écrire comme Yves Poullet, « *des auteurs sans statut constitutionnel* »⁶⁰⁶. Les caractéristiques techniques du cyberspace conditionnent la manière dont le pouvoir peut y être exercé. Dès lors, aperçu comme un nouveau territoire, vierge, sans frontières et aux dimensions quasiment infinies, un peu comme le Far West des westerns⁶⁰⁷, le cyberspace, est en partie constitué par les États, mais pas seulement ; de nombreux autres acteurs tiennent en vie cet autre espace virtuel. Le contrôle du cyberspace est, par lien de cause à effet, entre les mains de tous ces acteurs⁶⁰⁸.

Tout particulièrement, c'est par le recours aux mécanismes d'autoexécution que les ODR restreignent les possibilités de contrôle par l'État de la qualité de la justice non étatique⁶⁰⁹. Ainsi émerge l'hypothèse que, par le jeu de la concurrence des appareils coercitifs, l'effectivité instrumentale des mécanismes de résolution des litiges en ligne peut bénéficier de la place laissée libre par l'ineffectivité des procédures d'exécution devant les tribunaux étatiques. Ces dernières, qu'elles soient en exécution d'une sentence arbitrale ou en homologation d'un contrat de transaction peuvent impliquer des frais non négligeables et pourraient

⁶⁰⁶ Y. POULLET, « La technologie et le droit : du défi à l'alliance », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, n. 88, pp. 946–947.

⁶⁰⁷ S. BIEGEL, *Beyond our control ?*, *Confronting The Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Londres, MIT Press, 2001, n. 37, p. 4 et s., évoquant l'image du cyberspace comme un territoire semblable aux prairies d'apparence infinie des westerns.

⁶⁰⁸ T.SCHULTZ, thèse précitée, p.64 et spéc. p.170 et s. Comme l'écrit le politologue Stephen Kobrin : « nous ne sommes pas en présence de la fin de l'État, mais plutôt en face d'une efficacité réduite de la gouvernance politique et économique enracinée dans la souveraineté géographique » : S.J. KOBRIN, « Electronic Cash and the End of National Markets » in *Global Issues*, 1997, vol. 2, n°4, p. 38 et s., spéc. pp. 42–43. Quant à Michel Vivant, il conclut au terme d'une analyse remarquée des divers modèles de régulation du cyberspace qu'« au final, c'est bien de régulations – au pluriel – qu'il convient de parler, de modes de régulation qu'il convient d'articuler au mieux, de combiner en raison » : M. VIVANT, « Internet et modes de régulation », in *Internet face au droit*, s. dir. É. Montero, Bruxelles, Story Scientia, 1997, n.306, p. 229.

⁶⁰⁹ T.SCHULTZ, thèse précitée, p.524.

constituer par conséquent une barrière prohibitive à la démarche visant à obtenir l'exécution forcée⁶¹⁰.

La mise en place de tels mécanismes d'auto-exécution paraît alors bénéfique en termes des raisons de coût que de simplicité. En effet, mis à la disposition des institutions d'ODR, les mécanismes d'auto exécution permettent d'éviter les frais supplémentaires que pourrait engendrer une procédure judiciaire et ce sans remplir les conditions posées par le droit étatique. Il s'agit en fait de moyens de pression pouvant être utilisés par l'institution à titre de sanction afin d'amener la partie contre laquelle la décision virtuelle a été rendue à s'exécuter volontairement. Le but de ces mécanismes d'auto-exécution est d'inciter la partie débitrice à s'exécuter⁶¹¹. Et le degré de pression que pourrait offenser cette contrainte varie selon la forme qu'elle prendrait.

B- Les formes de la contrainte électronique

Un mode de pression mis à la disposition du colitigant confronté à l'inefficacité de la décision ou de l'accord électronique consisterait à faire circuler sur internet ses griefs contre la partie adverse afin d'informer la communauté et d'affaiblir la position de son cocontractant sur le marché électronique. La rapidité avec laquelle se transmet l'information sur le réseau contribue à l'efficacité de tel moyen de pression. Néanmoins, les moyens de contraintes mis à la disposition de l'institution d'ODR s'avèrent plus efficaces. Il s'agit essentiellement du retrait du label de qualité associé à une liste noire **(1)** et de la publication de la décision **(2)**.

⁶¹⁰ L.M. PONTE, « Throwing Bad Money After Bad : Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper ? » in Tul. J. Tech. & Intell. Prop., 2001, vol. 3, p. 55 et s., spéc. p. 69.

⁶¹¹ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 353.

1- Le retrait du label associé à une liste noire

En tant qu'un cas particulier de certification⁶¹², la labellisation des sites⁶¹³ peut se voir comme une technique assurant le cas échéant la contrainte. Prenant la forme d'un signe distinctif, un logo, dont l'affichage sur un site web est contrôlé à distance, un label peut se voir retiré faute d'exécution volontaire d'une décision arbitrale. C'est ainsi que parmi les conditions d'attribution ou du maintien du label peut figurer le respect des décisions ou autres résultats de procédures d'un organisme d'ODR⁶¹⁴. Alexandre CRUQUENAIRE et Fabrice DE PATOUL soulignent la contribution du retrait du label par l'organisme d'ODR (s'agissant de l'ECODIR) à assurer une certaine contrainte en ces termes : « *le label permettrait de contraindre contractuellement les commerçants à exécuter les solutions trouvées via la plateforme ECODIR [...]. Le label, le code de conduite et un ADR tel qu'ECODIR seraient en mesure de remplir [l]e besoin de sécurité dont manque le commerce électronique et cela, grâce à des instruments souples et basés sur la bonne volonté des parties* »⁶¹⁵. Dès lors que le label a une valeur commerciale⁶¹⁶ et que l'institution d'ODR a le pouvoir d'en obtenir le retrait si la partie débitrice refuse de s'exécuter,

⁶¹² Elle consiste en « *la mise en place d'une procédure de vérification de la réalité d'un fait ou la conformité d'une activité aux exigences d'un standard prédéfini* » : O.CACHARD, *op.cit.*, p.274.

⁶¹³ Voir sur la labellisation, O.GOBERT et A.SALAUN, « La labellisation des sites web, classification, stratégies de recommandations », in DAOR 1999, vol 51, p 83 et s. S. LOUVEAUX, A. SALAÜN et Y. POULLET, « Protection in Cyberspace, Some Recommendations » in Info, 1999, vol. 1, p. 521 et s. spéc. pp. 532–534 ; STUURMAN K., « Legal aspects of standardization and certification in information technology and telecommunication : an overview » in Amongst friends in computers and law, a collection of essays in remembrance of Guy Vandenberghe, Deventer, Kluwer, 1991, p. 80 et s, n. 1003; Th. VERBIEST et É. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 557 et s.

⁶¹⁴ La disponibilité d'une procédure de résolution en ligne est en ce sens un outil de marketing. Square Trade, par exemple, affirme que l'affichage de son label sur le site web d'un marchand, attestant de l'acceptation du marchand de se soumettre à une procédure ODR, conduit à un accroissement des ventes d'environ 15 %. Voir S. ABERNETHY, « Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems » in *Online Dispute Resolution (ODR) : Technology as the "Fourth Party"*, Amherst, Mass., Publ. des Nations unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, p. 70 et s., spéc. p. 85.

⁶¹⁵ A.CRUQUENAIRE et F.DE PATOUL : article précité, p. 7.

⁶¹⁶ En ce sens que ce label ait une valeur suffisante de façon que son retrait ait un impact négatif sur l'entreprise. F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 442 ; O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 24.

cette institution dispose en conséquence d'un pouvoir de contrainte économique sur celle-ci. Cependant, cet instrument coercitif ne manque pas de certaines limites qui tiennent essentiellement à l'effet unilatéral de telle contrainte en ce sens qu'elle ne s'exerce que sur la partie au bénéfice du label et si c'est celle-ci qui est débitrice.

Les listes noires, qui correspondent à des rapports indiquant les noms des cybermarchands n'ayant pas exécuté le résultat d'une procédure en ligne, se conçoivent essentiellement comme un complément au label. Elles permettent une réaction plus graduelle que le retrait pur et simple du label. Inversement, il est préféré que telles listes seraient liées un label afin de faciliter leur accessibilité aux internautes envisageant passer un contrat avec un cybermarchand donné. De cette accessibilité dépendra le degré de la contrainte.

2-La publication des résultats des procédures de résolution des litiges en ligne

Ayant la faveur des auteurs⁶¹⁷, la publication de la décision (sentence ou accord) rendue par l'institution d'ODR consiste à exploiter l'instantanéité et l'ubiquité de l'information électronique et faire circuler la décision afin de contraindre la partie débitrice à l'exécuter. Elle répond aux intérêts des différents intervenants. Elle est d'abord bénéfique pour les clients - colitigants souhaitant régler leurs différends par voie électronique -, en ce sens qu'elle leur permet de faire des choix éclairés entre les diverses procédures en ligne proposées et améliorer par conséquent la qualité des services fournis. Ce qui concourt indéniablement à promouvoir la

⁶¹⁷ Voir par exemple: L.J. GIBBONS, « Private Law, Public 'Justice' : Another Look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce » in Ohio State Journal on Dispute Resolution., 2000, vol. 15, p. 769 et s., n. 821; L.M. PONTE, « Boosting Consumer Confidence in E-Business : Recommendations For Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions » in Albany Law Journal Science. & Technologie, 2002, vol. 12, p. 441 et s., spéc. pp. 488-489; O. RABINOVICH-EINY, « Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age » in Virginia Journal of Law and Technology, 2002, vol. 7, art. 4, § 165.

concurrence entre les organismes d'ODR, ces derniers étant un véritable marché⁶¹⁸. La publication des résultats de la résolution en ligne du litige répond ensuite aux intérêts des institutions d'ODR dans la mesure où elle constitue un bien révélateur de leur crédibilité et transparence, facteurs affectant la confiance des parties à la procédure⁶¹⁹. Plus généralement, la publication peut faire révéler les problèmes généraux affectant le commerce électronique, tels que les fraudes et pratiques abusives à grande échelle, de la part des fournisseurs de service sur internet ou de leurs clients. Enfin, on relèvera le rôle plus communément admis de la publication des résultats, à savoir l'amélioration de la sécurité juridique. Dans cette hypothèse, la publication a pour fonction de concrétiser les principes ou règles juridiques tels qu'ils découlent de la pratique antérieure, voire de les dégager. Elle contribue de ce fait à l'émergence d'une jurisprudence arbitrale⁶²⁰. Cette supposition se confond avec la capacité des institutions d'ODR à constituer des acteurs de la production du droit⁶²¹.

Un nombre de recommandations suggèrent de publier les résultats des procédures avec toutefois une divergence quant aux modalités de la publication⁶²². Celles-ci varient entre la forme anonymisée et la forme nominative. Seule cette dernière qui consiste à faire publier tous les

⁶¹⁸ En ce sens par exemple J.-B. RACINE, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », article précité, p. 229 et s., spéc. p. 246.

⁶¹⁹ Sur la transparence et la publication, d'un côté, et la confidentialité et la sécurité, de l'autre, voir par exemple M.S.A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, pp. 48-52.

⁶²⁰ O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 24

⁶²¹ Sur les différentes modalités de cette production du droit par les mécanismes de résolution des litiges en ligne, voir T.SCHELTZ, thèse précitée, Sous-section I. — Formes de régulation par la résolution des litiges en ligne, p. 513 et s.

⁶²² American Bar Association Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution and Shidler Center for Law, Commerce and Technology, University of Washington, « Recommended Best Practices by Online Dispute Resolution Providers » in *Bus. Law*, 2002, vol. 58, p. 458 et s., spéc. p. 460-461 et Global Business Dialogue on electronic commerce (GBDe) et Organisation internationale des consommateurs (Consumers International), « Alternative Dispute Resolution Guidelines », Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce », novembre 2003, n° 876, p. 58. Voir aussi les articles II al. 2 et art. II, B, al. 5 consécutivement de la Recommandation 98/257 de la Commission, du 30 mars 1998 précitée et la Recommandation 2001/310 de la Commission, du 4 avril 2001 précitée.

résultats de toutes les procédures avec indication des noms des parties, pourrait participer à assurer une certaine contrainte. En effet, le colitigant débiteur, soucieux de préserver sa réputation en ligne, essaye d'éviter qu'une publicité négative du résultat d'une procédure à laquelle il a été partie, soit faite. Reste que, certaines hésitations ont été éprouvées à propos de la mise en œuvre de tel moyen de pression. La raison en est que la pratique de publication nominative peut avoir un effet rebutant quant au recours aux ODR en ce sens qu'elle décourage les professionnels à participer à telles procédures débouchant le cas échéant la divulgation du résultat qui serait préjudiciable à leur réputation. Néanmoins, peut-on espérer une acceptation plus fréquente par les professionnels de cette forme de publication, selon le principe que seules les entreprises coupables de pratiques commerciales réellement inacceptables ont intérêt de s'y opposer. On notera également que, d'un point de vue idéal, centré sur les intérêts de la collectivité, l'anonymisation n'est légitime que pour les relations entre professionnels, dont on concevra qu'elles n'impliquent en général que des intérêts privés. Elle ne semble par contre pas légitime pour les relations entre un professionnel et un consommateur, celles-ci mettant en jeu des intérêts publics fondés sur la protection de la partie faible, facilitée par la révélation nominative de pratiques commerciales abusives. Cependant autres arguments convaincants dont la confidentialité, principe fondamental régissant les modes alternatifs de règlement des litiges, paraissent s'opposer à cette sanction⁶²³.

De façon générale, ces pratiques constituant la contrainte électronique peuvent se retourner à l'encontre de l'organisme d'ODR ou de la partie adverse notamment dans le cas où elles sont dépourvues de fondement contractuel. Par conséquent, la contrainte électronique n'éteint pas le risque

⁶²³ O.CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p. 25.

mais risque au contraire de susciter un contentieux dérivé relatif à la licéité de ces pratiques⁶²⁴.

La meilleure solution pour garantir l'efficacité de la décision électronique demeure alors le recours aux juridictions étatiques. Olivier CACHARD parle à ce propos d'un relais de la contrainte étatique⁶²⁵.

Paragraphe deuxième : La comparution du contrôle étatique à de nouvelles complications

Étant le résultat d'une procédure négociée et non imposée, le contrat de transaction, issue d'une médiation serait très souvent exécuté de bonne foi et volontairement par les parties intéressées⁶²⁶. On se limitera alors à la seule hypothèse d'exécution d'une sentence arbitrale dématérialisée, qui pose tant de problèmes. Ces derniers se rapportent essentiellement aux conditions traditionnellement requises pour obtenir l'exéquatur d'une sentence. Il s'agit de la formalité de l'original **(A)**, à laquelle s'ajoutent d'autres conditions d'ordre procédural **(B)**.

A- La formalité de l'original

La consultation des différentes dispositions régissant la matière montre une affinité notable quant aux conditions exigées pour l'obtention de l'exéquatur d'une sentence arbitrale. Si les conditions de fond ne poseraient guère de problèmes, ni de particularités propres au monde électronique, certaines difficultés relatives à la condition de forme exigée surgissent. En effet, la partie souhaitant obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale est tenue d'en rapporter l'original ou une copie authentique et

⁶²⁴ *Ibid., loc.cit*

⁶²⁵ *Ibid., loc.cit*

⁶²⁶ L'hypothèse de non-exécution du contrat de transaction est rare. Et s'il est le cas, elle commande son homologation par le juge étatique. Ce dernier serait confronté à des difficultés dont traitent O. CACHARD et T.SCHULTZ en avançant les solutions. Voir alors O. CACHARD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », article précité, p.25 et T.SCHULTZ, thèse précitée, p.416 et s.

l'original ou la copie authentique de la clause d'arbitrage⁶²⁷. Cette exigence, qui paraît en paradoxe avec la souplesse accordée par la majorité des législations quant à la validité formelle de la convention d'arbitrage⁶²⁸, constitue indéniablement un obstacle dans le cas d'un arbitrage en ligne caractérisé par l'absence de tout support écrit⁶²⁹ et dont l'issue est une sentence dématérialisée.

Si on se contente de l'observation de la réalité du monde électronique, il est admis que l'informatique ne distingue pas entre l'original et la copie⁶³⁰, Les textes étant reproductibles à l'infini par l'ordinateur qu'on ne peut pas les distinguer de ceux figurant dans la machine émettrice⁶³¹. La définition considérant l'original comme « *le document primitif par opposition aux reproductions* »⁶³² ne vaut plus ici⁶³³.

Afin de surmonter de tel obstacle à l'efficacité d'une sentence dématérialisée et à son exécution, plusieurs solutions ont été envisagées⁶³⁴. Ces dernières deviennent néanmoins obsolètes depuis la reconnaissance de l'original électronique par l'article 8 de la loi type de la CNUDCI⁶³⁵, suivant la théorie de l'équivalence fonctionnelle.

⁶²⁷ Voir l'art. 80 al 2 CAT ; l'art. IV de la C.N.Y; l'art. 1515 al 1^{er} du C.P.C. français, l'al.2 de l'art. 814 du C.P.C. libanais. C'est également le cas de l'art. 35 de la loi type CNUDCI d'avant 2006. Ce dernier a été modifié en 2006 pour assouplir les conditions de forme et prendre en compte la modification de l'article 7. Désormais, il n'exige pas l'original ou une copie de la convention d'arbitrage. Voir dans ce sens, loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements en 2006, p. 40.

⁶²⁸ N.GARRA, article précité, p.39.

⁶²⁹ F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 431.

⁶³⁰ M.H.M.SCHELLEKENS, « Les collèges d'arbitrage et le commerce électronique », article précité, p. 625.

⁶³¹ J. HUET et S.VALMACHINO, article précité, p. 113

⁶³² Dictionnaire lexique des termes juridiques, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001, p. 396

⁶³³ Pour reprendre les expressions d'E-A.CAPRIOLI, « *sauf à créer une nouvelle fiction juridique, la notion d'original dans son acception classique ne peut se concevoir dans un environnement électronique* ». E-ACAPRIOLI, Règlement des litiges international et droit applicable dans le commerce électronique, *op.cit.*, p.117.

⁶³⁴ Telles que la révision des textes fondamentaux de l'arbitrage international afin de permettre le développement de l'arbitrage en ligne et la nécessité d'une interprétation souple des termes de ces textes de manière à reconnaître l'original de l'électronique.

⁶³⁵ L'art. 8 de la loi CNUDCI sur le commerce électronique dispose que « *lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : a / s'il existe une garantie de fiabilité quant à l'intégrité de l'information à compter*

Plus tard, l'original électronique serait consacré par l'article 1325 al 5 du C.C.F introduit par l'ordonnance du 16 juin 2005 prise en application de l'article 26 de la LCEN⁶³⁶.

Pour qu'un message de données puisse être considéré comme original, il faut d'abord qu'il soit accessible pour chaque partie ou pour 'la personne à laquelle il doit être présentée. Il faut encore qu'il puisse assurer l'intégrité d'une manière efficace tout en permettant la capacité d'accéder à ces informations. Le critère déterminant de l'originalité en monde électronique est alors l'intégrité⁶³⁷ plus précisément l'existence d'une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information⁶³⁸.

Appliquons cette condition d'intégrité à propos de la convention d'arbitrage, celle-ci, une fois rédigée, ne doit être ni modifiée ni changée intentionnellement ou non, que ce soit par une partie ou par un tiers. D'ailleurs, dans une décision rendue par l'United States District of Northern District of Texas, le 15 avril 2009, le tribunal a considéré que la clause d'arbitrage prévue dans les « termes and conditions » stipulée par Blackbuster ne pourrait pas être appliquée dans la mesure où la société pouvait les modifier de façon unilatérale, y compris la clause de règlement des litiges⁶³⁹. Dans ce cas, l'invalidité de la convention d'arbitrage a résulté du caractère altérable des clauses contractuelles.

du moment où elle a été créée pour la première fois sous forme définitive en tant que message de données ou autre. b/ si lorsqu' 'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée »

⁶³⁶ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O.R.F n°143 du 22 juin 2004, p.11168.

⁶³⁷ A.ELLOUMI, Le formalisme électronique, thèse précitée, p.116. Le sens commun donné au terme « intégrité » est l'état d'une chose qui est demeurée intact. Cette situation qui devra régner au cours du « cycle vie » du document, écarte tous les hypothèses où l'information contenue dans un document transmis, copié ou conservé peut faire l'objet d'altérations.

⁶³⁸ D'ailleurs, elle est mise en exergue par l'art. 8 al 3 de la loi type CNUDCI sur le commerce électronique, par l'art. 9-5 de la convention des nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et l'article 6 de la loi du Québec n°161 du 21 juin 2001.

⁶³⁹ HARRIS v. BOCKBUSTER, Inc, 15 avril 2009, affaire citée par A.OUERFELLI, « l'arbitrage en ligne », RJL, mai 2011, p.12

S'agissant de la sentence arbitrale électronique, celle-ci, une fois conforme aux conditions prévues par la loi type CNUDCI, elle puisse servir de base d'une demande en exequatur devant les juridictions étatiques. En fait une sentence arbitrale électronique munie de la signature électronique des arbitres authentifiée par un tiers certificateur ou par le centre d'arbitrage en ligne lui-même devrait valoir original⁶⁴⁰. Par conséquent, exequaturer une sentence arbitrale « *n'a rien d'extravagant, dès lors que l'authenticité de la sentence ne fait pas de doute. Elle pourrait être transmise au juge de l'exequatur par téléchargement, à travers le serveur de sa juridiction, ce n'est pas encore pour demain, mais, l'on arrivera* »⁶⁴¹. Cela pourrait être assuré par la technique du dépôt électronique de la sentence aux greffes de juridictions étatiques. Or, les juridictions étatiques peuvent se montrer ouvertes à la tendance des nouvelles technologies et admettant par la suite que la sentence électronique satisfait aux conditions exigées, comme elles pourraient ne pas suivre cette voie. Dans l'attente de la réalisation d'une telle évolution dans les tribunaux étatiques, La meilleure solution serait de permettre à la partie demandant l'exécution de requérir de l'institution d'arbitrage qu'elle imprime la sentence, la signe et que ce « *nouvel original* » soit authentifié par l'autorité compétente. Il est en conséquence souhaitable que les règlements d'arbitrage en ligne prévoient une disposition obligeant l'institution à faire établir une version papier de la sentence, sur requête de la partie la plus diligente⁶⁴².

Si la condition de produire l'original de la convention d'arbitrage et celui de la sentence a pu recevoir des solutions, qu'en est-il des conditions d'ordre procédural ?

⁶⁴⁰ P-Y.GAUTIER, « Arbitrage et internet », Droit et patrimoine, n°105, juin 2002, p. 91.

⁶⁴¹ *Ibid. loc.cit.*

⁶⁴² T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 423.

B- Les conditions d'ordre procédural

Ces conditions se rapportent essentiellement à la condition de réciprocité qui commande la détermination du lieu de l'arbitrage (1) et à celle relative au respect des principes fondamentaux lors de la procédure arbitrale (2).

1- La condition de réciprocité et lieu de l'arbitrage

Contrairement au raisonnement suivi par TH.CLAY portant sur l'inutilité de la détermination du lieu de l'arbitrage⁶⁴³, celle-ci est fortement requise à travers les différentes phases de l'arbitrage⁶⁴⁴. L'exéquatur en particulier requiert la détermination du lieu de l'arbitrage. L'application de la condition de réciprocité, exigée par le droit tunisien⁶⁴⁵ et par la majorité du droit comparé pour l'octroi de l'exéquatur, nécessite la détermination du pays d'origine de la sentence⁶⁴⁶. Or la sentence rendue en ligne est par définition non localisée⁶⁴⁷, notamment au cas où l'arbitrage est assuré par un collège de trois arbitres n'ayant pas tenu de réunions physiques et n'ayant pas signé la sentence au même endroit. La sentence est dite "flottante" et l'arbitrage est décrit comme "nomade"⁶⁴⁸. Le principe de territorialité tel qu'imposé par l'article I de la CNY de 1958 et admis plus

⁶⁴³ TH.CLAY, « Le siège de l'arbitrage international entre 'ordem' et progresso », cahiers de l'arbitrage, volume V, 2010, pp. 21-35.

⁶⁴⁴ C'est la loi du siège de l'arbitrage qui s'applique à la procédure en cas d'absence de choix par les parties. De même, la détermination du lieu de l'arbitrage sert comme critère déterminant du juge d'appui dans l'hypothèse de problèmes sur la constitution du tribunal arbitral ; voir dans ce sens les art. 47§2 et 56 §3 du CAT et les art. 1452, 1505 et 1506 du C.P.C français. En outre, certaines législations, comme c'est le cas du C.C.P français, traitent différemment de la question des voies du recours en matière d'arbitrage selon que la sentence est rendue ou non sur le territoire national. Voir, L.CHEDELY, « Incidence du siège sur le contentieux post-arbitral : l'incohérence du code tunisien », RJL, avril 2002, pp-71-98.

⁶⁴⁵ L'art. 79 du CAT ; la loi du 10avril 1967 portant ratification de la convention de New York du 10 juin 1958.

⁶⁴⁶ La condition signifie que l'Etat s'engage à donner l'exéquatur aux sentences arbitrales rendues sur le territoire des Etats qui prennent un engagement similaire en vers les sentences rendues sur son territoire.

⁶⁴⁷ J-F. POUDRET et S.BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002, p.101.

⁶⁴⁸ A.OUERFELLI, « L'arbitrage en ligne », article précité, p.18

tard une grande majorité de législations⁶⁴⁹, perd son utilité en arbitrage en ligne. Il n'y a plus de lieu au sens géographique du terme, pas d'un lien matériel nécessaire avec le territoire sur lequel les opérations arbitrales se déroulent⁶⁵⁰. Où déroule alors l'arbitrage en ligne ?

En cas d'arbitrage institutionnel, ce qui est le cas de la majorité des arbitrages totalement en ligne, l'on peut réputer que la sentence est rendue au siège de l'institution de l'arbitrage. En cas d'arbitrage ad hoc⁶⁵¹, les solutions proposées par la doctrine sont variables. Après avoir opté pour des solutions traditionnelles⁶⁵² qui faisaient toutes preuves d'insuffisance et d'artificialité, on arrive à une solution qui manifeste une adaptation nette avec les caractéristiques d'un arbitrage mené en ligne. C'est la théorie du siège fictif qui consiste à laisser une totale liberté aux parties pour déterminer un lieu fictif. Le rattachement de l'arbitrage à un lieu physique n'est plus déterminant. Le siège de l'arbitrage tend à devenir de plus en plus une fiction sans lien matériel nécessaire avec le territoire où s'accomplissent les opérations arbitrales⁶⁵³. C'est pourquoi, on confère à l'arbitrage en ligne un caractère « flottant »⁶⁵⁴. D'ailleurs, le règlement du cybertribunal du 16 février 2004 dispose dans son article 13 que « *l/le siège du tribunal, dans le cadre du présent règlement, s'entend*

⁶⁴⁹ F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 436.

⁶⁵⁰ G.KAUFMANN-KOHLER, «Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », Rev. Arb., 1998, n°3, p. 517.

⁶⁵¹ Voir sur l'arbitrage ad hoc : P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc) » disponible en ligne sur : www.lalive.ch/files/pla_Avantages-inconvenients_1991.pdf

⁶⁵² L'une des solutions traditionnelles pour résoudre le problème de la détermination du lieu de l'arbitrage en ligne consiste dans la référence au lieu où se trouve l'arbitre : la théorie de la *lex loci arbitri*. Une autre solution se ramène à la prise en compte du lieu du serveur par lequel se déroule l'arbitrage : théorie de *lex loci serveur*. Il a fait recours à la théorie de la délocalisation qui permet de détacher l'arbitrage virtuel de tout contrôle imposé par la *lex fori*, de toute emprise étatique. Voir pour plus de détails : J. HUET et S.VALMACHINO, article précité, p.108 ; F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 437 ; G.KAUFMANN-KOHLER, «Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », article précité, p 535.

⁶⁵³ *Ibid.*, loc.cit.

⁶⁵⁴ A.MONCAYO VON HASE, « Litiges relatifs au commerce électroniques et à l'arbitrage, obstacles juridiques et enjeux », dans Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, Georges CHANTILLON, s.dir., l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 608.

exclusivement comme le siège de l'arbitrage au sens juridique. Il n'exige la présence de l'arbitre à un endroit donné pour aucune des étapes de la procédure ». La notion de siège de l'arbitrage tend alors à devenir « *une notion juridique, un lien entre une instance arbitrale et un droit national, y compris les règles de compétences des juridictions d'appui et de recours* »⁶⁵⁵. Cette théorie semble être la moins artificielle⁶⁵⁶. D'une part, elle va dans le même aligné de l'évolution des législations nationales ainsi de la plupart des règlements d'arbitrage et conventions internationales qui optent pour une dissociation entre la loi de la procédure et le siège de l'arbitrage⁶⁵⁷. De même, elle serait conforme au choix de la grande majorité des législations qui accordent une grande liberté aux parties pour choisir d'elles même le siège de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage, sinon cette liberté dévolue au tribunal arbitral. D'autre part, elle fait écho aux caractéristiques du cyberspace où tout ce qui se passe se produit « *partout sinon nulle part et donc en aucun lieu en particulier* »⁶⁵⁸.

Etant donné que la dissociation entre le lieu d'arbitrage tel que choisi par les parties et celui où les auditions, les délibérations et la signature de la sentence ont effectivement eu lieu, est pratiquement affirmée dans un arbitrage traditionnel, les tribunaux devraient l'accepter à propos de l'arbitrage en ligne. « *Le lieu de l'arbitrage doit simplement être indiqué dans la sentence, de la même façon qu'il l'est dans l'arbitrage traditionnel. Il n'y a aucune raison que la sentence soit considérée comme plus*

⁶⁵⁵ G.KAUFMANN-KOHLER, «Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », article précité, p. 608 ; voir également : Cass., 28 octobre 1997, Rev. Arb., 1998, n° 2, pp. 399-407, note B.LEURENT ; L'art. 3 de l'UK Arbitration Act de 1996. Dans le même sens, la jurisprudence anglaise a relevé : “ the distinction between the legal localisation of an arbitration on the one hand and the appropriate or convenient locality of hearings of arbitration on the other hand” : Naviera Amazonica Peruana SAC/Compania International de Seguros de l Per, cour d'appel, 10 novembre 1987, yeabook, note 6, XIII (1998), p.157 cité par G.KAUFMANN-KOHLER, « le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », article précité, p.522-523.

⁶⁵⁶ J. HUET et S.VALMACHINO, article précité, p.109.

⁶⁵⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *op.cit.*, p.652

⁶⁵⁸ « *Everywhere if anywhere and hence no place in particular* »: L.LESSING, «The zones of cyberspace», in Stan. L. Rev., 1996, vol. 48, p. 1403.

« flottante » que n'importe quelle sentence rendue dans une procédure classique »⁶⁵⁹.

Le respect des principes fondamentaux lors d'une procédure en ligne constitue également une contrainte pour le juge d'exequatur.

2- Le respect des principes fondamentaux et la procédure en ligne

Pour pouvoir recevoir exécution, la décision arbitrale doit respecter les principes fondamentaux en matière procédurale, ainsi que le respect de l'ordre public de l'Etat dans lequel l'exequatur est requis. Le non respect des principes fondamentaux de procédure constitue en soi un motif de refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence arbitrale⁶⁶⁰. La question essentielle qui se pose à l'égard de l'arbitrage en ligne est de savoir dans quelle mesure une procédure accélérée et simplifiée assure-elle le respect des principes fondamentaux. Trois droits fondamentaux des parties sont concernés : le droit à des débats oraux, le principe de la contradiction et le principe d'égalité.

En ce qui concerne les débats oraux, qu'une institution d'arbitrage en ligne peut vouloir ne pas permettre afin d'accélérer la procédure, la difficulté est en réalité mineure. Il suffit de prévoir dans le règlement d'arbitrage que les parties renoncent à toute phase orale pour la production de preuves ou pour l'exposé des arguments. De même, la plupart des ordres juridiques, à l'exception des Pays-Bas⁶⁶¹ et de l'Italie⁶⁶², prévoient les débats oraux de manière non impérative – les parties peuvent y renoncer⁶⁶³. D'autres droits ne prévoient même pas de procédure orale en arbitrage ; il

⁶⁵⁹ M. PHILIPPE, « Où en est la résolution de litiges en ligne », R.D.A.I, n°2, 2002, p.172-173

⁶⁶⁰ Voir par exemple de l'art. 81. I. b du CAT.

⁶⁶¹ Voir art.1039 al. 2 WBR et J.-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, *op.cit.*, n.1095, p. 500.

⁶⁶² P. BERNARDINI, Rapport national pour l'Italie, in International Handbook on Commercial Arbitration, s. dir. J. Paulsson, suppl. du 31 septembre 2000, La Haye, Kluwer, ICCA Series, p. 23.

⁶⁶³ Tels que par exemple le cas de l'art. 24 al.1 de la loi modèle CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, des droits allemand (art. 1057 ZPO), belge (art. 1694 Cj).et suédois (art. 24 al. 1 SU).

en va par exemple ainsi du droit tunisien⁶⁶⁴, anglais⁶⁶⁵, suisse⁶⁶⁶ et droit Finlande⁶⁶⁷.

Quant au principe de la contradiction⁶⁶⁸, principe directeur du procès⁶⁶⁹, qui implique que chacune des parties puisse examiner et se déterminer sur les moyens et preuves de son adversaire⁶⁷⁰, il subit des répercussions de la dématérialisation de l'environnement électronique. Car le fait pour une partie de ne pas pouvoir se trouver, physiquement, en présence de l'autre, risque de la priver d'une certaine vision du litige et de la faculté d'apprécier la pertinence des arguments de l'adversaire⁶⁷¹. On peut à cet égard, relever deux problématiques. Premièrement, lors des vidéoconférences, il est essentiel de garantir l'absence de défaillances techniques, telle que la déconnexion involontaire de l'une des parties, qui conduirait son adversaire à soumettre ses moyens ou ses preuves au tribunal arbitral sans que la partie déconnectée puisse avoir accès à cette communication. Deuxièmement, on peut se demander si l'échange de mémoires peut se limiter, afin de simplifier la procédure, à une requête d'arbitrage du demandeur et une réponse du défendeur. Le problème est dans ce cas que le demandeur ne peut pas se prononcer sur les moyens et

⁶⁶⁴ L'art. 64 du CAT donne une liberté de choix aux parties si non au tribunal arbitral quant à la procédure à suivre.

⁶⁶⁵ Sect. 34 al. 2, lit. h Arb. Act.

⁶⁶⁶ ATF 117 II 346 (*U. c. Époux G.*), in Bull. ASA, 1991, vol. 9, p. 415 et s. Voir aussi J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, n.1095, pp. 500,780-781 et J.-F. POUDRET, « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international » in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 607 et s.

⁶⁶⁷ G. MÖLLER, Rapport national pour la Finlande, in *International Handbook on Commercial Arbitration*, s. dir. J. Paulsson, suppl. d'octobre 1995, La Haye, Kluwer, ICCA Series, p. 13.

⁶⁶⁸ Il est à signaler si que l'art. 1510 du C.p.c français relatif à l'arbitrage international est explicite quant à l'exigence de tel principe, les articles 13 et 64 du CAT semblent le faire indirectement à travers d'autres principes généraux. Voir sur le principe de contradictoire : S.GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », *Rev. Arb.*, 1997, issue 2, pp.185-198, p. 185-186.

⁶⁶⁹ G.CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux -mêmes (fragments d'un état de question), in *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, LITEC, 1991, p.83 ; C.KESSEDIJAN, « Principes de la contradiction et arbitrage », *Rev. Arb.*, 1995, n°3, pp 381-426

⁶⁷⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op.cit.*, n.1095, § 1638 et J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op.cit.*, n°1095, p. 780 et s.

⁶⁷¹ J. HUET et S.VALMACHINO, article précité, p.112

preuves du défendeur⁶⁷². La validité d'une renonciation anticipée au principe de la contradiction est douteuse⁶⁷³. Il semble en conséquence préférable soit d'organiser une brève audience en ligne (par vidéoconférence ou une autre technologie de messagerie instantanée ou synchrone, telles que les espaces de conférences virtuelles appelées « chat room » ou la téléconférence après l'échange des écrits, soit de permettre au moins deux échanges de mémoires.

Finalement, un problème peut se poser à l'égard du principe de l'égalité des parties⁶⁷⁴, plus généralement des droits de la défense. La plateforme de communication peut requérir l'utilisation d'une technologie spécifique que les deux parties peuvent maîtriser de manières très inégales ou que son acquisition par l'une des parties peut occasionner pour elle des coûts exorbitants⁶⁷⁵. Dès lors, Le non respect de ce principe (principe de l'égalité) serait très couramment invoqué afin d'exclure l'exécution de la décision virtuelle. Dans ce cas, la partie qui refuse l'exequatur peut mettre en avant le fait qu'elle est moins experte dans le maniement des instruments technologiques que l'autre partie, et que le résultat de cet handicap fut son incapacité à se défendre de manière efficace, créant de la sorte une forme d'inégalité virtuelle⁶⁷⁶. Il est important de noter, ici, que si la partie qui refuse l'exécution de la décision en ligne avait consenti au

⁶⁷² Voir D. GIRSBERGER et D. SCHRAMM, « Cyber Arbitration und prozessuale Fairness » in *Geschäftsplattform Internet IV. Open Source – Multimedia – Online Arbitration*, s. dir. R.H. Weber, M. Berger et R. auf der Maur, Zurich, etc., Schulthess, 2003, p. 189 et s., spéc.198.

⁶⁷³ G. KAUFMANN-KOHLER et Th. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice*, *op. cit.*, n.936, p. 204 et seq., D. GIRSBERGER et D. SCHRAMM, « Cyber-Arbitration » in *EBOR*, 2002, vol. 3, p. 605 et s., spéc. pp. 613–614 et s.; SCHIAVETTA, « The Relationship Between e-ADR and Article 6 of the European Convention of Human Rights pursuant to the Case Law of the European Court of Human Rights » in *JILT*, 2004, no 1, elj-warwick.ac.uk/jilt/04-1/schiavetta.html.

⁶⁷⁴ Voir l'art. 63 du CAT.

⁶⁷⁵ Voir sur ceci J. HÖRNLE, « Online Dispute Resolution », in *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, s. dir. J. Tackaberry et A. Marriott, 4ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 779 et s., n.1178, §§ 11/59 et 11/74–11/77 ; O. CACHARD, « Electronic Arbitration », article précité, p.36.

⁶⁷⁶ G.LASPRAGOTA, *Virtual arbitration law and alternative dispute resolution Meet in cyberspace*, 19J.Legal Studies Education 1.7, 2001, disponible sur le site www.seattleu.edu/asbe/igbi/, cité par F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p.443.

départ et de manière explicite à l'utilisation de ces nouvelles technologies pour régler son litige, elle ne pourra, dans ce cas, que très difficilement convaincre le juge de l'exequatur du non-respect des droits de la défense⁶⁷⁷. Ce genre de comportements pourrait être considéré comme des manœuvres dilatoires et vexatoires⁶⁷⁸. Il est à cet égard préférable de se cantonner à des logiciels et des matériels informatiques largement diffusés et connus, même s'ils sont peut-être moins performants.

⁶⁷⁷ M.S.A. WAHAB, « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », article précité, p.52

⁶⁷⁸ F.HORCHENI et R.BEN KHALIFA, article précité, p. 444.

Conclusion de la deuxième partie

Les principaux enseignements que l'on peut tirer de cette deuxième partie se résument en un constat que les litiges générés par un contrat électronique international perturbent dans une certaine mesure les méthodes traditionnellement suivies dans le règlement des différends internationaux. Cette mutation prend plusieurs aspects. Elle s'est traduite d'abord par l'apparition d'un nouvel acteur particulier qui pourrait bien acquérir, à ce propos, un rôle d'une importance largement insoupçonnée. Il s'agit des institutions de résolution en ligne des litiges qui concrétisent une justice administrée fondée sur l'exploitation de la technologie. Celle-ci intervient tout au long de la procédure⁶⁷⁹, de l'accomplissement d'un formulaire électronique avec lequel se déclenche la procédure, à la tenue des audiences virtuelles grâce aux nouveaux moyens de communication. D'ailleurs, pionnier de la résolution des litiges en ligne, Ethan KATSH s'efforce de défendre une approche anthropomorphique de la technologie, l'élevant au rang de quatrième protagoniste (« *fourth party* » – outre les deux parties au litige et le tiers qui résout le différend) des procédures de règlement des différends en ligne⁶⁸⁰.

L'avènement de la contrainte électronique, prenant la forme de mesures d'auto-exécution dont dispose l'institution d'ODR, constitue un autre aspect de l'intégration de la technologie entant qu'un nouvel protagoniste dans la résolution des litiges.

⁶⁷⁹ Voir *supra* les expériences de cyberjustice, pp.94-100.

⁶⁸⁰ Voir par exemple : E. KATSH et J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution. Resolving Disputes in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, n°764, p. 93 et s., E. KATSH et D. CHOI (éd.), *Online Dispute Resolution (ODR) : Technology as the "Fourth Party"*, Genève et Amherst, Mass., Publ. des Nations Unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, E. KATSH, « Online Dispute Resolution : The Next Phase » in *Lex electronica*, 2002, vol. 7, www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsh.htm, § 16 et s.; E. KATSH « Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes Through Code » in *New York Law School Law Review.*, 2004, vol. 49, p.271 et s.

Au-delà d'une simple présentation de cette nouvelle forme de justice -cyberjustice – on a cherché à déterminer comment elle prétend à devenir la forme appropriée pour résoudre les litiges cybernétiques. Deux facteurs contribuent associement mais contradictoirement afin de parvenir au tel objectif. Opter pour les MERL, dont la souplesse et la flexibilité sont leurs principales caractéristiques, constitue le premier aspect de cette recherche. Or les ODR semblent devoir inévitablement se processualiser au fur et à mesure de l'accroissement de leur utilisation⁶⁸¹, afin de créer la confiance des colitigants eu égard cette forme de justice « *inconnue* ».

On a vu également que la cyberjustice, loin d'écarter la méthode judiciaire de règlement des différends, dévoile au contraire le nécessaire recours à cette dernière et ce bien à plus qu'un égard. D'une part, étant donné qu'il représente la seule véritable occasion où seraient appliquées les règles impératives protectrices des consommateurs, le recours à la justice étatique demeure l'efficace garantie pour assurer une telle protection pour un cyberconsommateur, sous réserve de quelques adaptations. Ces dernières qui sont de nature à rétablir l'efficacité des tribunaux étatiques face aux nouvelles caractéristiques des litiges cybernétiques, pourraient correspondre à faire intégrer la technologie à travers la procédure judiciaire. Une telle possibilité est envisagée mais elle est d'une pratique limitée. Accorder une faveur aux mesures conservatoires et provisoires par le juge des référés pourrait aussi trancher efficacement avec la lenteur des procédures judiciaires sur le fond. De même, l'introduction des actions de groupe en faveur des consommateurs constitue également une solution à l'inefficacité de la justice étatique devant les petits litiges de cyberconsommation. D'autre part, l'intervention du juge étatique s'avère indispensable pour garantir l'efficacité de la décision virtuelle, la contrainte

⁶⁸¹ T.SCHULTZ, thèse précitée, p. 250.

électronique ne substitue guère la contrainte étatique. Cette dernière serait nécessairement confrontée à de nouvelles complications inhérentes à l'électronique et qui se rapportent aux conditions traditionnellement requises pour obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale.

Conclusion générale

Au terme de cette étude consacrée à la recherche du juge approprié pour trancher les litiges générés par les contrats électroniques internationaux, on constate que ces derniers ne sont pas sans perturber le système classique de résolution des différends. En effet, si le contrat électronique n'est pas original par son objet, l'espace ou la technique dans ou par laquelle il est conclu ou exécuté, l'emprunte une certaine spécificité. L'internaute réticent à l'internationalité se verra parfois involontairement partie à un contrat international, les acteurs du cyberspace étant souvent difficiles à localiser, aussi bien matériellement que juridiquement. Ces contrats internationaux produiront inévitablement des litiges singuliers (de faible enjeu économique) dont la résolution nécessite un traitement distinctif. Le juge appelé à la résolution de tels différends doit faire preuve d'une prévisibilité accrue, d'un particularisme propice, et d'une efficacité accentuée.

En termes de prévisibilité, ce juge serait de préférence, celui choisi par les parties et non déterminé objectivement par des critères prévus pour le monde analogue et donc inapproprié aux litiges cybernétiques. Le principe de la liberté contractuelle devrait alors régner pour dévier tout problème de localisation que pourrait impliquer une détermination objective du juge compétent. Il serait dès lors indispensable de donner plus d'efficacité aux clauses de juridictions stipulées dans un contrat électronique.

Le concept de particularisme correspond à l'idée du développement d'un système de résolution propre à ces litiges cybernétiques. Le caractère réaliste de cette idée est soutenu par l'importance croissante attribuée, de manière générale dans nos sociétés, à la spécialisation des compétences dans un domaine spécifique, en l'occurrence celui du commerce électronique. L'accent, dans la sélection d'un système réputé adéquat de règlement des différends, est largement placé sur la compétence technique

du tiers appelé à résoudre le litige, dans ce domaine assez sophistiqué. Ce système propre n'est que les ODR. Plus qu'un argument militent pour cette affirmation. D'une part, sous la plume énergique d'un des premiers auteurs ayant étudié le phénomène ODR, on peut lire que « *la plupart des résidents de cyberia préféreraient être soumis au jugement de leur propre communauté virtuelle plutôt qu'aux lois d'un lieu physique très éloigné de leur lieu de résidence* »⁶⁸². D'autre part, les tribunaux, déjà souvent décriés pour être inadaptés au commerce international en général, le sont encore moins pour le commerce électronique. De même, si les méthodes extrajudiciaires traditionnelles de règlement des différends peuvent être plus adaptées, elles se heurtent toujours au conflit de la territorialité des lieux de résolution des litiges et de la quasi-aterritorialité des activités véhiculées par les réseaux. Un mécanisme de règlement des différends structurellement adapté au commerce électronique doit alors « faire défi de toute géographie », il doit être ubiquitaire. Or l'ubiquité est une propriété qui n'est donnée que si l'accès au système est dématérialisé. La dématérialisation de l'accès n'est rendue possible que par la communication électronique. Et la communication électronique est précisément l'un des éléments définitoires des ODR. L'efficacité juridictionnelle des ODR, ce qui détermine leur fiabilité est ainsi fondamentalement assurée par leur aterritorialité qui permet de garder les coûts impliqués suffisamment bas pour qu'ils restent saisissables en cas de litiges transnationaux de moyenne ou faible valeur.

En termes d'efficacité, l'institution appropriée pour résoudre un litige généré par un contrat électronique devrait garantir un règlement rapide des litiges et faire preuve de confiance. Les modes classiques de résolution des litiges, qu'il s'agisse des tribunaux ou des procédures hors ligne d'arbitrage

⁶⁸² E.C. LIDE, « ADR and Cyberspace : The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation » in Ohio St. J. on Disp. Res., 1996, vol. 12, p. 193 et s., spéc. p. 218 (trad. par l'auteur).

ou de médiation, ne sont en règle générale pas prévus pour connaître de litiges à grande portée géographique et à faible enjeu économique. Ces mécanismes sont trop chers, trop lents, parfois trop complexes et en conséquence trop peu accessibles. Cette difficulté d'accès à la justice constitue un obstacle à la confiance dans le commerce électronique, freine son développement et ralentit l'économie mondiale. Les nouvelles technologies de l'information permettent de simplifier, d'accélérer et de baisser les coûts de la résolution des litiges, rendant ainsi la justice plus accessible. Néanmoins, puisque les procédures sont conduites par voie électronique, il se peut toutefois que des coûts supplémentaires apparaissent. Liés à la technologie, ils devront obligatoirement être gardés aussi bas que possible. De même, il est indispensable de placer ces mécanismes au sein d'une certaine architecture de confiance, les entourer d'autres outils indispensables à la reconstruction d'un monde prévisible.

Bibliographie

❖ **Ouvrages généraux :**

- **ANCEL (B) et LEQUETTE (Y)**, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, DALLOZ, 2001, 3^{ème} édition.
- **BATIFOLL (H)**, Traité élémentaire de DIP, Paris, LGDJ, 1995.
- **BAUDOIN (J-L)**, Les obligations, Yvon Blais, Cowansville, 1993, 4^{ème} éd.
- **BERNARD (A)**, Droit international privé, Economica, 4^{ème} édition, 2006.
- **CARBONNIER (J)**,
 - ✓ Droit civil - t. 4: Les obligations, Paris, Thémis, PUF, 1982.
 - ✓ Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur, chap. IV vers le degré de zéro du droit : de minimis, Paris, LGDJ, 10^e éditions, 2001.
- **COIPEL-CORDONNIER (N)**, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, Paris, L.G.D.J., 1999, pp.431
- **EISEMANN (M)**, La clause d'arbitrage pathologique, études MINOTI
- **GAUDEMET-TALLON (H)**, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris, Dalloz, 1965.
- **HACHEM (M-E)**, Leçons de DIP, livre II : les conflits de lois (droit applicable à une relation transfrontière), C.P.U, Tunis, 1997.
- **HAENEL (H) et ARTHUIS (J)**, Justice sinistrée, démocratie en danger, Economica, 1991.
- **MAYER (P) et HEUZE (V)**, Droit international privé, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2004.
- **MAYRAND (A)**, Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, 3^{ème} éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.
- **MEZAGHANI (A)**, Commentaires du code de droit international privé, Tunis, CPU, 1999.
- **PERROT (R)**, Droit judiciaire privé, les cours de droit, 1981.
- **REY-DEBOVE (J) et al.**, Le Nouveau Petit Robert, Nouvelle édition remaniée et amplifiée, Paris, 1993.

- **ROLAND (H) et BOYER (L)**, Adages du droit français, LITEC, 3^{ème} édition, 1999.

❖ **Ouvrages spéciaux**

- **BAPTISTE (M-J)**, Créer et exploiter un commerce électronique, LITEC, Paris, 1998.

- **BEVAN (A)**, Alternative Dispute Resolution, Londres, Sweet & Maxwell», 1992.

- **BIEGEL (S)**, Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace, Cambridge, MIT Press, 2001.

- **BOCHURBURG (L)**, Internet et commerce électronique, DELMAS, 2^{ème} édition.

- **BOURGOIGNIE (Th)**, Éléments pour une théorie du droit de la consommation, Bruxelles, Story-scientia, 1988

- **BRESSE (P)**, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Paris, Vuibert, 2000.

- **CACHARD (O)**, La régulation internationale du marché électronique, Paris, LGDJ, 2002.

- **CAPRIOLI (É-A)**,

✓ Les incertitudes du droit, Montréal, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.

✓ Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Paris, LITEC, 2002.

- **CHASSIGNEUX (C)**, Vie privée et commerce électronique, Montréal, Thémis, 2004.

- **CHEVALIER (J-M), EKELAND (I), FRISON-ROCHE (M.-A) et KALIKA (M)**, Internet et nos fondamentaux, Paris, PUF, 2000.

- **DARETTE (U)**, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- **DE LAMBERTERIE (I)**, Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve, « Preuve, conservation et archivage », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990.
- **FÉRAL-SCHUHL(Ch.)**, Cyberdroit, 3ème éd., Paris, Dalloz/Dunod, 2002.
- **FONTAINE (M)**, La preuve, « La preuve des actes juridiques et des techniques nouvelles », Louvain, Colloque UCL, 1987
- **FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E), et GOLDMAN (B)**, Traité de l'arbitrage commercial international, LITEC Paris, 1996.
- **FOUCHARD (Ph)**, L'arbitrage commercial international, Paris, Dalloz, 1965, pp.611
- **FUENTES-CAMACHO (T) et al.**, Les dimensions internationales du cyberspace, Paris : Economica, 2000.
- **GAUTRAIS (V)**,
 - ✓ L'encadrement juridique du contrat électronique international, Université de Montréal, Bruxelles, 2^{ème} édition, Bruylant, 2002.
 - ✓ Droit du commerce électronique, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », Montréal, éd. Thémis, 2002, p.11.
 - ✓ Neutralité technologique, réaction et interprétation des lois face, aux changements technologiques, éditions Thémis, 2012, disponible sur <http://droitdu.net/ouvrage/2013/06/vincent-gautrais-neutralite-technologique>
- **GHAZOUANI (C)**, Le contrat de commerce électronique international, Tunis, Laatraches Editions, 2011.
- **GREWLICH (K.W)**, Governance in 'Cyberspace', Access and Public Interest in Global Communications, La Haye, Kluwer, 1999.
- **GUILLAUME-HOFNUNG (M)**, La médiation, Paris, PUF, 1995.

- **KATSH (E) et RIFKIN (J)**, Online Dispute Resolution Resolving Disputes in Cyberspace, San Francisco, Jossey-Bass, 2001
- **KATSH (E). et CHOI (D)**, Online Dispute Resolution (ODR) : Technology as the “Fourth Party”, Genève et Amherst, Mass., Publ. des Nations Unies et de l’Université de Massachusetts, 2003.
- **KAUFMANN-KOHLER (G) et. SCHULTZ (Th)**, Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice, La Haye, Kluwer, 2004.
- **LE TOURNEAU (Ph)**,
 - ✓ Théorie et pratique des contrats informatiques, Paris, Dalloz, 2000.
 - ✓ Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2002, 2^{ème} éd.
- **LESSIG (L)**, Code and Other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999.
- **LUCAS (A)**, Le droit de l’informatique, Paris, Presses universitaire de France, 1987.
- **MAS (F)**, Les clauses des contrats du commerce électronique, Bibliothèque de droit privé, Tome 437, LGDJ, 2005
- **MASTRONARDI (Th.F)**, Mediation als Weg, Kunst und Technik der Vermittlung, Ittigen, Signifix, 2000.
- **POUDRET (J.-F) et BESSON (S)**, Droit comparé de l’arbitrage international, Bruxelles, Bruylant / Paris, LGDJ / Zurich, Schulthess, 2002.
- **STRENLIGHT (J.R)**, Panacea or Corporate Tool? Debunking the supreme Court’s Preference for Binding Arbitration, 74 Wash.U.L.Q.,637,647-38, 1996.
- **THIEFFRY (P)**, Commerce électronique, Droit international et européen, Paris, LITEC, 2002.
- **TRUDEL (P), LEFEBVRE (G) et PARISIEN (S)**, La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec, Québec, Publications du Québec, 1993.
- **VERBIEST (Th) et WÉRY (É)**, Le droit de l’internet et de la société de l’information. Droits européen, belge et français, Bruxelles, Larcier, 2001.

- **VERBIEST (Th.)**, La protection juridique du cyberconsommateur, Litec, 2002.
- **VIVANT (M) et al.**, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet, Paris.
- **VIVANT (M)**, Les contrats de commerce électronique, Paris, Litec, 1999, pp.196.
- **WESTMEIER (T)**, How can arbitration clauses help avoid class damages, Multimedia AND Web Strategist, august 1997, Lexis.

❖ Thèses et mémoires

- **ASSOKO (H-M)**, La régulation des réseaux numériques par le contrat, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit privé, Université de Toulouse I-Sciences sociales, 2006, disponible en ligne : publications.univ-tlse1.fr/684/1/ThHMAssoko.pdf
- **BLAISE (C)**, Le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), mémoire de D.E.A de droit des obligations civiles et commerciales, Faculté de droit, Université de Paris Des cartes, 1996-1997.
- **BOURDEAU (N)**, La formation du contrat du commerce électronique, mémoire de D.E.A, Université des Sciences sociales-Toulouse III, 1998-1999.
- **CAÏDI (S)**, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Faculté de droit, Université de Montréal, 2002.
- **CHAKTHOURA (É)**, Le droit international privé à l'épreuve du commerce électronique, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit, université du Québec à Montréal, 2011.
- **ELLEUCH (S)**, Le règlement des litiges de commerce international par l'arbitrage électronique, mémoire pour l'obtention du mastère de recherche en Droit privé, faculté de droit de Sfax, 2011-2012.
- **ELLOUMI (A)**,

- ✓ La protection du consommateur dans le commerce électronique, mémoire pour l'obtention du DEA en droit des affaires, faculté de droit de Sfax, 2002.
- ✓ Le formalisme électronique, thèse de doctorat en droit, faculté de droit de Sfax, 2010.
- **ETIENNE (V)**, Le développement de la signature électronique, mémoire de mastère de recherche en droit des affaires, Université de Paris, 2010-2011, disponible en ligne sur : www.cngtc.fr/pdf/telechargement/doc_1_27.pdf.
- **FROMENT (C)**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, mémoire de D.E.S.S de droit de multimédia et de l'informatique, Université de droit, de l'économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon-Assas, disponible en ligne : <http://www.infotheque.info/ressorces/878.html>.
- **GUILLEMARD (S)**, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse de doctorat présentée en cotutelle à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval Québec pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC et Université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), 2003.
- **KONÉ (M-A)**, La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois, mémoire en vue de l'obtention de grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, 2007.
- **MEHDAOUI (K)**, La formation du contrat électronique international: le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2010.
- **MOKANOV (I)**, La teneur du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature, mémoire en vue de l'obtention du grade LL.M, faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002.
- **NAIMI CHARBONNIER (M)**, La formation et l'exécution du contrat électronique, thèse sous la direction du professeur Jérôme Huet, Paris II, octobre 2003.

- **NDOUBAYO (D)**, La class action, mémoire pour l'obtention du master en droit, faculté de droit - sciences économiques et gestion, Université de NANCY II, disponible en ligne sur <http://www.memoireonline.com/08/11/4678/La-quotclass-actionquot.html>

- **SCHULTZ (T)**, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, cahiers du centre de recherche Informatique et droit, BRUYLANT, Bruxelles, 2005.

❖ Articles

- **FOUCHER (PH)**, « L'action de groupe : vers une consécration? Premier volet (parties I et II) », INC document étude juridique, INC Hebdo N° 1348, 20-26 juin 2005, publié sur le site : www.incpro.conso.net;

- **A. MURRAY (W) et PINDER (G)**, Document de travail : Modèle de fournisseur de services de dépôt électronique copyright 2003, Lex Electronica, <http://www.lex-electronica.org>

- **ABERNETHY (S)**, « Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems » in Online Dispute Resolution (ODR) : Technology as the "Fourth Party", Amherst, Mass., Publ. des Nations unies et de l'Université de Massachusetts, 2003, p. 70 et s.

- **ANCEL (P)**, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Pascal Ancel et Marie-Claire River, s.dir, Paris, éd. Economica, 2001, pp.7-21.

- **ANTOINE (M), ELOY (M) et BRAKELAND (J-F)**, « Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents sur ordinateur », (1989) Cahiers du C.R.I.D., Namur.

- **ASFAR CAZENAVE (C)**, « Le nouveau droit de l'arbitrage français, (à propos du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011) », RDAI, n°5, 2011, pp.577-595

- **AYEWOUADAN (A)**, « La médiation en ligne », J.C.P.G, n°19, 10.05.2006, pp. 945-949

- **BARBRY (É)**, «Le droit du commerce électronique: de la protection à la confiance» (1998) 2 Revue de Droit de l'Informatique et des télécoms, p. 14 et s.
- **BEN AHMED (N)**, « Le juge et la preuve électronique », <http://www.avocat-benahmed.com/SupportDeCours/Le-juge-et-la-preuve-electronique.pdf>.
- **BENCHENEB (A)**, « Commerce électronique et règlement des litiges contractuels », J.C.P, n°4, 2002, pp.33-42.
- **BENYEKHFLEF (K) and GELINAS (F)**, « Online Dispute Resolution », Lex Electronica, vol.10 n°2, 2005, http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/Benyekhlef_Gelinas.pdf.
- **BENYEKHFLEF (K), GAUTRAIS (V) et TRUDEL (P)**, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal », RJT 1999, pp.537-586
- **BERAUDO (J.-P)**, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I., pp. 1033 -1054.
- **BERNARDINI (F)**, Rapport national pour l'Italie, in International Handbook on Commercial Arbitration, s. dir. J. Paulsson, suppl. du 31 septembre 2000, La Haye, Kluwer, ICCA Series, p. 23et s.
- **BETTELHEIM (N)**, « Personal jurisdiction and the internet, cyber differences shed new light on existing conflicts » (2006), Journal of Internet Law,
- **BONNET (V), BOUDAUD (K), GAGNEBIN (M), HARMS (J) et SCHULTZ (Th.)**, « Online Dispute Resolution Systems as Web Services » in ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution, 2004, vol. 3, n°3, p. 57 et s.
- **BORE (L)**, « L'action en représentation conjointe: class action ou action mort-née », Dalloz 1995 Chr. p. 267et s.
- **CACAHRD (O)**,
 - ✓ « Les modes électroniques de règlement des litiges », Com. Com. élec. décembre 2003, pp. 22-26.
 - ✓ « Electronic Arbitration », module 5.9 du cours de la CNUCED sur la résolution des litiges dans le commerce international, l'investissement et la

propriété intellectuelle, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.20, New York et Genève, Publ. Nations unies, 2003,

www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf.

- ✓ « La validité des conventions électroniques d'arbitrage en droit des Etats Unies. United States District Court of Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 mai 2000, Lieschke, Jackson & Simon C/ Real networks Inc», Rev.Arb. 2002, n°1, pp.193-200.

- CADIET (L),

- ✓ « Liberté des conventions et clause relatives au règlement des litiges », Petites affiches, 5 mai 2000.n°90, pp.30-39.
- ✓ « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », Ritsumeikan Law Review, n°28, 2011, p.148 et s.

- **CALAIS-AULOY (J)**, « La class action et ses alternatives en droit de la consommation », Petites Aff., 10 juin 2005, n°115, p. 29et s.

- **CALAIS-AULOY (M.T)**, « L'importance de la volonté en droit », Petites affiches, 1999, n°14, p.243 et s.

- **CAPRIOLI (É-A) et SORIEUL (R)**, « Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », J.D.I., 1997, p. 3 et s.

- CAPRIOLI (É-A),

- ✓ « Le juge et la preuve électronique », contribution au colloque de Strasbourg, le commerce électronique, vers un nouveau droit, 8/9 octobre 1999, www.juriscom.net/université/doctrine/article7.htm.
- ✓ « Arbitrages et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cybertribunal », Rev. Arb., 2002 n°1 pp.225-248.
- ✓ « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique (1ère partie) », petites affiches, 18 août 1999, n° 164, pp. 4-12.
- ✓ « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique (suite et fin) », petites affiches, 18 août 1999, n°165, pp. 7-11

- ✓ « Arbitrage international et commerce électronique », RLDI, avril 2012, n°81, p. 117 et s.
- **CAUSSE (H)**, « Le contrat électronique, technique du commerce électronique », in le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Paris, LGDJ, 2005, pp-11-34
- **CHABOT (G)**, « La cyberjustice : réalité ou fiction ? », D.2003, chron., pp. 2322-2325.
- **CHAMPARE (J) et TOURNEDOUE (Y)**, « La visioconférence sur Internet » 1995/1996, en ligne <http://poseidon.artemis.jussieu.fr/visioconf/intro.html#present>
- **CHARBONNEAU (C) et PANSIER (F-J)**, « Le droit de la preuve est un totem moderne (le commerce électronique) : premier commentaire de la loi du 13 mars 2000 », Gaz. Pal., 2000, pp.593-595
- **CHASSIGNEUX (C)**, « Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne », Lex Electronica volume 5, numéro 1, pp.1-15, disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/chassigneux.htm>.
- **CHEDLY (L)**, « Incidence du siège sur le contentieux post-arbitral : l'incohérence du code tunisien », RJL, avril 2002, pp-71-98
- **CHEVALIER (P)**, « Expériences de téléprocédure dans les juridictions françaises », Droit et Patrimoine, avril 2002, n°103, p.69 et s.;
- **CLAY (TH)**, « Le siège de l'arbitrage international entre 'ordem' et progressio' », cahiers de l'arbitrage, volume V, 2010, pp. 21-35
- **CODSTEIN (G)**, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de DIP dans le code du Québec », dans Yvon BALAISE, Développement récents en droit de la consommation, SV de la formation permanente Barreau du Québec, Cowansville, 1994, pp. 143-229.
- **COMBES (M- L)**, « Les "class action" sur les rails », disponible en ligne sur: <http://www.europe1.fr/Economie/Les-class-action-sur-les-rails-1503819/>
- **CONLEY TYLER (M)**, « One Hundred and Fifteen and Counting : The State of Online Dispute Resolution 2004 » in Proceedings of the Third Annual Forum on Online Dispute Resolution, s. dir. M. Conley Tyler, E. Katsh et D. Choi, Amherst,

Mass., Publ. De l'Université de Massachusetts, 2004, n°575. Disponible en ligne sur : www.odr.info/unforum2004/ConleyTyler.htm.

- **CORNU (G),**

- ✓ « Les modes alternatifs de règlement des conflits » in revue internationale du droit comparé n° 2 AVRIL-JUIN 1997, pp.313-323.
- ✓ « Les principes directeurs du procès civil par eux -mêmes (fragments d'un état de question), in Etudes offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC, 1991, p.83 et.s.

- **CROJINSKY1 (C) et TEISSONNIERE (G),** « L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique » Lex Electronica, vol. 10, n°1, Hiver 2005 http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/rojinsky_teissonniere.htm.

- **CRUQUENAIRE (A) et DE PATOUL (F),** « Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation : Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR », Lex Electronica, vol. 8, n°1, Automne / Fall 2002, disponible sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/cruquenaire-patoul.htm>, pp.1-16.

- **DE BOTTINI (R),**

- ✓ « Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entre professionnel », in. RAYNAUD dir., les premières journées internationales du droit du commerce électronique, actes de colloques de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, LITEC, pp.55-74.
- ✓ « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international : détermination objective du tribunal compétent », in recueil des travaux offerts à Monsieur J-P.SORTAIS, Bruxelles, Bruylant, pp.1-18

- **DE GROOTE1 (B),** « L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick », Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information – n° 16/2003, pp.61-82

- **DE LAMBERTERIE (I),**

- ✓ « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », in Le droit international de l'internet, s. dir. G. Chatillon, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 631-642
- ✓ « L'écrit dans la société de l'information, in Mélanges Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit », Société de législation comparée, 1999, p. 119 et s.
- ✓ « Multiplicité des contrats électroniques », conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/ CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, disponible en ligne sur : www.lex-electronica.org/doc/articles_110/pdf.
- **DE VAREILLES-SOMMIERES (P)**, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », Rev. Crit. DIP., 1996, p.399.
- **DELMAS-MARTY (M)**, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? Introduction aux nouveaux lieux et aux nouvelles formes de régulation des conflits » in Les transformations de la régulation juridique, s. dir. J.Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 209 et s., spéc. p.212.
- **DELY (F), FRIEDMAN (M) et RADICAT DI BROZOLO (L)**, « International Law association international commercial arbitration committee's report and recommendation » on « Confidentiality in international arbitration », J. Int. Arb., Kluwer Law International, 2012, volume 28, issue 3, pp. 355-396
- **DEOS (L)**, « La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la convention d'arbitrage », Cahiers de l'arbitrage, vol. IV, 2008, pp.21-29.
- **DESSINATEUR (Na)**, « Les "class actions" débarquent : les moutons peuvent (enfin) chasser le loup, dessin de presse et d'humour », disponible en ligne sur : <http://leplus.nouvelobs.com/contribution/851201-dessin-les-class-actions-debarquent-les-moutons-peuvent-enfin-chasser-le-loup.html>
- **DEZALAY (Y) et GARTH (B.G)**, « Merchants of Law as Legal Entrepreneurs : Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes » in Law & Soc'y Rev., 1995, vol. 29, p. 27 et s.

- **DEZALAY (Y)**, « Négociation » in Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit, s. dir. A.-J. Arnaud (éd.), 2ème éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 387 et s.

- **DROZ (G) et H. GAUDEMET- TALLON (H)**, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 90 Rev. crit. D.I.P, p.635

- **DUASO CALES (R)**, « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations », disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/articles_128.pdf

- **DUFOUR (O)**,

- ✓ « Les greffiers des tribunaux de commerce préparant la révolution numérique » entretien avec M.LECINE-BARAT (président du conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, Greffier du Tribunal de commerce de Toulouse), Petites Affiches, 3 décembre 2003, n°241, p.3 et s.
- ✓ « Procédure on the web », les petites affiches, 21 octobre 2003, n°210, p.3 et s.

- **DUTOIT(B)**, « Quand le virtuel débouche sur le réel, le DIP conventionnel à l'épreuve des contrats conclus sur internet », dans mélanges offerts à Jean Pierre SORTAIS, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.115-143

- **EL-HAKIM (J)**, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », in revue internationale du droit comparé n° 2 AVRIL-JUIN 1997, pp.347-357.

- **ESSID (R)**, « La législation tunisienne en matière de document électronique : réalité et perspectives », R.J.L., juillet 2006, pp.9-41.

- **FADLALLAH (I)**, « L'ordre public dans les sentences arbitrales » in Rec. Cours La Haye, 1994, vol. 249, p. 377 et s.

- **FALAISE (M)**, « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », Petites affiches, 7 août 1998, n°94, pp. 4-11.

- **FALLON (M) et MEEUSEN (J)**, « Le commerce électronique, la directive 2000/31 /CE et le droit international privé» (2002) 91 Rev. crit. D.I.P. pp.435-490.

- **FAUVARQUE-COSSON (B)**, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice*, Georges CHANTILLON, dir., l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.55-70.

- **FENOULHET (T)**, « The Policies and Activities of the European Union in the Field of Online Dispute Resolution (ODR) » in actes du Premier Forum sur la résolution des litiges en ligne de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unis (UNECE), Genève, 6-7 juin 2002.

- **FLECHEUX (G) et LAFARGE (Ph)**, « La médiation in le juge entre deux millénaires », in mélanges P.DRAI, p. 303 et s.

- **FLEURY (J-J)**, « Le dépôt électronique pour les cours au Canada : une idée qui arrive à plaint nommé », *lex Electronica*, vol 8, n°2, printemps 2003, disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/article_120.pdf.

- **FOUCHARD (Ph)**,

✓ « Alternative dispute resolution et arbitrage », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI in mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, s. dir. Ch. LEBEN et ALII, Paris, Litec, 2000, p.109 et s.

✓ « Où va l'arbitrage international ? » in *McGill L.J.*, 1989, vol. 34, p. 435 et s

✓ « Clauses abusives en matière d'arbitrage » in *Rev. Arb.*, 1995, p. 147 et s.

- **FRISON - ROCHER (M.A)**, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir les class actions : obstacles et compatibilités », *P.Aff.*, 10 juin 2005, p22 ;

- **GANELES (C.M)**, « Cybermediation : A New Twist on an Old Concept » in *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 2002, vol. 12, p. 715 et s.

- **GARNETT (R)**, « Are foreign internet infringers Beyond the reach of the law? » (*Les délinquantes sur internet sont-ils hors de portée de la loi ?*), *university of NSW law journal* 23(1), 2000, pp.105-126

- **GARRA (N)**, « La preuve de la convention d'arbitrage » in l'arbitrage international dans le nouveau code tunisien » actes de colloques organisé à Tunis les 25-27 novembre 1993, publiés par le centre d'études juridiques et judiciaires, 1995, pp. 33-41.
- **GAUTIER (P-Y) et LINANT DE BELLEFONDS (X)**, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », J.C.P.G., n°24, 14 juin 2000, pp.1113-1120
- **GAUTIER (P-Y)**, « Arbitrage et internet », Droit et patrimoine, n°105, juin 2002, pp. 89-91.
- **GAUTRAIS (V) et MACKAAY (É)**, «Les contrats informatiques», dans Denys-Claude LAMONTAGNE, Contrats spéciaux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pp. 279-296
- **GAUTRAIS (V)**,
 - ✓ « La formation des contrats en ligne » dans Guide juridique du commerçant électronique, Eric LABBE et al. dir., 2001 , disponible en ligne: http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf
 - ✓ « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) vol 37 *R.G.D.*, n° 2, 2007, disponible en ligne sur : www.gautrais.com/IMGpdf/200702GautraisEpreuveLpdf
 - ✓ « Les principes D'UNIDROIT face au contrat électronique », 2002, 36-2Thémis 481, www.editionsthemis.com/upload/revue/article/gautrais.pdf
 - ✓ «La couleur du consentement électronique», (2003) 16-1 Cahier de la propriété intellectuelle, pp. 61-129, disponible en ligne sur : www2.droit.umontreal.ca/cours/ecnomica/_textes/consentement2003.CPI.pdf
- **GAUTRAIS(V), LEFEBVRE (G) et BENYEKHLEF (K)**, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », (1997) 5 *International Business Law Journal*, pp.547-579.
- **GELINAS (P-A)**, « Les activités arbitrales en ligne de l'IIC », droit et patrimoine, n°103, avril 2002, pp.78-82.

- **GIBBONS (L.J)**, « Private Law, Public 'Justice': Another Look at Privacy, Arbitration, and Global E-Commerce » in Ohio St. J. on Disp. Resol., 2000, vol. 15, p. 769 et s.

- **GIEST (M)**,

- ✓ « Compétence et internet : changement d'approche juridictionnelle », (printemps 2002) disponible au <http://www.isuma.net/vo3n01/giest.F.shtml>
- ✓ « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, version 1.3, disponible au <http://www.chlc.ca/fr/c1s/internet-jurisdiction-fr.pdf>.

- **GIRSBERGER (D) et SCHRAMM (D)**,

- ✓ « Cyber- Arbitration » in EBOR, 2002, vol. 3, p. 605 et s.
- ✓ « Cyber Arbitration und prozessuale Fairness » in Geschäftsplattform Internet IV. Open Source – Multimedia – Online Arbitration, s. dir. R.H. Weber, M. Berger et R. auf der Maur, Zurich, etc., Schulthess, 2003, p. 189 et s.

- **GOBERT et SALAUN (A)**, « La labellisation des sites web, classification, stratégies de recommandations », in DAOR 1999, vol 51, p 83 et s.

- **GOLDNADEL (J-M)**, « L'introduction des class actions en droit français », Gaz. Pal., 24-27 octobre 2005.

- **GOLDSMITH (J)**, « Against Cyberanarchy » (1997) 65 U. Chi. L. Rev., p.1199 et s.

- **GOMEZ (J.-J)**, le premier vice-président du TGI de Paris, le référé internet : de la pertinence, dans l'urgence et sans évidence, Expertises, novembre 1998, p. 335.

- **GUILLEMARD (S)**, « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent » in JDI, 2004, p. 7 et s

- **GUIMOND (A)**, « La notion de confiance et le droit du commerce électronique », disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v12-3/guimond.pdf>

- **GUINCHARD (S)**,

- ✓ « L'évitement du juge civil », in Les transformations de la régulation juridique, s. dir. J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p. 226 et s.
- ✓ « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », Rev. Arb., 1997, issue 2, pp.185-198

- **GUINOTTE (L) et MOUGENOT (D)**, « La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire », 19 janvier 2001, disponible en ligne sur <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/34-1.pdf>.

- **HAAS (G)**, « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998), en ligne: Juriscom.net :

- **HASSLER (T)**, « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet » (7 juillet 1999), en ligne: Juriscom.net : <http://www.juriscom.net/pro/l/signI9990716.htm>

- **HAWANG S.C (M) and THIO (N)**,

- ✓ « A proposed model procedural order on confidentiality in international arbitration, a comprehensive and self-governing code », Journal of International Arbitration, Kluwer law international, 2012, volume 29, issue 2, pp. 137-139.
- ✓ « A contextual approach to the obligation of confidentiality in arbitration in Singapore: An Analysis of the direction of the Singapore High Court in AAY and others V.AZ », Arbitration International, Kluwer law International, 2012, volume 28, issue 2, pp.225-242

- **HEBRAUD (P)**, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in mélanges P.KAYSER, PUF, 1979, t II, p. 1 et s.

- **HERRMANN (G)**, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends » in Rev. arb., 1985, p.343 et s.

- **HEUZE (V)**, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », Rev. crit. D.I.P, 2000, pp.595-623.

- **HILLMAN (R.A) et RACHKLINSKI (J.J)**, « Standards-Form Contracting in the Electronic Age », (2002) 77 New York University Law Review, pp. 429-452, <http://www.juriscom.net/chr/1/fr/19980710.htm>

- **HORCHENI (F) et BEN KHALIFA (R)**, « L'arbitrage face aux relations économiques dématérialisées », RTD, 2004, n°13, pp.415-444.

- **HÖRNLE (J)**, « Online Dispute Resolution », in Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, s. dir. J. Tackaberry et A. Marriott, 4ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 779 et s. .

- **HUET (J) et VALMACHINO (S)**, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce électronique international », Gaz. Pal., recueil janvier-février 2000, pp.103-115.

- **HUET (J)**,

- ✓ «Le droit applicable dans les réseaux numériques » (2002) 3 J.D.I. p. 737 et s.
- ✓ « Aspects juridiques, approche internationale », petites aff. n°116 du 26 septembre 1997.
- ✓ « Commerce électronique, loi applicable et règlement des litiges : Propositions des grandes entreprises », J.C.P.G, n°40, 6 oct. 1999, pp.1761-1762.
- ✓ « La problématique juridique du commerce électronique », colloque droit et commerce, Deauville 2000, le droit des affaires du XXI^{ème} siècle, disponible en ligne sur : <http://www.actoba.com/public/JH>.
- ✓ « L'échange de consentement dans le cyberspace », conférence à l'Université de Montréal, octobre 1998
- ✓ « Libres propos sr la protection des consommateurs dans commerce électronique », dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.507-516
- ✓ « Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique. RJL 2000. Avril, pp.

- **IDOT (L)**, « Arbitrage et droit communautaire » in RDAI, 1996, vol. 7, p.561 et s.

- **JACQUET (f) et WEITZEL (B)**, « chapitre 11- Le règlement des litiges » in « Le guide juridique du commerce électronique », p 205-206, disponible en ligne sur : <http://www.yumpu.com/fr/document/view/12860790/chapitre-11-le-reglement-des-litiges-introduction-juris-international>

- **JARROSSON (Ch)**,

- ✓ « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », in revue internationale du droit comparé n° 2 AVRIL-JUIN 1997, pp.325- 345.
- ✓ « Médiation et conciliation, définition et statut juridique », Gaz. Pal, 22 août 1996, p. 3.
- ✓ « Réflexions sur l'impérium » in Études Offertes à Pierre BELLET, Paris, LITEC, 1991, p.249-250.

- **KALLEL (S)**, « Arbitrage et commerce électronique », RDAI n°1, 2001, pp.13-28.

- **KATSH (E)**,

- ✓ « Adding Trust Systems to Transaction Systems : The Role of Online Dispute Resolution » in actes du Premier Forum sur la résolution des litiges en ligne de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unis (UNECE), Genève, 6–7 juin 2002, disponible en ligne sur : www.ombuds.org/un/unece_june2002.doc.
- ✓ « Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes Through Code » in N.Y.L. Sch. L. Rev., 2004, vol. 49, p.271 et s.
- ✓ « Online Dispute Resolution: The Next Phase » in Lex electronica, 2002, vol. 7, www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsh.htm.
- ✓ « The Online Ombuds Office: Adapting dispute resolution to cyberspace », 21 janvier 1999, disponible en ligne sur: <http://www.conflict-resolution.net/articles/index.cfm>.
- ✓ « Dispute resolution in cyberspace », 28 Connecticut law review, pp.953 et s. disponible en ligne sur : <http://www.umass.evd/legal/articles/uconn.htm>.

- **KAUFMANN-KOHLER (G)**,

- ✓ « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges » in Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit

- s'applique ?, s. dir. K. Boele-Woelki et C. Kessedjian, La Haye, Kluwer, 1998, p. 89 et s.
- ✓ «Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », Rev. Arb., 1998, n°3, pp. 517-536.
- **KESSEDIJAN (C)**,
- ✓ « Principes de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb. , 1995, n°3, pp 381-426
 - ✓ « Internet et le Règlement des différends » dans Grosheide, F.W. et Boele-Woelki, K., dir., Molengrafica 1999-2000, Koninklijke Vermande 2000
- **KOBRIN (S.J)**, « Electronic Cash and the End of National Markets » in Global Issues, 1997, vol. 2, n°4, p. 38 et s.
- **KÖHLER (H)**, « Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping) » in NJW, 1998
- **LABEE (E)**, « La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique : L'influence de la technologie sur la production de normes », conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/CE COJI), Montréal, 19 décembre 2003, disponible en ligne sur : www.lex-electronica.org/doc/articles_111.pdf
- **LAFOND (P-C)**, Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale, (1998-99) 29 R.D.U.S., p.5 et s
- **LAKSHMINARAYAN (S)**, « Juridictions compétentes et internet », dans Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, Georges CHANTILLON, dir., l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 531-538.
- **LALIVE (P)**, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc» disponible en ligne sur : www.lalive.ch/files/pla_Avantages-inconvenients_1991.pdf
- **LARSON (D.A)**, « Online Dispute Resolution: Technology Takes Places at the Table » in Negotiation Journal, 2004, p. 129 et s.

- **LASPRAGOTA (G)**, Virtual arbitration law and alternative dispute resolution Meet in cyberspace, 19J.Legal Studies Education 1.7, 2001, disponible sur le site www.seattleu.edu/asbe/igbi/,
- **LAVENUE (J-J)**, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communications » (1996) 3 R.R.J., p.811 et s.
- **LE BRAS (B)**, « Introduction en droit français d'une procédure d'action collective : quand la régulation se fait judiciaire », Bull. Joly, 2005, p. 811 ;
- **LE TOURNEAU (Ph)**, « La notion du contrat électronique », in Les deuxièmes journées internationales du droit de commerce électronique, actes de colloque, Département Sciences Juridiques de l'EDHEC, Jacques Raynaud, s.dir, Ecole du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier, Paris, LITEC, 2003, pp.2-17.
- **LECOCQ (P) et VANBRABANT(B)**, Le Commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », Liège, Éditions du jeune barreau de Liège, 2001, p. 130.
- **LESSING (L)**, «The zones of cyberspace» in *Stan. L. Rev.*, 1996, vol. 48, p. 1403 et s.
- **LIDE (E.C)**, « ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation » in *Ohio St. J. on Disp. Res.*, 1996, vol. 12, p. 193 et s.
- **LOUVEAUX (S), SALAÜN (A) et. POULLET (Y)**, « Protection in Cyberspace, Some Recommendations » in *Info*, 1999, vol. 1, p. 521 et s.spéc. pp. 532–534.
- **M.BALLOON (A)**, « From Wax Seals to Hypertext : Electronic signature, contract formation and a new model for consumer protection in internet transactions », (2001) *Emory Law Journal*, p.905 et s.
- **MAINGUY (D)**, « L'échange électronique des consentements », in les premières journées internationales du droit du commerce électronique, actes de colloque de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000, organisé par le département Sciences juridiques de l'EDHEC de l'école de droit de l'entreprise, pp.211-221

- **MARMISSE (A)**, « Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe » in J.RAYNARD, dir., Les premières journées internationales du droit de commerce électronique, LITEC, 2000, pp.75-92
- **MASSON (A)**, « Les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », Revue LAMY de la concurrence, juillet-septembre, 2011, n ° 28, p.171 et s.
- **MEDDEB (S)**, « Le certificat électronique », infos juridiques, n°20/21, mars 2007, p.9.
- **MIDDLEMIS (J.-C)**, « Les tribunaux à l'ère numérique : création du marché canadien de dépôt électronique », mars 2002, Lex Electronica < <http://www.lex-electronica.org>
- **MÖLLER (G)**, Rapport national pour la Finlande, in International Handbook on Commercial Arbitration, s. dir. J. Paulsson, suppl. d'octobre 1995, La Haye, Kluwer, ICCA Series, p. 13et s.
- **MONCAYO VON HASE (A)**, « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage, obstacles juridiques et enjeux », dans, Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, Georges CHANTILLON, s.dir. l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.595-618
- **MONTERO (E)**, « L'introduction de la signature dans le code civil jusqu'au tout de la logique fonctionnaliste », in mélanges offerts à Marcel FONTAINE, édition LARCIER, 2003, p 179 et s.
- **MOREAU (M)**, Conclusion, in le contrat électronique au cœur du commerce électronique, journées d'études du 12 mars 2005 et du 18 mars 2004, organisées par le diplôme juriste conseil d'entreprise, Paris, LGDJ, 2005, pp.135-139.
- **MUSSO (C)**, « Recours collectifs et droits des consommateurs : des possibilités d'une action de groupe efficace et encadrée », Revue LAMY de la concurrence, juillet-septembre 2011, n °28, p.163 et s.
- **MUSTILL (M.J)**, « Arbitration : History and Background » in J. int. Arb., 1989, vol. 6, p. 43 et

- **NIDDAM (L-A.)**, « Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration » in ADRLJ, 1996, vol. 5 p. 147 et s.

- **NIELSEN (J)**, Writing for the Web, <http://www.sun.com/980713/webwriting>

- **OLIVIER (F) et BARRY (E)**, « Richesse et complexité du cadre juridique afférent aux autoroutes de l'information et au multimédia » in Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia : un nouveau défi, Bruxelles, Bruylant, 1997.

- **OPPETIT (B)**,

✓ « Arbitrage, médiation et conciliation », Rev. Arb., 1984, p. 307

✓ « Le droit international privé, droit savant », (1992) III RCADI, 333 et s.

✓ « Philosophie de l'arbitrage commercial international », J.D.I., 1993, p. 811 et s.

- **OST (F)**, « Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse » in Le consentement électronique, s. dir. B. de Nayer et J. Laffineur, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, p. 187 et s.

- **OUERFELLI (A)**, « l'arbitrage en ligne », RJL, mai 2011, pp.9-39

- **OWENGA ODINGA (E-L)**, « Vers l'émergence d'une justice on-line » lex Electronica, vol7, n°2, pp.1-14, disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/owenga.htm>.

- **PAISANT (G)**, « Libres propos sur les modes alternatifs de règlements des litiges de la consommation », dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.767-797.

- **PARK (W.W)**, « Making Sense of Financial Arbitration » in ICC Bull. (numéro spécial sur l'arbitrage, la finance et les assurances), 2000, vol. 7, p. 12 et s.

- **PASSA (J)**,

✓ « De la vente de logiciel », dans Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre CATALA, Paris, LITEC, 2001, p. 802 et s. .

- ✓ « Commerce électronique et protection du consommateur », Dalloz, 2002, n°6, pp-555-564.
 - ✓ « Le contrat électronique international : conflits de loi et de juridictions », in le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Paris, LGDJ, 2005, pp.89-116.
 - ✓ «Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions », Communication Commerce électronique n°5, mai 2005, Étude 17, pp.11-20, disponible également en ligne au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do>
- **PATAUT (E)**, « Clauses attributives et clauses abusives », dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp.807-821.
- **PAULSSON (J) et RAWDING (N)**, « The trouble with confidentiality », Arbitration International issue 3, 1995, pp.303-320,
- **PERROT (R)**, « L'évolution du référé », in mélanges P.HEBRAUD, TOULOUSE, 1981, p.645 et s.
- **PERTEGAS SENDER (M)**, « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », Journal des tribunaux, 17 février 2001, n°6000, disponible en ligne sur www.larcier.be/jt6000., pp.191-194.
- **PERUZZETTO (S-P)**, « La loi applicable au contrat par électronique », dans Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002
- **PHILIPPE (M)**,
- ✓ « Où en est la résolution de litiges en ligne », R.D.A.I, n°2, 2002, pp 167-210
 - ✓ « De nouvelle évolution pour IIC, Netcase », Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, vol 19, n°1, 2000, pp.23 -61 ;
 - ✓ « Netcase, une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI », in « la technologie au service des différends commerciaux, Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, supp.spéc., 2004, pp.55-61.
- **PIETTE COUDOL (TH)**,

- ✓ « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique », Communication Commerce Electronique, mai 2002, p. 10 et s.
- ✓ « Conservation et archivage de l'écrit sous forme électronique (2^{ème} partie) », Comm.-Com. Electr., juin 2002, p. 13 et s.

- **PONTE (L.M)**,

- ✓ « Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions » in Albany Law Journal Science & Technology, 2002, vol. 12.
- ✓ « Throwing Bad Money After Bad : Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper ? » in Tulane Journal Technology & Intellectual Property, 2001, vol. 3, p. 55 et s.

- **POUDRET (J.-F)**, « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international » in Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 607 et s.

- **POULIN (D)**, « Le dépôt électronique au Canada : commentaires sur le modèle de fournisseurs de services de dépôt électronique », lex Electronica, vol 8, n°2, 2003, disponible en ligne sur : www.lexelectronica.org/docs/articles_124.pdf ;

- **POULLET (Y)**,

- ✓ « La technologie et le droit : du défi à l'alliance », in Liber amicorum Guy Horsmans, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 946–947.
- ✓ « De la maison multimédia au droit du village global, quelques réflexions d'humeur », disponible en ligne sur : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf>
- ✓ « Les implications de l'affaire Yahoo! Inc. », disponible en ligne sur <http://www.lthoumyre.chez.com/uni/doc/yahoo/poullet.htm>
- ✓ « Compte rendu de l'audition devant le groupe de travail Société de l'information du Parlement belge », 11 octobre 2000, www.droit.fundp.ac.be/Textes/CCE.pdf

- **RABINOVICH-EINY (O)**, « Going Public : Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age » in Va. J.L. & Tech., 2002, vol. 7, art. 4, § 165.

- **RACINE (J-B)**, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », in Les transformations de la régulation juridique, s. dir. J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, pp. 231–236.

- **RAU (A.S)**, « Contracting out of the arbitration act » in American. Review of International Arbitration, 1997, vol. 8, p. 225 et s.

- **REIDENBERG (J)**,

✓ « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », (1996) 45 Emory Law Journal

✓ « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », présentation au colloque « Les incertitudes du droit? », Faculté de droit, Université de Montréal, 23 mars 1998, disponible à <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/conferences/C60.pdf>

- **RIGAUX (F)**, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », in Rec. Cours La Haye, 1989, vol. 213, n° 953, pp. 46–48.

- **RIVER (M-C)**, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Pascal Ancel et Marie-Claire River, s.dir, Paris, éd. Economica, 2001, pp.21-33.

- **ROBERTSON (M)**, « Is assent still a prerequisite for contract formation in today's economy? », (2003) Washington Law review 265

- **ROUSSO (A)**, « La résolution des différends », Lex Electronica, vol. 6, n°1, printemps 2000, disponible en ligne sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/roussos.htm>

- **RUTKOWSKI (A.M)**, « Factors Shaping Internet Self- Governance » in Coordinating The Internet, dir. B. Kahin et J.H. Keller, Cambridge, Mass. Et Londres, MIT Press, 1997

- **SABATER (G)**, « Nouvelles technologies et système judiciaire : le déploiement de la communication dans les juridictions judiciaires », J.C.P, semaine juridique, éd.gén. n°51-52, 17 décembre 2008, Doctrine Etude, pp.17-21.

- **SCHELLEKENS (M.H.M)**, « Les collèges d'arbitrage et le commerce électronique », in Le droit international de l'internet, actes de colloque organisé

par le ministre de la justice, Georges CHATILLON, s.dir, l'Université de Paris I Panthéon, Sorbonne et Arpège, Bruxelles, Bruylant, pp.619-629.

- **SCHULTZ (Th.)**, « Online Arbitration: Binding or Non-Binding ? », in ODR Monthly, novembre 2002, disponible en ligne sur : www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html

- **SCHULTZ (Th.)**, **BONNET (V)**, **BOUDAUD (R)**, **KAUFMANN-KPHLER (G)**, **HARMS (J)** and **LANGER (D)**, « Electronic communication issues related to online dispute resolution systems », Proc.www 2002-The Eleventh International World Wide conference-Alternate track CFP : web Engineering, Honolulu , hawaii, conference on 7-11 May 2002, <http://www2002.org/blobltrack.html>.

- **SEDALLIAN (V)**, « Commentaire de l'affaire Yahoo! À propos de l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000 », disponible en ligne sur : <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm>

- **SMIT (H)**, « Confidentiality in arbitration », Arbitration International, volume 11, issue 11, 1995, pp. 337-340.

- **SORDET (C)**, « Vers des « securities class actions » à la française ? », Petites Aff., n°244, 8 décembre 2003, p. 4 et s.

- **STIPANOWICH (Th.J)**, « Rethinking American Arbitration » in Ind. L.J, 1988, vol. 63, p. 425 et s.

- **STURMAN (K)**, « Legal aspects of standardization and certification in information technology and telecommunication: an overview », in Amongst friends in computers and law, a collection of essays in remembrance of Guy Vandenberghe, Deventer, Kluwer, 1991, p. 80 et s,

- **TANG (Z)**, « Exclusive choice of forum clauses in e-commerce » (2005) 1 Journal of private international law 237, p. 20 et s.

- **TEMPLE (H)**, « modes d'action et résultats en France », Revue Lamy de la concurrence, juillet-septembre, 2001, n ° 28, p. 147et s.

- **TENEREIRO (M)**, « La compétence des tribunaux en matière de consommation, les consommateurs protégés dans la société de l'information », article précité, pp.1093-1109.

- **THIAN (Y.S)**, « Singapore » in IT Support of the Judiciary in Australia, Singapore, Venezuela, Norway, The Netherlands, and Italy, s. dir. A. Oskamp et al., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2004, p. 45 et s.
- **THOUMYRE (L)**, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », en ligne : [http://www.juriscom.net/uni/doc/19990515 .htm](http://www.juriscom.net/uni/doc/19990515.htm).
- **TILMAN (V)**, « Arbitrage et nouvelles technologies », revue Ubiquité, 1999, n°2, pp.47-64.
- **TRAKMAN (E)**, « Confidentiality in international commercial arbitration », Arbitration International, volume 18, issue 1, 2002, pp.1-18.
- **TRUDEL (P)**,
 - ✓ « L'influence d'Internet sur la production du droit », disponible à http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf
 - ✓ « La lex electronica » dans Charles-Albert Morand, Le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5 et s.
 - ✓ « Les mutations du droit à l'âge numérique », juillet 2002, Revue Droit & Toile, disponible à <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>
- **VALLENS (J-L)**, « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », J.C.P, semaine juridique, éd.gén. n°11, 14 mars 2007, Doctrine Etude, pp.24-28.
- **VALLERERSUNDI (P)**, « Comment résoudre les conflits transnationaux », dans Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, Georges CHANTILLON, dir., l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.504 et s.
- **VERBIEST (H) et. IMHOOS (CH)**, « L'arbitrage, les télécommunications et le commerce électronique », Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, volume 10, n°2, 2^{ème} semestre, 1999, pp.20-25.

- **VIVANT (M)**,

- ✓ « Internet et modes de régulation », in Internet face au droit, s. dir. É. Montero, Bruxelles, Story Scientia, 1997, p. 229.
- ✓ « Commerce électronique : un premier contrat type », Cahier Lamy Droit de l'informatique, août-septembre 1998
- ✓ « La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations » dans mélanges offerts à Jean-GALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, pp. 1151-1163.
- ✓ « Le commerce électronique, défi pour le juge », Dalloz, 2003, n°10, pp.674-678.

- **VOLOKH (E)**, « Technology and the Future of Law », Stanford Law Review, 47 (1995).

- **WAHAB (M.S.A)**,

- ✓ « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne », in Bull. ICC (numéro spécial sur la technologie au service des différends commerciaux), 2004, note 820, pp. 48-52.
- ✓ « La technologie sape-t-elle la confiance ? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne » in « la technologie au service du règlement des différends commerciaux », Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, supplément spécial 2004, pp. 45-54
- ✓ « The global information society and Online Dispute Resolution: A Dawn for dispute resolution », J.int.Arb., Kluwer law international, 2004, vol.21, issue2, pp.143-168.

✓ - علي كحلون، "العقد الإلكتروني"، م.ق.ت.ديسمبر 2001، ص.43.

❖ **Arrêts et décisions :**

- America Online c Booker, (Fla.Dist.Ct.App.Feb.7, 2001) No.3D00-2020, 2001 WL 98614

- America Online c. Super.Ct. (In re Mendoza), (2001) 108 Cal .Rptr.2d 699

- Arrêt de la Cour de cassation française : Cass. civ. 1re, 11 octobre 1989, *Bomar Oil*, (1990) 1 Rev. arb. 134, (note C. KESSEDJIAN)
- Arrêt Pammer et Hôtel Alpenhof, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer et Hôtel Alpenhof, C-585 /08 et C-144/09, Rec.2010 p-I-12527 point 53
- Aspenderl.com c. Paysystems Corp., 2005 IJCan 6494 (Qc. C.Q)
- Bensusan Restaurant Corporation.King F.sup.295(S.DN.Y.1996)
- Calder.c.Jones en matière quasi délictuelle : N.J. 38 (N.J.2000),
- Cass. 1^{ère} civ, 98 décembre 2003, Roeda, bull.civ.2003
- Cass., 28 octobre 1997, Rev. Arb., 1998, n° 2, pp. 399-407, note B.LEURENT ;
- Cass., 28 octobre 1997, Rev. Arb., 1998, n° 2, pp. 399-407, note B.LEURENT
- cass.com.1958, rev.civ, 1959, 117, note ARSELME-RABINONTCH
- CJCE, 6 octobre 1976, affaire industrie Tesseli Italiano affirmée par l'affaire Leathertex
- CJCE, Falco Privatstiftung et Gisèla Weller-Lindhorst, C-533L07, 2009, journal officiel de l'union européenne, 141 au 20 juin 2009, p15
- CJCE.Soc.Jahol Handte, c-26/91, 1992, Rec CE.-3697 (motif n°14) rev.int.DIP, 1992, p. 726, note Hélène –Gaudemet-TALLON, JDI, 1993, 169 (obs. Jean Marc Bischoff).
- Conclusions de l'avocat général Mme Verica TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans les affaires C.J.C.E. *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* et *Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Helier*, C-585/08 et C-144/09, para 66, en ligne : <http://emJex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CO144:FR:HTML#Footref41>,
- Cour d'appel de Pau, 1^{ère} chambre, arrêt du 23 mars 2012, Sébastien R. / Facebook, disponible en ligne sur : www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id-articles=3382

- Dell computer corporation C. / union des consommateurs et Olivier Dumoulin, 2007, 2RCS 801, disponible en ligne sur : <http://www.iijcan.org/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>
- Dell computer corporation / Union des consommateurs, 2005, QCCA 570
- G.REMILLARD, Commentaires du ministre de justice, t.1, (Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1993), p.7
- HARRIS v. BOCKBUSTER, Inc, 15 avril 2009
- Hubert and others VS/ DELL corp. appellate court of Illinois, 5th district, n°5-03-0634, 12 août 2005, [www.state.il.us/court/opinions/appellate_court/2005/5thdistrict/august/html](http://www.state.il.us/court/opinions/appellate_court/2005/5th_district/august/html)
- Juge Nancy GERTNER, dans l'affaire Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997)
- Kanitz c. Rogers Cable (2002) 58 O. R. 3rd 299, disponible au http://www.dww.com/decisions!kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf.
- L'affaire Kilgallen c. Network Solutions, Inc, 99 F. Sup. 2d 125 (D. Mass. 2000).
- Naviera Amazonica Peruana SAC/Compania International de Seguros de l Per, cour d'appel, 10 novembre 1987, yeabook, note 6, XIII (1998), p.157
- Paris, 20 janvier 1984, Rev. Arb. 1987, 482, note C.KESSEDJIAN
- Rudder c. Microsoft Corporation (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont).
 - TGI de Bordeaux, ordonnance de référé, 22 octobre 2012, disponible en ligne sur : www.maveritesur.com/files/ordonnance_de_refere_22_10_2012_pdf.

Table des matières

<u>Introduction</u>	2
<u>Partie première : L’impact de l’internet sur le fondement de la compétence du juge du contrat électronique international</u>	27
<u>Chapitre premier : La désignation du juge du contrat électronique international par la liberté contractuelle</u>	15
<u>Section première : L’admissibilité de la forme électronique de la clause de juridiction</u>	16
<u>Paragraphe premier : La clause attributive de compétence sous forme électronique</u>	19
<u>A- La souplesse des droits nationaux</u>	19
<u>B- La pertinence du droit communautaire</u>	21
<u>Paragraphe deuxième : La convention d’arbitrage électronique</u>	23
<u>A- La reconnaissance de la forme électronique de la convention d’arbitrage au regard du droit international</u>	23
<u>1-La loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial</u>	24
<u>2 -La convention de New York</u>	25
<u>B- La reconnaissance de la forme électronique de la convention d’arbitrage au regard du droit national</u>	28
<u>Section deuxième : Le consentement électronique à une clause de juridiction</u>	31
<u>Paragraphe premier : Manifestations pratiques du consentement libre et éclairé sur Internet</u>	32
<u>A- Problèmes liés au cadre électronique du consentement</u>	33
<u>B- Les solutions proposées pour un consentement réel et éclairé</u>	36
<u>Paragraphe deuxième : Le consentement éclairé et la clause par référence</u>	40
<u>A- La clause par référence : un mécanisme imposé par la nature électronique du contrat</u>	40
<u>B - La clause par référence : une technique entourée de certaines défiances</u>	42
<u>1- Une admission légale flexible</u>	42
<u>2- Une nécessaire prise de précautions</u>	44
<u>Chapitre deuxième : La détermination objective du juge du contrat électronique international</u>	48
<u>Section première : La prédilection des critères de compétence liés aux personnes</u>	49
<u>Paragraphe I : Le sequitor forum rei : compétence classique en adéquation avec les spécificités du monde électronique</u>	49

<u>A- Les difficultés</u>	50
<u>B- Les solutions envisageables</u>	51
<u>Paragraphe deuxième: Le forum actoris : un for protecteur du cyberconsommateur</u>	54
<u>A- Le forum actoris : une protection affichée</u>	55
1- <u>La consécration du forum actoris</u>	55
2- <u>Le problème de la connaissance de la qualité du cyberconsommateur</u> :	57
<u>B- Le forum actoris : une protection à portée limitée</u>	58
1- <u>Des Critères dépassés</u>	59
2- <u>Critère d' « activité dirigée vers » : une tentative d'adéquation</u>	61
a- <u>« Activité dirigée » : notion essentielle</u>	61
b- <u>Activité dirigée : source d'ambiguïté</u>	62
i- <u>La divergence des interprétations</u>	63
ii- <u>La subjectivité de la mise en œuvre</u>	66
<u>Section deuxième : La stérilité du critère lié à l'opération contractuelle</u>	68
<u>Paragraphe premier : La consécration de la compétence du juge du lieu de l'exécution du contrat ou de l'obligation contractuelle</u>	68
A- <u>La diversité des droits nationaux</u>	69
B- <u>Les spécificités du droit communautaire</u>	70
<u>Paragraphe deuxième : Compétence soulevant de sérieuses difficultés inhérentes à l'électronique</u>	73
A- <u>La détermination du lieu d'exécution</u>	73
B- <u>La qualification préalable du contrat électronique litigieux</u> :	78
<u>Conclusion de la première partie</u>	81
<u>Deuxième partie : L'incidence de l'internet sur le règlement du contentieux électronique</u>	84
<u>Chapitre premier : La recherche d'une justice appropriée aux litiges cybernétiques : la cyberjustice</u>	85
<u>Section première : la cyberjustice alternative, la forme privilégiée</u>	87
<u>Paragraphe premier : Un panorama de modes alternatifs électroniques</u>	87
A- <u>Les modes véritablement alternatifs</u>	88
1- <u>La négociation en ligne</u>	88
a- <u>La négociation automatisée</u>	88
b- <u>La négociation en ligne assistée par ordinateur</u>	89

<u>2- La médiation en ligne</u>	90
<u>B- L'arbitrage en ligne</u>	91
<u>Paragraphe deuxième : Richesse d'expériences de cyberjustice</u>	94
<u>A- Les initiatives primaires</u>	94
<u>1- Le magistrat virtuel</u>	94
<u>2 - Le cybertribunal</u>	95
<u>3- L'E-résolution</u>	96
<u>4 - L'Online ombuds office</u>	97
<u>B- Les projets récents : l'exemple de l'initiative de l'Union Européenne</u>	98
<u>Section deuxième: La processualisation des MERL pour une justice idéale</u>	101
<u>Paragraphe premier : La processualisation, conséquence de la reproduction des principes essentiels d'un procès judiciaire</u>	101
<u>A- La reproduction des principes essentiels du procès : une exigence encouragée</u>	102
<u>B- La reproduction des principes essentiels du procès : une exigence justifiée</u>	105
<u>Paragraphe deuxième : La processualisation, une nécessité animée d'un souci d'ériger la cyberjustice en un environnement de confiance</u>	107
<u>A- Le renforcement de certaines garanties pour le règlement en ligne des litiges</u>	109
<u>1- La généralisation de l'obligation de confidentialité</u>	110
<u>2- Une meilleure identification des acteurs</u>	112
<u>B- La mise en place de mesures techniques de sécurité</u>	114
<u>Chapitre deuxième: La nécessaire adaptation du système judiciaire</u>	118
<u>Section première : Le rétablissement de l'efficacité du recours étatique</u>	118
<u>Paragraphe premier : Des mesures accommodantes aux spécificités des litiges cybernétiques</u>	118
<u>A- Les actions de groupe, un palliatif au faible enjeu financier des litiges électroniques</u>	119
<u>B- La compétence du juge des référés, un remède à la célérité des transactions électroniques</u>	123
<u>Paragraphe deuxième : Le déploiement des nouvelles technologies dans le système judiciaire</u>	126
<u>A- Un contexte juridique favorable</u>	127
<u>B -Une rentabilité réservée</u>	129
<u>Section deuxième : Le remaniement du pouvoir coercitif</u>	131

<u>Paragraphe premier : l'avènement de la contrainte électronique</u>	132
<u>A- Les fondements de la contrainte électronique</u>	133
<u>1- L'affaiblissement du pouvoir coercitif de l'Etat</u>	133
<u>2- L'affermissement du rôle régulateur de la technologie</u>	134
<u>B- Les formes de la contrainte électronique</u>	135
<u>1- Le retrait du label associé à une liste noire</u>	136
<u>2-La publication des résultats des procédures de résolution des litiges en ligne</u>	137
<u>Paragraphe deuxième : La comparution du contrôle étatique à de nouvelles complications</u>	140
<u>A- La formalité de l'original</u>	140
<u>B- Les conditions d'ordre procédural</u>	144
<u>1- La condition de réciprocité et lieu de l'arbitrage</u>	144
<u>2- Le respect des principes fondamentaux et la procédure en ligne</u>	147
<u>Conclusion de la deuxième partie</u>	151
<u>Conclusion générale</u>	154
<u>Bibliographie</u>	157
<u>Table des matières</u>	189