

La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne

Karim Benyekhlef*

Introduction	91
Un court historique	96
L'aventure des noms de domaine : eResolution	99
Le projet ECODIR : une aventure européenne.	103
À la recherche d'un modèle d'affaires.	106
Le Laboratoire sur la cyberjustice : un peu de prospective . . .	109
Conclusion	112

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, directeur du Centre de recherche en droit public (CRDP) et directeur scientifique du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal (CERIUM). La rédaction de cet article a été rendue possible en partie grâce au soutien du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

INTRODUCTION

Le passage du papier au numérique n'a pas fini de nous étonner. L'apparition de l'imprimerie en Europe au XV^e siècle a bouleversé le droit comme science de la norme et du conflit. Ainsi, par exemple, la tradition orale et manuscrite du droit rendait bien difficile la technique du précédent dans la common law¹. Avec l'imprimerie, il devient possible de diffuser largement les décisions judiciaires et de bâtir, ce faisant, un corpus jurisprudentiel accessible et crédible dans lequel puiser et permettre, de la sorte, l'émergence du concept clé dans la common law du précédent :

Less than a century later, when the age of printing began, a revolutionary change in attitudes concerning the past and present and the value and meaning of words on paper also began. Printing "replaced precarious forms of tradition (oral and manuscript) by one that was stable, secure and lasting ; it is as if mankind had suddenly obtained a trustworthy memory instead of one that was fickle and deceitful".²

La mémoire judiciaire devient plus vraisemblable et digne de confiance. La technique du précédent peut se déployer :

In England and later in this country [États-Unis], the technology of print also supplied one of the means through which the law has worked to balance stability and change. This method is the modern concept of precedent, one of the cornerstones of our system of law. As one author has recognized : "English justice, if it were not to remain fluid and unstable, required a strong cement. This was found in the common-law doctrine of precedent with its essential and peculiar emphasis on rigidity and certainty" [...] The law's attitude toward the use of prior judicial decisions has changed over time, and the way in which law today looks at prior cases would be unintelligible to a judge who lived before Gutenberg.³

1. Sur le thème des effets des transformations du support sur lequel le droit est fixé sur le droit lui-même, lire : Ethan KATSH, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989 et Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995.
2. Ethan KATSH, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989, p. 33.
3. *Ibid.*, p. 35.

Ce simple exemple illustre bien la sensibilité du droit au média sur lequel il repose. Puisque le droit est d'abord une information (une règle, une décision, un prononcé), il doit s'inscrire sur un support (manuscrit, papier, imprimé, numérique). Or, la forme de ce support n'est pas sans incidence sur le droit lui-même.

Une seconde hypothèse veut que la technologie soit pourvue d'effets normatifs⁴ : l'architecture de l'Internet repose sur du code informatique qui ne peut manquer de contraindre les usagers dans leurs conduites et leurs actions⁵. En effet, ce code contraint l'utilisateur au sens où ce dernier ne peut se mouvoir librement dans le cyberspace : le code, par l'imposition d'un mot de passe, par exemple, peut empêcher l'utilisateur de visiter certains sites Web. Il peut aussi l'empêcher de copier une photo ou un fichier musical, obliger son inscription s'il veut avoir accès à un site (exemple de Facebook ou de Twitter), lui interdire le recours à la cryptographie, exiger des identifiants, lui refuser accès à certains sites (cas de la Chine notamment).

Une dernière hypothèse veut que la meilleure manière de résoudre un problème né sur Internet (par exemple, un conflit avec un cybermarchand au sujet d'un produit acheté en ligne) est de le résoudre par le média duquel il est le résultat. Autrement dit, recourir à l'Internet pour résoudre un différend, conséquence de l'emploi de ce média, apparaît comme la solution pratique et optimale au regard

4. Lire entre autres : Langdon WINNER, *The Whale and The Reactor. A Search for Limits in an Age of Technology*, Chicago, University of Chicago Press, 1986 ; Joel R. REIDENBERG, « Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules Through Technology », (1998) *76 Texas L. Rev.* 553 ; Joel R. REIDENBERG, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », dans B. KAHIN et C. NESSON (dir.), *Borders in Cyberspace*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1997, 84 ; Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 et Lawrence LESSIG, *Code version 2.0*, New York, Basic Books, 2006.

5. « [...] an analog for architecture regulates behavior in cyberspace – code. The software and hardware that make cyberspace what it is constitute a set of constraints on how you can behave. The substance of these constraints may vary, but they are experienced as conditions on your access to cyberspace. In some places (online services such as America Online for instance) you must enter a password before you gain access ; in other places you can enter whether identified or not. In some places the transactions you engage in produce traces that link the transactions (the “mouse droppings”) back to you ; in other places this link is achieved only if you want it to be. In some places you can choose to speak a language that only the recipient can hear (through encryption) ; in other places encryption is not an option. The code or software or architecture or protocols set these features ; they are features selected by code writers ; they constrain some behavior possible, or impossible. The code embeds certain values or makes certain values impossible. In this sense, it too is regulation, just as the architectures of real-space codes are regulations. », Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p. 89.

des difficultés afférentes à l'identification du forum compétent et du droit applicable⁶ et des coûts et des délais engendrés par l'institution d'un recours judiciaire en dehors du ressort du demandeur. On devine aisément l'intérêt de recourir à l'Internet pour résoudre des micro-conflits, comme peuvent l'être les conflits impliquant des consommateurs et des cybermarchands localisés dans des ressorts distincts.

Ces trois hypothèses sont au fondement de l'expérience du CyberTribunal⁷ lancée en 1996 au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il n'est pas dans mon intention de revenir, dans ce texte, sur les questions juridiques entourant la médiation ou l'arbitrage en ligne⁸. Je souhaiterais plutôt faire le récit de cette aventure intellectuelle et technologique dans laquelle, avec d'autres, j'ai été précipité à la fin des années 90. Le recours du « je-en-droit », pour employer l'expression si juste de Jean-François Gaudreault-Desbiens⁹, est peu usité en doctrine. Ce « je » permet l'essai ou, ici, le récit qui reconnaît la subjectivité du propos. L'auteur doit cependant éviter, selon Gaudreault-Desbiens, « l'anecdote ou l'émotion brute » qui ne peut manquer de *corrompre* la réflexion juridique. Je ne sais si ce texte peut se réclamer de la doctrine, même celle plus attrayante et contemporaine proposée par Jean-François Gaudreault-Desbiens, une doctrine qui prend avantage des travaux récents sur l'interprétation et l'herméneutique.

Mon « je » est sans doute particulier en ce que le récit le construit. Un texte qui se distingue de l'essai car il ne peut être que subjectivité : ce récit est ma version des faits, même si je dis... la vérité. À moins que l'on considère ce récit, dans la veine des travaux de John Henry Wigmore et en raison de sa subjectivité, comme une contribu-

6. Lire entre autres : Karim BENYEKHFLEF, « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridiction dans le cyberspace », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 137-168.

7. Vincent GAUTRAIS, Karim BENYEKHFLEF et Pierre TRUDEL, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du CyberTribunal », (1999) 33 *Revue Juridique Thémis* 537 et Vincent GAUTRAIS, Karim BENYEKHFLEF et Pierre TRUDEL, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du CyberTribunal », (1998) *Droit de l'informatique et des télécoms* 46.

8. Sur ces questions, le lecteur trouvera en annexe une bibliographie sommaire constituant un bon point de départ.

9. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie "doctrine" en droit », dans Karim BENYEKHFLEF (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 35.

tion au « roman du droit » (*legal novel*). Pour Wigmore, la littérature répond de trois grandes fonctions juridiques :

(1) Informer le juriste de la représentation du droit que se fait l'homme du commun [...] (2) imposer à l'attention du juriste l'application concrète et, conséquemment, la conscience de la nécessaire évolution de la loi [...] (3) renseigner le juriste sur la nature humaine : « [Le juriste] se doit d'aller vers la fiction qui lui offre un musée de portraits de la vie. » Pour étudier la nature humaine, deux possibilités s'offrent au juriste : il lui faut vivre, ou lire.¹⁰

Peut-être, même s'il faut reconnaître que ce récit, s'il contribue – je l'espère – à une meilleure connaissance d'un secteur du droit, ne saurait présenter les qualités que je prête intuitivement au roman. Un récit subjectif donc, qui veut s'écarter de l'anecdote, pour apporter au lecteur un sens, une impression et un éclairage entourant le phénomène des « *norm entrepreneurs* »¹¹, c'est-à-dire de la contribution par la société civile à l'émergence et, éventuellement à la cristallisation, des normes.

Le champ du cyberspace se prête bien à l'élaboration par des acteurs non étatiques de normes propres à le réguler. Ce coup d'œil dans les coulisses de l'action normative est révélateur des temps actuels : un temps de mutation, de transformation des fondements du droit moderne sous le coup de phénomènes contemporains comme le cyberspace, le caractère global et anational des droits de la personne ou la mondialisation pour n'en citer que quelques uns¹². Le règlement en ligne des conflits constitue aussi un de ces phénomènes. De même que ce récit auquel je convie le lecteur : narrer *son* droit, c'est-à-dire, dans une filiation plus ou moins directe avec la doctrine classique, présenter sa version du droit certes, mais une version qui ne nous est pas étrangère puisque nous en sommes les instigateurs. Bref, *l'entrepreneur normatif* plaide pour sa paroisse. Il veut convaincre de leur

10. Anne SIMONIN, « Make the Unorthodox Orthodox : John Henry Wigmore et la naissance de l'intérêt du droit pour la littérature », dans Antoine GARAPON et Denis SALAS (dir.), *Le droit dans la littérature*, Paris, Michalon, 27, p.48 et 49.

11. Lire sur ce sujet : Paul Schiff BERMAN, « From International Law to Law and Globalization », (2005) 43 *Colum. J. Transnat'l L.* 485, 504. Lire aussi : Sidney TARROW, *The New Transnational Activism*, New York, Cambridge University Press, 2005 ; M. FINNEMORE et K. SIKKINK, « International Norm Dynamics and Political Change », (1998) 52 *Int'l Org.* 887 ; Ethan A. NADELMANN, « Global Prohibition Regimes : The Evolution of Norms in International Society », (1990) 44 *Int'l Org.* 479.

12. Sur ce thème des mutations du droit moderne, lire Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.

justesse normative les propositions juridiques qu'il avance et non pas, plus classiquement, convaincre de la justesse normative de son interprétation des propositions faites par un autre (le législateur, par exemple). La distinction peut paraître ténue, mais elle est bien présente. Constitue-t-elle un élément de cette mutation du droit moderne ? Peut-être. Une chose est sûre, elle ouvre des perspectives peu usitées dans les cercles juridiques modernes. Le travail du « *norm entrepreneur* » rappelle, dans une certaine mesure, celui du glossateur aux prises, avec la redécouverte du *Corpus Juris Civilis* au Moyen-Âge central, d'un corpus juridique épars et souvent incohérent et cherchant à convaincre de la justesse de ses propositions juridiques dans un monde en pleine mutation. Le glossateur veut combler les vides, concilier l'inconciliable, participer à l'élaboration d'une normativité royale puis étatique et, ainsi, contribuer à la mise en place de l'État moderne. *L'entrepreneur normatif* entend également participer à l'élaboration d'une normativité ; une normativité, cette fois, globale propre à faciliter la prise en compte et le traitement juridiques de phénomènes contemporains indifférents à la notion de frontières nationales et, par conséquent, difficilement saisissables par l'appareil conceptuel du droit moderne.

Donc un récit. Quoi qu'il en soit, le label a finalement peu d'importance au regard de l'objectif que je me suis fixé pour ce texte : faire le récit d'une aventure humaine au carrefour du droit, de l'innovation et de l'entrepreneurship. Une aventure qui rejette les antagonismes simplistes opposant recherche fondamentale et recherche appliquée, monde idéal et monde réel, savoir et commerce. Ces antagonismes qui rassurent et confortent dans leurs certitudes arrêtées ceux qui les entretiennent. L'expérience du règlement en ligne des conflits aura plutôt démontré une hybridation, un croisement de ces diverses considérations soulignant, dès lors, la complexité induite par la nouveauté et l'impérieuse nécessité de se départir de ses préjugés, de ses présupposés, de ses préventions au regard de phénomènes novateurs. Ainsi, le juriste ne pouvait agir seul ; il pouvait sans doute réfléchir aux conséquences juridiques du règlement en ligne des conflits, mais il devait absolument s'adjoindre les conseils d'un expert des sciences de l'information, d'informaticiens, d'ingénieurs de système pour modéliser des logiciels et des plateformes de règlement des conflits et, de la sorte, mieux se représenter la résolution des conflits par le recours à la technologie. Décrire un phénomène ne peut suffire, encore faut-il pouvoir l'expérimenter afin de savoir de quoi on parle et déterminer, par cette expérimentation, les véritables effets juridiques de celui-ci. De la même

manière, l'universitaire ne pouvait agir seul. La conception d'une plateforme de règlement en ligne des conflits et son déploiement grandeur nature suppose des moyens financiers qui ne sont pas offerts par les organismes subventionnaires œuvrant dans le champ des sciences sociales et humaines. La collaboration du secteur privé s'est avérée nécessaire et elle a été engagée sur la base d'un respect scrupuleux de l'autonomie intellectuelle des chercheurs impliqués. Les oppositions de nature souvent idéologique s'effacent au profit d'une collaboration entre des intérêts et des besoins complémentaires bien compris.

Un court historique

L'idée de régler en ligne des conflits survenus sur Internet à l'occasion d'une transaction informationnelle¹³ a germé au CRDP en 1996 lors de la préparation d'un ouvrage important, *Le droit du cyberspace*¹⁴, qui, sous la direction du professeur Pierre Trudel, constituait la première tentative en langue française de dresser un inventaire des incidences juridiques de l'Internet. Je me demandais alors, avec d'autres, comment assurer le respect des lois nationales dans un univers sans frontières et, finalement, insensible à cette notion de frontières nationales, au cœur du paradigme du droit moderne. Comment attirer dans son ressort des usagers localisés à l'étranger ? Comment déterminer la juridiction compétente, voire le droit applicable à telle ou telle transaction informationnelle ? Comment simplement trancher un conflit opposant des usagers sur Internet ? Très vite, l'idée de recourir à la technologie, source de ces questionnements, pour trancher ceux-ci s'est manifestée. L'idée de faire appel aux modes alternatifs de résolution des conflits est apparue aussi vite. En effet, la médiation, la conciliation, l'arbitrage se sont révélés comme les mécanismes les plus susceptibles de répondre aux besoins des internautes, puisqu'ils nous évitaient de faire appel au système judiciaire de l'État qui, par ses exigences formelles et processuelles, sa complexité et sa nature essentiellement nationale, ne pouvait répondre adéquatement aux défis ubiquitaires et anationaux posés par l'Internet. Au surplus, les modes alternatifs

13. Ce terme est très largement défini et comprend toute interaction sur Internet, que ce soit la vente ou l'achat d'un bien matériel ou immatériel, un échange de courriels, la rédaction ou la participation à un blogue, etc. Toutes ces actions supposent un échange d'information et constituent dès lors une transaction informationnelle.

14. Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHFLEF et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997.

de résolution des conflits se signalent par leur souplesse, leur célérité et une certaine économie des coûts qui correspondent à la nature des conflits dont on pressentait qu'ils constitueraient une partie appréciable du contentieux à advenir.

Ces intuitions demandaient à être vérifiées. En 1997, le Fonds québécois des autoroutes de l'information nous accorde à Pierre Trudel et à moi une subvention¹⁵ afin de vérifier le bien-fondé de ces intuitions. Le projet CyberTribunal débutait. Pleins de bonne volonté, nous nous demandons s'il est possible de modéliser les processus de médiation et d'arbitrage et de proposer ainsi une application logicielle susceptible d'encadrer ces processus et de guider les parties. Il existe bien alors une autre expérience de cette nature, *Virtual Magistrate*¹⁶, mais celle-ci s'avère plutôt élémentaire au plan technologique puisqu'elle repose simplement sur le courrier électronique. Les parties échangent ainsi des informations et des pièces par courriel. Nous ne pouvons nous fonder sur cet exemple.

Dans un premier temps, j'engage un informaticien et lui explique nos objectifs et décris en détails les processus de médiation et d'arbitrage. Après quelques mois de travail, l'informaticien n'est pas en mesure de trouver la méthode propre à permettre une modélisation. C'est alors que le hasard me permet d'entrer en contact avec un spécialiste des sciences de l'information, Aubert Landry. C'est ce dernier qui réussit, de concert avec un informaticien, Houssam Fawaz, à élaborer une méthode qui nous permet de modéliser le processus de médiation et la procédure d'arbitrage. En 1998, le CyberTribunal offre une plateforme unique intégrant la médiation et l'arbitrage. C'est une première mondiale. En effet, le CyberTribunal se distingue de *Virtual Magistrate* en offrant une véritable plateforme de résolution des conflits et non une simple interface fondée sur le courrier électronique. De même, il se distingue de *Ombuds Online*¹⁷, une autre expérience menée aux États-Unis par le professeur Ethan Katsh portant sur la seule médiation, en ce que notre plateforme intègre la médiation et aussi la procédure d'arbitrage. Nous ne sommes pas peu fiers du résultat. Il faut bien rappeler que l'idée a d'abord été accueillie avec beaucoup de scepticisme, pour ne pas dire de moquerie, par les praticiens du moment. Aussi bien au Québec et au Canada qu'en Europe (France, Belgique, Angleterre). Alors que

15. Nous obtenons une subvention de 300 000 \$.

16. Karim BENYEKHEF et Fabien GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Éditions Romillat, 2003, p. 115.

17. *Ibid.*, p. 118.

j'évoque les premiers travaux relatifs au CyberTribunal et les objectifs fixés dans diverses conférences portant sur le droit des technologies de l'information (donc devant un public que l'on pourrait qualifier d'averti), plusieurs juristes mettent en doute la possibilité de modéliser les processus de médiation et d'arbitrage. Ils invoquent des motifs juridiques, rapidement balayés par un examen des textes pertinents¹⁸, et, plus naturellement, l'impossibilité qui existerait de régler un conflit en l'absence physique des parties. C'est là l'argument récurrent qui veut que la présence physique des parties dans un même lieu, au même moment soit un ingrédient essentiel, pour ne pas dire indispensable, de tout processus visant à résoudre un différend¹⁹. Rien n'est plus faux. La présence physique n'est pas nécessaire à toutes les étapes de la procédure. Par ailleurs, rien n'empêche les parties, dans un système de cyberjustice, de se rencontrer si elles l'estiment utile ou si la procédure l'exige. On note également que la présence physique des parties peut s'avérer absurde en cas de micro-conflits (conflit de consommation, par exemple) et lorsque celles-ci sont localisées dans des ressorts distincts. Qui va nous faire croire qu'un consommateur québécois va exiger la présence physique d'un cybermarchand californien pour résoudre un différend relatif à l'achat d'un bien de 300 \$? Le bon sens l'emporte ici sur des considérations relevant plus du rituel que du droit *stricto sensu*.

Maintenant que les questions techniques ont été surmontées et que la preuve a été faite qu'une modélisation des processus de médiation et d'arbitrage était possible, encore restait-il à tester sur le terrain la plateforme du CyberTribunal. La question est, et demeure, celle de la capacité de l'organe de résolution des litiges d'attirer les

18. Lire notamment Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

19. « La procédure hors la présence des parties n'est pas forcément, au contraire de ce que l'on pourrait croire, une caractéristique essentielle de la cyberjustice. Les parties peuvent se rencontrer si la procédure l'exige. Ce fait ne saurait diminuer l'attrait de la cyberjustice puisque la mise en ligne d'une partie d'une procédure constitue déjà une importante économie de temps et d'argent. Cela dit, pourquoi la présence physique constitue-t-elle un thème récurrent chez ceux qui semblent craindre l'avènement d'une cyberjustice ? Au-delà des arguments immédiats et contingents, comme l'importance du contre-interrogatoire pour les juristes de common law, une explication plausible tient en la profonde ritualisation du processus judiciaire en général. L'absence des parties entraîne une perte de dramaturgie qui n'est pas sans troubler certains juristes. La fonction judiciaire reste encore aujourd'hui « l'une des plus ritualisées de la vie sociale ». Il n'est pour s'en convaincre que de visiter une salle d'audience ou même de lire les arrêts des tribunaux pour y découvrir un style tout à fait particulier et souvent répétitif. » Karim BENYEKHEF et Fabien GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Éditions Romillat, 2003, p. 23.

parties. En effet, le CyberTribunal n'est pas alors rattaché, par un accord de partenariat, avec un site marchand, comme eBay ou Amazon. Il n'est pas non plus partenaire d'un site de labellisation, comme TrustE²⁰ ou Trustedshops²¹, qui lui permettrait de traiter des conflits impliquant des sites Web affichant le label de confiance de ces organisations. Les parties viennent donc librement vers le CyberTribunal et leur confiance envers celui-ci se fonde essentiellement sur sa nature universitaire. Si les demandeurs ont la liberté de venir vers le CyberTribunal, qu'en est-il des « défendeurs » ? Ces derniers ne sont évidemment pas obligés de se soumettre au processus de résolution des litiges proposé par le CyberTribunal. Tout comme dans le monde physique, rien n'oblige une partie à se soumettre à une médiation. Cela dit, plusieurs usagers soumettent leur affaire au CyberTribunal et, souvent, la partie adverse accepte de se plier à l'exercice. En fait, on note que le simple fait de soumettre une affaire au CyberTribunal incite la partie adverse à régler le litige. Un règlement hors cours, dirions-nous dans le monde judiciaire. L'expérience est positive : la plateforme fonctionne et offre aux parties les outils nécessaires à la résolution de leur différend. Mais le nombre d'affaires soumises, une cinquantaine, ne permet pas de conclure avec certitude que le CyberTribunal constitue une voie fiable et crédible de résolution à grande échelle des conflits.

L'aventure des noms de domaine : eResolution

Il fallait accélérer le rythme et proposer une plateforme propre à permettre la résolution d'un grand nombre de conflits impliquant une pluralité d'acteurs et des questions juridiques complexes. Les noms de domaine allaient nous offrir l'occasion de tester grandeur nature l'expertise développée pour le CyberTribunal. On se souviendra qu'avec l'avènement du World Wide Web au début des années 90, l'Internet s'ouvre au grand public et devient un important outil de communication et d'échange. Le nom de domaine constitue l'adresse d'un site Web :

Sur l'Internet, chaque nom de domaine est associé à une adresse IP [Internet Protocol]. Cette adresse numérique permet de déterminer l'emplacement de l'ordinateur hébergeant le site web correspondant sur l'Internet. Le système de noms de domaine permet une personnalisation et une identification du détenteur par un système alphanumérique plus convivial que l'adressage numérique. Le nom de domaine

20. <<http://www.truste.org/>>.

21. <<http://www.trustedshops.com/fr/home/>>.

n'est ni plus ni moins que la version mnémotechnique de l'adresse numérique.²²

Le nom de domaine s'enregistre auprès d'un registraire et cet enregistrement se fait sur la base du « premier arrivé, premier servi ». Bref, il suffit de payer un montant fixé par le registraire pour enregistrer un nom de domaine et le rôle de ce dernier se limite à la simple perception des frais. Il n'a pas l'obligation de déterminer les droits de propriété intellectuelle ou industrielle sur le nom à enregistrer. Ce qui fait que plusieurs internautes ont profité de la situation pour enregistrer comme noms de domaine les marques de plusieurs grandes entreprises (Universal Pictures, Banque populaire, Cisco, Banque Royale etc.). Ces « cybersquatteurs » contactaient ensuite le titulaire de la marque de commerce pour lui proposer la vente, à profit bien entendu, de son propre nom de domaine. La situation ne pouvait plus durer. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) se voit confier le mandat par la *National Telecommunications and Information Agency* (NTIA) des États-Unis, organe rattachée au *Department of Commerce*, « d'élaborer pour l'ICANN [Internet Corporation for Assigned Names and Numbers] un système de règlement des litiges relatif aux noms de domaine »²³. Un premier rapport est déposé en 1999 pour consultations. Ce rapport suscite de nombreuses réactions au sein de la communauté des internautes. En effet, certains trouvent que l'OMPI fait la part trop belle aux titulaires de marque de commerce et néglige la liberté d'expression en condamnant l'usage parodique ou critique de marques de commerce célèbres (pour les sites critiques, tel que <www.microsoftsucks.com>). De même, l'OMPI entend se réserver l'exclusivité de la gestion des conflits relatifs aux noms de domaine. C'est en effet l'occasion pour l'organisation internationale de rentabiliser son nouveau centre de médiation et d'arbitrage qui n'a encore traité aucune affaire.

Au même moment, je suis contacté par mon collègue Ethan Katsh. Ce dernier me convainc de ne pas laisser à la seule OMPI la tâche de résoudre les conflits relatifs aux noms de domaine. Avec le soutien des professeurs américains Michael Fromkin et David Post, Ethan Katsh et moi écrivons à l'ICANN pour leur proposer nos services. Ce groupe d'universitaires n'entend pas laisser à l'OMPI le monopole du règlement des litiges relatifs aux noms de domaine puisqu'il craint une confiscation de la question des noms de domaine par les

22. Karim BENYEKHLEF et Fabien GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Éditions Romillat, 2003, p. 48.

23. *Ibid.*, p. 51.

juristes spécialisés dans le champ des marques de commerce. Nous entendons offrir une plateforme de résolution des conflits de noms de domaine. Pour ce faire, les collègues proposent de recourir à la plateforme du CyberTribunal. J'approuve cette idée. Notre plateforme, moyennant certaines adaptations, pourrait servir à la résolution des conflits opposant les titulaires de marque de commerce aux détenteurs de noms de domaine. Dans l'intervalle, l'OMPI a tenu compte des critiques et proposé un second rapport par lequel elle renonçait à exercer un monopole sur le règlement des litiges et nuançait son parti pris envers les titulaires de marque de commerce. C'est ainsi que le 26 août 1999, l'ICANN adopte les *Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine* (« Principes directeurs »). Les Principes directeurs sont complétés par l'adoption le 24 octobre 1999 des *Règles d'application des principes directeurs* (« Règles d'application ») « qui énoncent les détails à caractère procédural du système pris dans son ensemble (ci-après la procédure UDRP) »²⁴. L'examen des Règles d'application nous fait comprendre rapidement que les modifications à la plateforme du CyberTribunal seront très importantes. Si importantes en fait que le conseil nous est donné d'élaborer une plateforme spécifiquement destinée à la procédure UDRP.

Quelque temps auparavant, je donne une communication sur l'expérience du CyberTribunal à Boston dans le cadre d'une conférence organisée par l'*American Bar Association*. Je rencontre à cette occasion, par l'intermédiaire du consulat canadien à Boston, le *Chief Technology Officer* (CTO) de Aliant, une entreprise canadienne de télécommunications œuvrant dans les provinces maritimes. Ethan Katsh m'accompagne et nous évoquons la question du règlement en ligne des conflits. Le CTO se montre très intéressé. Tant et si bien qu'après quelques mois de discussions, Aliant décide de financer nos activités de recherche et notre projet de produire une plateforme spécifique pour les conflits relatifs aux noms de domaine. Il est décidé de former une société : eResolution. Nous n'utiliserons pas la plateforme du CyberTribunal. Celle-ci ne présente pas le degré de robustesse et d'adaptabilité nécessaire pour traiter des conflits à grande échelle. Outre nos collègues américains, Aubert Landry poursuit son travail chez eResolution et s'ajoutent à l'équipe les avocats Robert Cassius de Linval, Fabien Gélinas (ancien conseiller général de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale) et Joëlle Thibault. Nous travaillons également avec un informaticien de

24. *Ibid.*, p. 52.

talent, André Saintonge, et des intégrateurs, Xwave, Genia Technologies et CSC. Les aspects technologiques sont donc pris en charge par une équipe aguerrie et compétente.

Le 1^{er} janvier 2000, eResolution est accréditée par l'ICANN comme chambre d'arbitrage agréée (« dispute resolution provider ») afin de traiter les conflits relatifs aux noms de domaine. L'OMPI reçoit son agrément le 1^{er} décembre 1999 et le National Arbitration Forum le 23 décembre de la même année. Ces trois organisations ont donc pour tâche de trancher les différends relatifs aux noms de domaine qui se multiplient alors.

La procédure UDRP est rapidement l'objet de sérieuses critiques. Celle-ci permet en effet au demandeur de choisir l'un ou l'autre des trois organismes agréés par l'ICANN. Ainsi, ces organismes agréés, fournisseurs de services de règlement des différends, sont mis en concurrence car ils sont saisis par l'une des parties, qui choisit son fournisseur en fonction des prix et services, ou en fonction de tout autre facteur qui peut lui sembler pertinent. Les observateurs notent que les chances d'un titulaire de marque de commerce de l'emporter sur son adversaire sont beaucoup plus élevées si celui-ci décide de soumettre son litige à l'OMPI ou à NAF²⁵. En fait, ses chances s'élèvent à environ 90 % s'il soumet son litige à l'un ou l'autre de ces deux organes. Par contre, ses chances de l'emporter diminuent à environ 60 % s'il soumet son litige à eResolution. Comment expliquer cette différence marquée ? Je réfère le lecteur aux études signalées en note de bas page. Je me contenterai de préciser que la liste des arbitres établie par eResolution est composée d'avocats, spécialisés en propriété intellectuelle (et, plus précisément, dans le champ des marques de commerce) qui se retrouvent aussi bien souvent sur les listes de l'OMPI et de NAF, mais également d'un important contingent de juristes qui sont en fait des professeurs d'université. Ceci ne saurait

25. Milton MUELLER, « Rough Justice : An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy », Syracuse University School of Information Studies, Novembre 2000. Source : <<http://dcc.syr.edu/miscarticles/roughjustice.pdf>> ; Milton L. MUELLER, « Rough Justice : An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy », (2001) 17(3) *The Information Society* 153-163 ; Michael GEIST, « Fair.com ? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN-UDRP », Faculté de droit, Université d'Ottawa, Août 2001 : <<http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>> ; Michael GEIST, « Fair.com ? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN-UDRP », (2001-2002) 27 *Brook. J. International L.* 903. Lire aussi : Michael GEIST, « Fundamentally Fair.com ? An update on Bias Allegations and the ICANN-UDRP », Faculté de droit, Université d'Ottawa : <<http://aix1.uottawa.ca/~geist/fairupdate.pdf>>.

surprendre quand on se rappelle que eResolution est, à l'origine, une idée avancée par des universitaires. L'universitaire n'a pas de client auquel il doit se rapporter à l'occasion. Ainsi, la décision qu'il rend dans un litige relatif à un nom de domaine n'est pas susceptible d'entrer en conflit avec les intérêts réels ou potentiels d'un client actuel ou futur. Bref, l'universitaire n'a que le droit à défendre et n'a pas à ménager les intérêts ou les susceptibilités des uns ou des autres²⁶. Il est important de préciser que notre investisseur, Aliant, était parfaitement au courant de ces chiffres qui avantageaient nos deux « concurrents ». Il n'est jamais intervenu pour nous demander d'infléchir nos positions en modifiant l'équilibre de notre liste d'arbitres en privilégiant les praticiens au détriment des universitaires. Aliant comprenait très bien que notre crédibilité constituait notre principal attrait.

Malgré ces critiques sévères et documentées, l'ICANN n'a pas modifié sa procédure UDRP. Après dix années d'existence, la procédure UDRP a permis la résolution de milliers de litiges à une fraction du coût et du délai que cela aurait pris devant les tribunaux judiciaires. Pour sa part, eResolution a facilité la résolution de plus de 500 affaires provenant des quatre coins de la planète. On notera que eResolution était, à l'époque, le seul organe agréé par l'ICANN à offrir un module Web intégrant les Règles d'application des Principes directeurs de l'ICANN²⁷. L'expérience à grande échelle s'est avérée concluante. La preuve était maintenant faite que la résolution en ligne des conflits était une avenue crédible répondant aux plus hauts critères d'excellence et de professionnalisme. eResolution a cessé ses activités liées aux noms de domaine le 30 novembre 2001.

Le projet ECODIR : une aventure européenne

Dès la fin de l'expérience du CyberTribunal (décembre 1999) et le début de celle de eResolution, il avait été décidé d'approcher la

26. Il va de soi que la grande majorité des avocats-arbitres partagent cette vision et se montrent indépendants et impartiaux dans la décharge de leurs fonctions contentieuses.

27. « Il est intéressant de noter que dans les affaires administrées au moyen d'une véritable procédure en ligne par eResolution, le taux de participation du défendeur dans les procédures UDRP a été systématiquement, et de manière conséquente, plus élevé. L'une des causes invoquées pour expliquer cette différence statistique a trait au système en ligne qui facilite la préparation et l'acheminement d'une réponse. », Karim BENYEKHLEF et Fabien GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Éditions Romillat, 2003, p. 54.

Commission européenne afin de financer un projet répondant en quelque sorte au dispositif de la Directive européenne sur le commerce électronique²⁸ qui ouvrait la porte au règlement en ligne des conflits. Pour ce faire, une équipe est mise en place comprenant notamment le professeur Yves Poulet, du Centre de recherches informatique et droit (CRID) de l'Université de Namur, un complice depuis plusieurs années du CRDP et Isabelle de Lamberterie du CNRS en France. Nous obtenons une subvention de recherche de la Direction générale Santé et consommateurs de la Commission européenne²⁹. Le projet ECODIR (pour Electronic Consumer Dispute Resolution) était sur les rails. Il comportait trois chantiers de travail (*work packages*, dans le sabir européen). Le premier chantier, intitulé « Le 'Online' dans le règlement extrajudiciaire des conflits entre consommateurs et entreprises. Étude de faisabilité », dirigé par Isabelle de Lamberterie, avait pour objectif d'examiner, dans une perspective socio-économique, les expériences menées en Europe par diverses organisations en matière de règlement des conflits de consommation par le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits (MARC). Le second, dirigé par Yves Poulet, « Evaluation of the Legal Issues involved in the Implementation of an Extrajudicial Dispute Settlement System », se penchait sur les considérations juridiques relatives aux MARC. Finalement, le troisième chantier apparaît plus technique en ce qu'il consiste en la conception d'une application Web de règlement de conflits de consommation. eResolution et son équipe sont en charge de concevoir cette application.

L'application présente deux volets : d'abord, une phase de négociation qui n'implique que le consommateur et l'autre partie (le cybermarchand, par exemple). À cette étape, le consommateur est guidé par des questionnaires conviviaux l'invitant à préciser la nature de

28. Directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O.C.E., L. 178/1 ; Art. 17 : 1. Les États 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 de différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés. 2. Les États 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. 3. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique.

29. L'équipe ECODIR obtient la somme de 500 000 euros.

son problème : il suffit pour le consommateur de cocher certaines cases correspondant à sa situation. Cette manière de faire a pour objectif de diriger le consommateur en évitant de lui laisser l'occasion de trop s'épancher. Le cybermarchand est également invité à décrire sa version des faits par le biais d'un tableau directif. Après avoir décrit le problème, les parties sont invitées à proposer des solutions de règlement. Ces solutions apparaissent dans un Tableau des propositions qui résume celles-ci et peut être modifié au gré des contre-propositions. Après 18 jours, si la négociation n'a pas abouti à un règlement, les parties peuvent saisir un médiateur. Commence alors la seconde étape du processus ECODIR impliquant, cette fois, un tiers. Ce dernier prend connaissance des échanges entre les parties durant la phase de négociation et entreprend sa médiation. Celle-ci se déroule bien entendu en ligne grâce aux outils mis à la disposition des parties : échanges sécurisés de courriels, chat, dépôt et échange de documents dans un entrepôt sécurisé, etc.³⁰.

La plateforme ECODIR, lancée à Bruxelles en octobre 2001, a reçu un excellent accueil auprès des diverses parties prenantes : associations de consommateurs, associations professionnelles et industrielles, secteur public, Commission européenne, etc³¹. On a loué les qualités techniques de l'application, sa convivialité et la facilité avec laquelle les parties pouvaient en arriver à négocier directement l'une avec l'autre sans l'intervention d'un tiers. Pourtant, malgré ces louanges, le projet ECODIR n'a jamais trouvé sa vitesse de croisière. Hébergé à la Faculté de droit de University College à Dublin, Irlande, le projet ECODIR est toujours accessible sur Internet, mais ne traite plus réellement d'affaires. Il faut préciser que la Commission européenne a également financé d'autres types de projets de cette nature qui, sauf erreur, n'ont pas abouti à la mise en place d'une véritable plateforme informatique. Les sommes en jeu étaient pourtant importantes. Il aurait été sans doute plus judicieux pour la Commission de réserver une certaine partie de ces sommes afin de financer la phase de déploiement du projet ECODIR. Celui-ci présentait les meilleures qualités au plan technologique et aurait pu devenir un modèle au sein de l'Union européenne. Il présentait en fait les mêmes caractéristiques techniques que la plateforme de SquareTrade³² mise sur pied

30. Pour un exposé plus complet des règles de fonctionnement d'ECODIR, consulter le site <www.ecodir.org>.

31. ECODIR Project, Final Report, September 2003, p. 40 et s.

32. <www.squaretrade.com>. Sur SquareTrade, lire cette contribution du président et chef de la direction de SquareTrade : Steve ABERNETHY, *Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems*, dans ONLINE DISPUTE

notamment pour régler les conflits opposant les utilisateurs du site d'enchères eBay. Or, SquareTrade a affiché des chiffres impressionnants : sa plateforme aurait permis le traitement et la résolution de 1999 à 2008 de 2 millions de conflits impliquant 120 pays et 5 langues, soit une moyenne de plus de 220 000 affaires par année. Il est malheureux que la plateforme ECODIR n'ait pu connaître un tel déploiement alors qu'elle était équivalente, en bien des points, à celle de SquareTrade.

Les moyens supplémentaires nécessaires auraient permis à ECODIR de nouer des alliances et des partenariats avec les grands sites commerçants européens (et, éventuellement, nord américains) et d'envisager l'inclusion d'une exigence de recourir à ECODIR en cas de conflit dans les conditions d'obtention de certains labels de qualité :

The integration of ODRs within labelling systems is also an interesting mean to ensure a greater efficiency through a better enforcement of the reached settlements. Of course, the value of the label and the credibility of the labelling authority have a great impact on the usefulness of this synergy. The involvement of public authorities in labelling systems can offer the required credibility (independence and long-term viability). The success of the label sponsored by the Luxembourg Ministry of Economy clearly shows that businesses are waiting for that kind of public scheme.³³

De même, on aurait pu promouvoir l'inclusion des services ECODIR dans les codes de conduite adoptés par certains sites marchands et mis de l'avant par ceux-ci afin de susciter la confiance des consommateurs. Bref, l'expérience ECODIR n'a pas été à la hauteur des possibilités qui s'offraient. On reviendra sur cette question, car on ne peut manquer de noter que ces difficultés ne sont pas propres à ECODIR.

À la recherche d'un modèle d'affaires

Le cas d'ECODIR soulève, plus généralement, celui du financement des systèmes de règlement en ligne des conflits. Le début de la décennie 2000 voit l'éclosion d'une multitude de sites Web préten-

RESOLUTION (ODR), Papers and Proceedings of the 2003 United Nations Forum on ODR (Katsh/Choi (dir.), 2003), accessible : <<http://www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf>>.

33. ECODIR Project, Final Report, September 2003, p. 17.

dant offrir des services de règlement en ligne des conflits. Après le doute, voire la moquerie, voilà le temps du calque et du repiquage. Les temps y incitent : les temps de l'argent facile, de la fièvre Internet et lorsque celle-ci retombe, demeurent toujours, dans les années qui suivent, un crédit accessible, une bourse résolument exubérante et la certitude d'une croissance éternelle. Cela dit, à part SquareTrade, peu de projets sont crédibles et les succès sont plutôt minces. La bulle Internet est, en partie, une des causes des difficultés que connaît l'idée du règlement en ligne des conflits. En effet, au regard des sommes et des profits astronomiques impliqués dans le monde de l'Internet et de la prééminence accordée à tout ce qui provient du marché (plutôt que du public), beaucoup ne pouvait envisager la mise sur pied de systèmes de règlement en ligne des conflits que par le secteur privé. Seul ce dernier posséderait la crédibilité et les moyens propres au développement technologique novateur. Au surplus, en ces temps de désengagement de la puissance publique, le secteur privé est le seul qui puisse offrir un système efficace et efficient de résolution des litiges. Et puisque l'Internet est transnational, on voit difficilement comment un État pourrait offrir seul ce type de services. Bref, tout est au privé. Le Global Business Dialogue³⁴, regroupement de grandes entreprises multinationales, ne manque pas d'ailleurs de soutenir le principe du règlement en ligne des conflits. Il n'est pas le seul. Des acteurs publics, comme la Federal Trade Commission aux États-Unis, le ministère de l'Industrie au Canada, la Commission européenne, parmi d'autres, se font les apôtres du principe du règlement en ligne des conflits. Cette implication du secteur public repose néanmoins sur les initiatives du privé. En d'autres termes, l'humeur générale du tout au privé ne change pas et le secteur public compte sur celui-ci pour le financement des systèmes de résolution en ligne des conflits.

Or, jusqu'à maintenant et hormis le cas de SquareTrade qui a pu bénéficier d'un marché captif, celui fourni par la formidable armada des vendeurs et des acheteurs de eBay, les grands opérateurs de l'Internet n'ont pas consenti à mettre la main à la poche afin de faciliter la mise sur pied et l'opération d'un système de règlement en ligne des différends. Les coûts apparaissent importants. Il faut non seulement bâtir une plateforme, il importe également de la maintenir, d'y apporter les innovations requises par l'évolution des technologies et de l'opérer. Malgré tous les discours des opérateurs, rien n'est fait concrètement. Serait-ce que le secteur privé se dit qu'après tout,

34. <<http://www.gbde.org>>.

rendre justice – ce qu’implique aussi les MARC en ligne ou non – constitue un devoir régalien qui revient à l’État ? Les États s’avèrent tout aussi impuissants ou peu soucieux de développer de tels mécanismes. Les frontières nationales constituent-elles un obstacle à la mise en place de ces mécanismes ? Sans doute. On pourrait alors croire que l’Union européenne peut répondre à ces difficultés puisqu’elle exerce une autorité qui transcende les frontières de 27 États. Et pourtant, l’Europe, hormis ECODIR, n’a pas accouché d’un véritable système de règlement en ligne des différends propre à susciter la confiance des usagers de l’Internet. On pourrait alors penser qu’une solution mixte, impliquant les grands opérateurs privés de l’Internet, les États et les organisations internationales, constituerait une solution viable. Encore là, rien n’est fait. La question budgétaire est sans doute un élément important de l’équation, mais que représente celle-ci pour les finances de ces acteurs majeurs ? Pas grand chose.

Ces expériences, du CyberTribunal à ECODIR en passant par eResolution, nous ont également appris que le règlement en ligne des conflits pouvait trouver application pour des conflits qui ne prennent pas leur source sur Internet. En effet, rien n’empêche de recourir à cette technologie pour faciliter le traitement et la résolution des conflits de consommation nés dans le monde physique. J’ai présenté, avec d’autres, le prototype ECODIR à différents ministères de la Justice (Québec, Belgique, Luxembourg) et tous ont reconnu l’utilité et la pertinence d’un tel système dans le traitement des conflits relatifs aux petites créances. Ainsi, malgré la nature toute nationale de ce type de conflits et la mainmise reconnue et acceptée de l’État sur ceux-ci, personne n’a franchi le pas et instauré, au plan national, un mécanisme de règlement des petites créances impliquant les phases de négociation et de médiation telles qu’offertes par ECODIR.

Comment donc expliquer l’enthousiasme affiché par les acteurs publics et privés envers ces systèmes et leur incapacité ou leur manque d’appétence à mettre en place effectivement de tels systèmes ? Il est vrai que le monde de la justice (classique et alternative) se caractérise par un certain conservatisme. Au-delà de ce cliché, il m’est difficile, après maintenant plus de 10 ans, de déterminer les causes exactes de ces insuccès dans la mise en œuvre effective et soutenue des mécanismes de règlement en ligne des conflits. Les obstacles ne semblent ni proprement juridiques, ni strictement financiers, même s’il ne convient pas de les ignorer. Il semble que les obstacles soient plutôt de nature psychologique et culturelle. Du moins, c’est

l'hypothèse que je porte à l'attention des observateurs intéressés. À cet égard, cette hypothèse constitue un des axes de recherche du Laboratoire sur la cyberjustice que j'ai constitué et dont je dirige les travaux.

Le Laboratoire sur la cyberjustice : un peu de prospective

Après avoir étudié pendant plus d'une dizaine d'années la modélisation logicielle et la mise en réseau des processus de médiation et d'arbitrage, il apparaissait naturel de se tourner vers le système judiciaire dit classique. En effet, rien ne justifie de négliger le système judiciaire au point de vue technologique. Celui-ci ne souffre-t-il pas, depuis des siècles³⁵, des mêmes maux : une justice lente et coûteuse. Le recours aux technologies de l'information et de la communication représente une manière, parmi bien d'autres, de raccourcir ces coûts et ces délais. Évidemment, ce recours ne peut à lui seul régler tous les problèmes qui affligent notre justice, mais il peut sans doute contribuer à en atténuer les effets délétères. Au surplus, je pose l'hypothèse, de même nature que celle énoncée au début de cet article, que la numérisation et la mise en réseau ne manqueront pas d'agir sur le droit de la procédure et de la preuve. Cette « action » devrait entraîner un véritable *aggiornamento* du droit processuel. En effet, modéliser et mettre en réseau la procédure judiciaire devraient nous amener à repenser la procédure (et la preuve) telle qu'elle se déploie aujourd'hui : prendre avantage des possibilités offertes par la technologie pour reconsidérer l'architecture même du droit processuel. La présence physique des parties est-elle si nécessaire ; ne peut-on pas suppléer l'absence d'une partie, en raison de la distance, par exemple, en recourant à la visioconférence ? Ne pourrait-on pas tenir certaines procédures interlocutoires entièrement en ligne, par le biais d'un site Web protégé et en recourant aux échanges de documents (dépôt électronique), au chat ou à la visioconférence ? Quid du recours aux technologies de réalité virtuelle ou holographique pour recréer les lieux d'un crime ou d'un litige afin d'éviter de devoir déplacer les intervenants ou encore de se fier à des photographies ? D'autres exemples pourraient être donnés qui répondent d'abord aux besoins des parties et se bornent, dans un premier temps, à modéliser la procédure existante, mais constituent également les fondements

35. « Au XV^e siècle, Jean Juvénal des Ursins, archevêque de Reims, adresse à Charles VII de longues remontrances. Il se plaint d'une justice trop coûteuse, trop longue et embrouillée ; même au parlement, on l'avait dit en 1413 : « les causes sont comme immortelles ». » Jacques KRYNEN, *L'empire du roi*, Paris, Gallimard, 1993, p. 267.

d'une réflexion plus profonde sur la procédure qui devrait susciter un bouleversement des habitudes judiciaires.

Il ne s'agit pas simplement de rendre la justice plus rapide et moins coûteuse. C'est déjà là une mission héroïque et nécessaire ! Il convient aussi, dans le même temps, de penser aux ressorts profonds de la justice et de déterminer des méthodes processuelles qui correspondent aux enjeux socio-économiques contemporains : par exemple, la justice actuelle est-elle équipée pour traiter des milliers de cas au même moment et dans des courts délais ? On peut penser à toutes ces affaires qui ne peuvent trouver leur place (ou la trouvent mal) devant le tribunal en raison de la complexité de la procédure et des coûts : les conflits de consommation suscités par l'Internet, les micro-conflits qui sont aussi souvent ignorés par les tribunaux (querelles de voisinage, réclamations d'assurance, logement, banques, télécommunications, etc.), etc. On pourrait arguer que ces affaires ne relèvent pas de la justice et qu'elles peuvent très bien se régler à l'amiable ou par le seul écoulement du temps. Cette vision quelque peu aristocratique de la justice, par laquelle celle-ci ne se penche que sur les affaires nobles et importantes (et décrétées telles par un club restreint), ne saurait satisfaire les exigences contemporaines de justice exprimées par la population. Il ne s'agit pas de « judiciariser » tous les conflits possibles, mais de donner l'occasion à ceux qui s'estiment lésés de faire entendre leur voix sans délai et à coût minime. Le système judiciaire, dans sa configuration actuelle, ne peut répondre à ces exigences. On aura compris que cette question dépasse le simple cadre juridique pour embrasser des considérations plus larges qui mordent sur la philosophie, la sociologie, voire l'histoire. Or, c'est là un des objectifs de recherche du Laboratoire sur la cyberjustice. Quelques mots sur cet ambitieux projet de recherche :

Le projet de Laboratoire sur la cyberjustice vise la création d'une infrastructure de recherche où pourront être développées différentes solutions logicielles aux nombreux problèmes affligeant présentement le système judiciaire. Ce laboratoire servira, entre autres, grâce à une salle d'audience virtuelle, à l'élaboration d'une structure logicielle de base permettant l'élaboration et l'essai de modules informatiques propres à faciliter le traitement des conflits en ligne, à permettre l'informatisation des dossiers, à augmenter l'efficacité de la gestion des causes et à mettre en place des systèmes d'aide à la décision. Il s'agit donc de créer des outils logiciels qui faciliteront la mise en réseau du système judiciaire et qui offriront des solutions concrètes et fonctionnelles aux différents problèmes auxquels est présentement confronté le système de justice (longueur des délais, coût des procédures, etc.). Ces

outils ne se borneront pas à reproduire simplement la procédure judiciaire ; ils pourront aussi proposer de nouvelles façons de faire et renouveler ainsi la procédure grâce à une conception logicielle novatrice.³⁶

La construction de la salle d'audience virtuelle et du laboratoire devrait être complétée à l'été 2010. Ce projet, financé par les gouvernements du Canada et du Québec³⁷, est mené en collaboration avec le professeur Fabien Gélinas de la Faculté de droit de l'Université McGill. Celle-ci devrait accueillir une salle d'audience portative qui pourra être installée rapidement n'importe où au pays et permettre une liaison en duplex avec le laboratoire situé à l'Université de Montréal. Nous pourrions ainsi procéder à des simulations et tester les modules logiciels développés en laboratoire ou développés par d'autres intégrateurs. Cette fonctionnalité devrait ainsi permettre aux ministères de la Justice de tester les applications Web achetés auprès d'entreprises spécialisées. À la différence des projets de système intégré d'information de justice qui ont essuyé des échecs importants en Ontario³⁸, notamment, ce projet repose sur une forte implication des parties prenantes. Ainsi, plutôt que de viser la mise en réseau de l'ensemble du système judiciaire en un seul coup et plutôt que de confier ce mandat à un intégrateur informatique exerçant la maîtrise d'œuvre du projet, notre approche se veut *modulaire* et *consensuelle* (approche « bottom up »). *Modulaire* en ce que nous voulons développer des applications logicielles propres à traiter d'un aspect de la procédure à la fois (la gestion d'instance ou la conférence préparatoire, par exemple). Nous n'avons pas l'ambition de développer, dans un même souffle, une plateforme informatique qui embrasse *tous* les aspects de la procédure et *tous* les acteurs du système judiciaire. La construction de modules répond à une approche par palier : après un certain nombre d'années de travaux, les modules développés en code ouvert pourront être réunis et former une chaîne complète représentant toutes les étapes d'un procès civil ou pénal. *Consensuel* au sens où les juges, les avocats, les administrateurs judiciaires, les représentants de la société civile seront impliqués dès le début dans nos travaux de développement logiciel. En fait, ce sont eux qui proposeront les points de procédure qui feront l'objet de nos

36. Laboratoire sur la cyberjustice, Document de présentation, Montréal, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, Juin 2009.

37. Le coût de cette infrastructure de recherche s'élève à six millions de dollars.

38. Carl BAAR, « Integrated Justice : Privatizing the Fundamentals », (1999) 42 *Canadian Public Administration* 42 ; Kirk MAKIN, « Computer lawsuit costs Ontario \$63 million », (June 1, 2005) *Globe and Mail* A1 et Sarah LYSECKI, « Integrated Justice Project 'too large, too complex, too ambitious' : AG's office », (2005) : <<http://www.allbusiness.com/technology/896690-1.html>>.

travaux. Notre agenda de travail sera donc déterminé avec la collaboration très étroite des acteurs. Nous voilà loin des comités de pilotage mis en place par les grands intégrateurs informatiques qui sont formés en majorité de techniciens et dans lesquels les acteurs judiciaires ne jouent qu'un rôle d'accompagnateur. Cette implication de tous les instants des acteurs m'apparaît comme une condition essentielle du succès de l'implantation des technologies de l'information et de la communication dans les salles d'audience. Les réserves observées par les acteurs à l'endroit des technologies s'expliquent, en partie, par le fait qu'ils ne sont que très peu associés à leur conception et à leur développement.

Les développements logiciels ne constituent qu'un des deux axes fondamentaux de recherche du laboratoire (l'axe techno-juridique). Le second axe nous ramène aux réflexions exposées ci-dessus relatives à la réformation foncière du droit processuel et aux obstacles qui affligent les systèmes de règlement en ligne des conflits : l'axe socio-juridique. Cet axe comprend deux objectifs :

- (1) Identifier des facteurs psychologiques, sociaux et culturels qui constituent des obstacles ou des freins au déploiement de la mise en réseau et de l'informatisation du système judiciaire ;
- (2) Offrir des pistes de restructuration de notre droit processuel à la lumière des travaux effectués afin de développer de nouveaux modèles de mise en réseau du processus judiciaire.

Les objectifs sont ambitieux et le programme de travail s'annonce chargé. Les obstacles à une réflexion renouvelée sur le droit processuel et la preuve sont majeurs. Le milieu universitaire, par sa neutralité et son attachement au temps long, constitue le meilleur endroit où conduire ces réflexions.

CONCLUSION

Cet enthousiasme lié aux travaux du Laboratoire sur la cyber-justice pourrait être tempéré par les résultats plutôt décevants au plan de la mise en œuvre des systèmes de règlement en ligne des conflits sur Internet (médiation et arbitrage en ligne). Il ne l'est pas. En effet, comment croire qu'il est possible de modifier des habitudes centenaires en l'espace d'une dizaine d'années ? Le travail ne fait que commencer. Au surplus, les résultats ne sont pas si décevants au

regard du scepticisme attesté marquant le début des réflexions en la matière.

La modélisation et la mise en réseau des procédures de médiation et d'arbitrage m'a permis de mieux comprendre ce que signifiait, en pratique, la théorie du pluralisme juridique. J'ai pris le train des technologies de l'information et de la communication sans savoir que ce voyage allait me mener vers les tâches du « *norm entrepreneur* ». Participer à la conception et à l'application des normes propres à encadrer les activités du commerce électronique, c'est là l'un des sous-produits, si je puis dire, de l'élaboration des systèmes de règlement en ligne des conflits³⁹. Ces travaux m'ont alors permis de saisir dans son essence pratique les vertus et la réalité du pluralisme juridique. L'État n'est plus la seule source du droit. L'affirmer peut être simple, le vérifier plus complexe. Le règlement en ligne des conflits le révèle clairement.

Cela dit, le « *norm entrepreneur* » ne rejette pas forcément la contribution de l'État. Celle-ci peut apparaître capitale pour assurer un réel déploiement du principe du règlement en ligne des conflits. On l'a noté plus haut dans ce texte. En effet, la réussite de ce principe peut reposer sur l'action de l'État. Trois cas de figure se dessinent.

Dans le premier cas, un système de règlement en ligne des conflits est développé pour les besoins des opérateurs du commerce : B2B (Business to business). On aura compris qu'il s'agit ici de la médiation ou de l'arbitrage offerts pour les conflits opposant deux entreprises. Une longue tradition, qui remonte au Moyen-Âge (*lex mercatoria*), reconnaît aux marchands la capacité de régler entre eux, sans intervention de l'État, les conflits qu'ils rencontrent. Dans ce cas de figure, le développement et l'opération d'un système de règlement en ligne des conflits dépendent des acteurs eux-mêmes. On peut penser aux

39. Lire sur ce point l'ouvrage remarquable de Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005. L'auteur affirme avec justesse aux pages 5 et 6 : « En conséquence, nous nous attacherons ici à introduire les ODR [Online Dispute Resolution] comme nouvel acteur de la régulation du commerce électronique. Notre thèse est que cet acteur peut développer, dans certaines situations bien précises, un pouvoir régulateur significatif, caractérisé par une indépendance marquée vis-à-vis des droits étatiques. Ce pouvoir régulateur peut englober le droit applicable au contrat, le règlement du différend et l'exécution du résultat de ce règlement. L'entrée en scène de la résolution en ligne des litiges comme acteur de régulation est due en premier lieu au fait que les méthodes de règlement en ligne des litiges constituent dans certaines situations le seul recours économiquement accessible et donc le seul lieu de justice réellement ouvert aux parties. »

chambres d'arbitrage commercial qui existent de par le monde. eResolution a d'ailleurs conçu des logiciels de médiation et d'arbitrage en ligne pour le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (CACNIQ). Le rôle de l'État est ici minime.

Le deuxième cas de figure repose sur l'exemple de eBay, le site d'enchères dominant sur Internet. Dans ce cas, nous retrouvons des consommateurs qui achètent et vendent des produits et des commerçants qui achètent et vendent également (C2C, B2C et B2B). Il s'agit d'une communauté fermée qui a élaboré ses propres règles de fonctionnement⁴⁰. J'ai signalé plus haut que SquareTrade, jusqu'à tout récemment⁴¹, traitait les conflits qui pouvaient survenir dans l'utilisation de ce site. Là encore, l'État n'intervient pas dans le traitement ou l'opération du système de règlement en ligne des conflits. Nous sommes ici en présence d'une communauté fermée qui achète ou vend des produits et services (actions circonscrites) et qui s'est donnée des règles : pour vendre ou acheter sur eBay, l'utilisateur n'a d'autre choix que d'obéir aux règles prescrites. Le succès du système de règlement en ligne est évidemment lié à celui du site d'enchères lui-même. L'action de l'État n'apparaît pas nécessaire pour assurer le déploiement et le bon exercice des systèmes de règlement en ligne des conflits.

Le troisième cas de figure est celui d'un système de règlement en ligne des conflits grand public. Nous ne sommes pas ici aux prises avec un groupe particulier d'acteurs (les marchands) ou avec une communauté fermée dont le respect des règles est une exigence d'appartenance, mais plutôt avec des usagers nationaux et étrangers qui ont recours à l'Internet au quotidien. À l'image sans doute des consommateurs dans le monde physique. On note dans ce cas de figure que les systèmes qui lui sont destinés, comme ECODIR, n'ont pas connu le succès escompté pour les raisons avancées ci-dessus (et pour d'autres encore sans doute). Au-delà de cette question, il est loisible de se demander si l'intervention de l'État ne semble pas ici une condition de réalisation de ces systèmes. En effet, qui d'autre que la puissance publique⁴² peut prendre financièrement en charge ces systèmes (de la conception à l'opération et l'exécution) et assurer la protection du consommateur qui relève dans les pays de l'Union européenne et au Québec de l'ordre public ? Par ailleurs, c'est sans doute à la puissance publique nationale que revient le rôle de permettre

l'introduction des mécanismes en ligne dans la gestion et la résolution des litiges relatifs aux petites créances.

Le développement de normes propres à réguler le commerce électronique passe donc notamment par les systèmes de règlement en ligne des conflits. Le rôle de l'État apparaît variable selon les cas de figure. Il peut agir directement (petites créances sur le territoire national), accompagner (co-régulation pour le commerce électronique grand public) ou laisser faire (cas des marchands).

Ce récit ne s'achève pas ici. Il est appelé à se poursuivre au rythme des innovations technologiques et de l'acceptation de celles-ci. La tâche est formidable, mais les enjeux l'animant sont si importants qu'ils la rendent plus que jamais impérieuse.