

**Assemblée générale**

Distr. limitée
5 septembre 2013
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne)
Vingt-huitième session
Vienne, 18-22 novembre 2013

**Résolution des litiges en ligne dans les opérations
internationales de commerce électronique: projet de
Règlement de procédure**

**Proposition des Gouvernements de la Colombie, des
États-Unis d'Amérique, du Honduras et du Kenya**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1	2
II. Proposition des Gouvernements de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, du Honduras et du Kenya		2



I. Introduction

1. À la suite de la quarante-sixième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, les Gouvernements de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, du Honduras et du Kenya ont présenté au Secrétariat le texte suivant, qui est reproduit ci-dessous dans la forme sous laquelle il a été reçu par le Secrétariat.

II. Proposition des Gouvernements de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, du Honduras et du Kenya

Le document ci-après a été établi par les délégations de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, du Honduras et du Kenya pour la quarante-sixième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La Commission n'ayant pas examiné les questions de fond qui y sont traitées, il a été convenu que leur examen serait renvoyé à la session suivante du Groupe de travail.

Résolution des litiges en ligne

Document soumis par les délégations de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, du Honduras et du Kenya

I. Résumé

En 2010, la Commission a créé un nouveau groupe de travail auquel elle a donné pour mandat "d'entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs¹." Il a été souligné "que les travaux que la CNUDCI pourrait entreprendre dans ce domaine devraient avoir pour but de mettre au point des règles génériques qui, conformément à l'approche adoptée dans les instruments de la Commission (comme la Loi type sur le commerce électronique), puissent s'appliquer aussi bien aux opérations entre entreprises qu'aux opérations entre entreprises et consommateurs²".

À la session de 2012 de la Commission, tant les pays en développement que les pays développés ont indiqué qu'ils estimaient qu'il fallait que le Règlement prévoie des sentences arbitrales définitives et contraignantes. La Commission a spécifiquement donné au Groupe de travail III pour instructions d'examiner si "le projet de Règlement répond[ait] aux besoins des pays en développement et de ceux en situation d'après conflit, notamment en ce qui concerne la nécessité d'une phase d'arbitrage dans le processus³" et de lui faire rapport à ce sujet. Le Groupe de travail s'est réuni deux fois entre les sessions de la Commission, mais il n'a pas examiné ces questions.

¹ Rapport de la quarante-troisième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (21 juin-9 juillet 2010), A/65/17, par. 257.

² Ibid., par. 253.

³ Rapport de la quarante-cinquième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (25 juin-6 juillet 2012), A/67/17, par. 79 a).

En revanche, le Groupe de travail a décidé de poursuivre les débats sur la base d'une proposition émanant d'un groupe régional qui aboutirait à l'application extraterritoriale des législations nationales des pays composant ce groupe d'une manière qui restreindrait la liberté des commerçants de conclure en ligne des conventions d'arbitrage concernant des opérations internationales de commerce électronique⁴. Cette proposition soulève de sérieuses questions quant à la façon dont les commerçants pratiquant le commerce en ligne pourraient se conformer au Règlement et quant au tribunal devant lequel les parties seraient censées résoudre leurs litiges.

Les révisions du Règlement proposées à la dernière session du Groupe de travail ne créeront pas un environnement juridique favorable qui permette aux microentreprises et aux petites entreprises d'accéder aux marchés internationaux à travers le commerce électronique, étant donné la tension entre des conceptions divergentes de la compétence judiciaire et l'impossibilité, dans la pratique, de résoudre devant les juridictions étatiques les litiges internationaux portant sur de faibles montants mais de forts volumes. Le Règlement ne devrait pas simplement refléter le point de vue de pays d'une région donnée où la voie judiciaire est certes ouverte aux parties de la région mais non pas aux parties extérieures à la région.

Nous prions la Commission de donner de nouveau au Groupe de travail pour instructions de lui faire rapport sur la nécessité de prévoir dans le Règlement un arbitrage définitif et contraignant, en particulier pour les parties des pays sous-développés et des pays en développement ainsi que des pays en situation d'après conflit qui ne disposent pas d'un système judiciaire de base ou dont le système n'est pas performant. Nous prions également la Commission de demander qu'il soit tenu compte des considérations ci-après:

1. Le Règlement devrait permettre aux microentreprises et aux petites entreprises d'accéder effectivement aux marchés internationaux à travers le commerce électronique et mobile;
2. Le Règlement devrait reconnaître que les mécanismes judiciaires classiques ne constituent pas une option pour résoudre les litiges nés du commerce électronique international;
3. Le Règlement devrait prévoir une procédure simple et claire incluant l'arbitrage des litiges en ligne de sorte que les vendeurs ne puissent pas se soustraire à leurs responsabilités vis-à-vis des acheteurs mécontents;
4. Les sentences rendues en ligne peuvent et devraient être reconnues et exécutées sur le fondement de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), mais se fier uniquement à ce mécanisme ne suffit pas;
5. Le Règlement ne devrait pas permettre que produise des effets extraterritoriaux la législation de certains pays qui exigent la résolution

⁴ Proposition de la délégation d'observateurs de l'Union européenne, A/CN.9/WG.III/WP.121 (mai 2013). Le Président a indiqué que serait "plac[é] entre crochets l'ensemble des éléments de la proposition aux fins d'un examen ultérieur" et que seraient "trait[ées] plus avant les préoccupations soulevées à l'égard de celle-ci". Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) (New York, 20-24 mai 2013), A/CN.9/769, par. 43. La proposition du groupe régional est discutée plus en détails à la section VI.

des litiges par la voie judiciaire et interdisent ainsi le fonctionnement effectif du système de résolution des litiges en ligne pour les parties dans d'autres pays;

Nous demandons aussi que la réunion sur la résolution des litiges en ligne prévue à l'automne 2013 se tienne immédiatement après la réunion sur l'arbitrage de façon qu'une partie de la réunion sur la résolution des litiges en ligne puisse plus facilement être consacrée à la question de la compatibilité du règlement proposé avec le droit et la pratique de l'arbitrage international⁵. Les États pourraient être invités, afin de faciliter les débats, à inclure dans leur délégation leurs experts sur les questions d'arbitrage aux côtés des experts de la résolution des litiges en ligne⁶.

II. Le Règlement devrait permettre aux microentreprises et aux petites entreprises d'accéder effectivement aux marchés internationaux à travers le commerce électronique et mobile

Nous avons séparément souligné qu'il était essentiel de créer un environnement juridique favorable qui permette aux microentreprises et aux petites entreprises d'accéder effectivement aux marchés internationaux à travers le commerce électronique et mobile⁷. Comme de nombreuses études l'ont montré, la croissance économique et le développement commercial seront à l'avenir inextricablement liés à l'Internet et au commerce électronique. La CNUDCI a pointé que "le développement du commerce électronique [était] dû essentiellement, entre autres, au nombre croissant d'utilisateurs de l'Internet⁸." Comme l'indique le rapport du Colloque sur la microfinance de 2013, "l'usage de l'Internet a explosé au cours des 10 dernières années":

En Afrique, l'utilisation de l'Internet a augmenté de près de 3 000 % au cours des 10 dernières années; au Moyen-Orient, de près de 2 250 %; en Amérique latine, de plus de 1 200 % (par exemple, le Brésil se classe 5^e, le Mexique 12^e et la Colombie 18^e dans le monde en nombre d'individus connectés à l'Internet); et en Asie, de près de 800 %. Dans le monde, l'utilisation de

⁵ La session sur l'arbitrage est pour le moment prévue du 16 au 20 septembre à Vienne. Il faudrait déplacer la session sur la résolution des litiges en ligne du 18-22 novembre au 23-27 septembre. Une session de groupe de travail est en principe prévue du 23 au 27 septembre à Vienne, mais aucun projet spécifique ne lui a été assigné.

⁶ À la deuxième session du Groupe de travail, "[I]l a été noté que tout débat sur le rôle de la Convention de New York devrait tenir compte des conseils et des délibérations du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation). Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), (New York, 23-27 mai 2011), A/CN.9/721, par. 18. Il est déjà arrivé que les sessions de groupes de travail de la CNUDCI soient programmées en tenant compte du chevauchement de deux différents domaines d'expertise juridique. Par exemple, en 2008, la Commission a autorisé le Secrétariat à organiser une discussion conjointe sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant un bien intellectuel lorsque les Groupes de travail V (Insolvabilité) et VI (Sûretés) se sont réunis immédiatement l'un derrière l'autre. Rapport de la quarante et unième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (16 juin-3 juillet 2008), A/63/17, par. 326.

⁷ Proposition du Gouvernement colombien, A/CN.9/790, 7-8 (2013). Proposition du Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les travaux futurs de la CNUDCI, A/CN.9/789, 7 (2013).

⁸ Note du Secrétariat. Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales, A/CN.9/706, par. 9 (2010).

l'Internet a augmenté de 528 % au cours de la dernière décennie: environ un tiers de la population mondiale est désormais connectée à l'Internet et que ce chiffre devrait passer à 47 % d'ici à 2016⁹.

Les microentreprises et les petites entreprises sont les principaux moteurs de la croissance économique et de la création d'emplois tant dans les économies en développement que dans les économies développées. Elles devraient compter parmi les principaux bénéficiaires de toute expansion de l'économie numérique, l'Internet pouvant leur faciliter une entrée et une participation plus rapides à l'économie mondiale.

Les consommateurs devraient bénéficier énormément du développement du commerce électronique international, l'accès leur étant donné à des produits et à des prix compétitifs sur le marché en ligne. Nos gouvernements, tout comme ceux des autres pays, veulent que la protection du consommateur soit convenablement assurée dans les opérations électroniques internationales. Comme le Groupe de travail l'a conclu, "la protection du consommateur [est] un domaine d'ampleur non seulement locale mais aussi régionale et internationale, dans lequel la résolution des litiges en ligne [peut] jouer un rôle favorable en encourageant les interactions et la croissance économique au sein même des régions, y compris dans les pays sortant d'un conflit et les pays en développement¹⁰".

Les défis que le commerce sur l'Internet doit relever sont cependant encore importants. Pour que les microentreprises et les petites entreprises aient effectivement accès aux marchés du commerce électronique mondial, il faudra mettre en place un environnement juridique propice à la confiance dans les opérations commerciales internationales et permettant aux échanges de se dérouler sans heurts. L'accès à la justice est un élément essentiel pour établir la confiance entre consommateurs et commerçants et donc pour développer le commerce électronique international. Les travaux sur la résolution des litiges en ligne partent du principe que, dans ces opérations, le simple accès aux juridictions étatiques ne donne pas effectivement accès à la justice et qu'il faut offrir un mode de résolution des litiges efficace et peu coûteux, en particulier pour les cas où les opérations sont menées en ligne avec une autre partie située dans un autre pays.

Il importe que la CNUDCI règle ces questions, faute de quoi la croissance future du commerce électronique international s'en trouverait compromise, ce qui aurait un effet particulièrement négatif sur les choix offerts aux consommateurs et sur les nouveaux types d'entreprises qui voient le jour¹¹.

⁹ Note du Secrétariat sur la microfinance: création d'un cadre juridique propice aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises, A/CN.9/780, par. 52 (2013).

¹⁰ Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), New York 21-25 mai 2012, A/CN.9/744, par. 132 c).

¹¹ Selon une étude des marchés de l'Union européenne, le commerce électronique international offrirait théoriquement aux consommateurs de l'Union la possibilité de faire des économies substantielles et un accès accru aux produits. Et pourtant, il a été déterminé qu'au sein de l'Union, la majorité des commandes transfrontière passées en ligne échouaient (61 %), le vendeur refusant de servir le pays du consommateur ou d'accepter un paiement international. Voir European Commission Market Studies, consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/market_studies/e_commerce_study_en.htm.

III. Les mécanismes judiciaires classiques ne constituent pas une option pour résoudre les litiges nés du commerce électronique international

Lorsqu'elle a créé, en 2010, un groupe de travail consacré à la résolution des litiges en ligne, la Commission a fait sienne l'opinion selon laquelle "les mécanismes de recours judiciaire classiques ne constituaient pas une solution adéquate dans le cas des litiges relatifs au commerce électronique international et la solution, qui devrait assurer un règlement rapide des litiges au niveau international, résidait peut-être dans un système mondial de règlement en ligne des litiges, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, portant sur de faibles montants et de gros volumes¹²".

La position proarbitrage adoptée dans des instruments, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Convention de New York, repose sur le fait que l'arbitrage international offre aux parties à des opérations internationales un accès plus large, et non pas moindre, à un mécanisme de résolution des litiges. Les notions nationales de garantie d'accès à une voie de recours judiciaire doivent être replacées dans le contexte des conflits de compétences entre différentes juridictions nationales ainsi que des diverses difficultés, non seulement au niveau de la compétence, mais aussi à celui du choix de la loi applicable et de l'exécution des décisions judiciaires, qui se posent dans les litiges internationaux¹³.

Ces barrières à la recherche et à l'obtention d'un remède par la voie judiciaire sont magnifiées dans les opérations portant sur de faibles montants mais de forts volumes entre des consommateurs et un fournisseur se trouvant à l'étranger. Comme le Groupe de travail l'a reconnu, "il n'exist[e] pas de traité international prévoyant l'exécution internationale des décisions de justice, ce qui souligne la nécessité de rendre, dans le cadre de la résolution des litiges en ligne, des décisions contraignantes¹⁴". Dans la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for, qui n'est pas encore entrée en vigueur, les États sont finalement parvenus à un accord sur l'exécution internationale des décisions judiciaires pour les opérations entre entreprises (y compris un accord sur l'élection du for), mais les opérations entre entreprises et consommateurs ont été exclues du champ d'application à cause du problème du for (celui du vendeur ou celui du consommateur) auquel devrait revenir la compétence dans les opérations de commerce électronique. Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé a déterminé que les litiges portant sur des opérations en ligne différaient des autres litiges:

"[L]'industrie et autres utilisateurs d'Internet ... [sont] préoccupés du risque de devoir se défendre contre des procédures dans un grand nombre de ressorts sans possibilité de restreindre le champ de ces prétentions à une compétence aussi étendue, car un site Internet est diffusé mondialement et il est quasiment impossible de déterminer avec certitude où est situé un consommateur. La préoccupation selon laquelle chaque ressort appliquera ses propres règles de conflit de lois ..., soumettant ainsi les entreprises de commerce électronique et les utilisateurs d'Internet à un nombre considérable de régimes juridiques

¹² Rapport de la quarante-troisième session de la Commission, *supra* note 1, par. 254.

¹³ Voir Born, *International Commercial Arbitration*, 577-579 (2009).

¹⁴ Rapport du Groupe de travail de mai 2012, *supra*, note 10, par. 119.

potentiellement incompatibles, est étroitement liée à ce problème. C'est une charge particulièrement lourde pour les utilisateurs que de se tenir informés de toutes ces nouvelles évolutions [juridiques] dans de nombreux ressorts... De nombreux pays sont encore en train de décider de la démarche préférable [le for du vendeur ou de l'acheteur], et certaines de leurs délibérations sont conditionnées par la croissance, par exemple, de techniques de résolution de litiges en ligne pouvant apporter une alternative valable permettant au consommateur de disposer d'un recours efficace. En outre, Internet peut imposer aux législateurs de réévaluer les principes juridiques traditionnels appliqués aux consommateurs et aux entreprises, qui présupposent un rapport de forces inégal dans la négociation. Les entreprises liées à Internet pouvant être assez petites, et les consommateurs par Internet ayant un accès immédiat à d'énormes volumes d'informations, des outils d'analyse hautement sophistiqués et un choix substantiel en ligne, le rapport de forces entre les deux parties n'est pas toujours évident. La capacité des consommateurs à effectuer des choix de loi et de for exécutoires pourrait être réexaminée¹⁵."

Comme le Groupe de travail l'a aussi reconnu, il est improbable qu'un fournisseur étranger travaillant en ligne soit disposé à aller au procès dans le ressort du consommateur, qu'il y détienne des avoirs pouvant être utilisés pour assurer au consommateur un remède effectif, ou qu'il vienne d'un État qui reconnaîtrait et ferait exécuter un jugement prononcé dans le pays du consommateur (et, même si c'était le cas, il faudrait que le coût ne soit pas prohibitif pour le consommateur dans les affaires portant sur de faibles montants mais de forts volumes)¹⁶. En outre, si le fournisseur étranger acceptait (ou était contraint) de soumettre le litige à la justice étatique de l'acheteur, cela créerait un avantage de compétitivité substantiel au profit des producteurs nationaux ou régionaux qui pourraient, à moindre coût, régler leurs litiges devant la justice étatique de leur pays (ou dans certains ressorts, devant des tribunaux régionaux spécialisés dans les affaires portant sur de faibles montants). En tout état de cause, comme cela a été souligné à la session de 2012 de la Commission, 4 milliards de personnes n'ont aucun accès à la justice, et pas

¹⁵ Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé. L'impact d'Internet sur le projet sur les jugements: nouvelles pistes de réflexion. Document n° 17, février 2002, p. 9 à 11, disponible à l'adresse http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd17f.pdf (notes omises).

¹⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) (Vienne, 13-17 décembre 2010), A/CN.9/716, par. 16. Dans de nombreux pays, y compris la Colombie, les États-Unis d'Amérique, le Honduras et le Kenya, les clauses d'élection de for dans les opérations entre entreprises et consommateurs sont généralement exécutoires, à condition qu'elles soient bien apparentes et qu'elles ne soient ni injustes ni déraisonnables. Voir la réponse des États-Unis aux propositions concernant une convention sur la compétence et la loi applicable, p. 3 (2011) disponible à l'adresse http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_consumer_protection_brazil_joint_proposal_Comments_United_States.pdf. Il se peut que dans d'autres pays, les clauses d'élection de for dans les opérations de commerce électronique avec des consommateurs soient formellement interdites. Voir Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, en date du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I), disponible à l'adresse http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_fr.htm. Les consommateurs qui sont parties à des opérations avec des vendeurs au sein de l'Union européenne peuvent sans doute obtenir, sur le fondement de Bruxelles I, l'exécution de jugements rendus dans un autre pays de l'Union.

seulement pour les opérations de commerce électronique auxquelles le Règlement de procédure pour la résolution des litiges en ligne est censé s'appliquer¹⁷.

IV. Le Règlement devrait prévoir une procédure simple et claire incluant l'arbitrage des litiges en ligne

Le commerce mondial table sur les instruments existants de la CNUDCI, tels que le Règlement d'arbitrage, la Loi type sur l'arbitrage commercial international et la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) pour permettre à la fois les opérations de grande ampleur et les opérations relativement modestes, y compris les opérations entre entreprises et celles entre entreprises et consommateurs. Il a, dès le départ, été prévu que la CNUDCI élabore un ensemble de règles génériques simples analogue aux instruments existants susmentionnés mais adapté à la résolution en ligne des litiges nés du grand nombre d'opérations de faible valeur auxquelles donne lieu le commerce électronique¹⁸. À la toute première session, "[I]l a été convenu que l'arbitrage était une composante nécessaire du règlement des litiges en ligne (puisque sans elle il ne pouvait y avoir de règlement définitif des affaires non réglées aux phases initiales), mais plusieurs délégations ont demandé instamment que dans tout système de règlement des litiges en ligne, la plupart des différends soient réglés avant la phase d'arbitrage, de sorte que l'arbitrage n'ait lieu que dans un petit pourcentage d'affaires qui ne pourraient être réglées par d'autres moyens¹⁹".

À la session du Groupe de travail de novembre 2012, l'opinion qui a prévalu était de nouveau que le Règlement devrait prévoir des sentences définitives et contraignantes comme le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 et la Convention de New York²⁰. Cependant, un groupe régional continue de soutenir que "la meilleure voie à suivre, pour concevoir une norme mondiale de résolution des litiges en ligne, pourrait être d'envisager ... une procédure qui ne soit pas calquée sur l'arbitrage²¹". Selon un avis opposé, comme il a été expliqué à la session de 2012 de la Commission:

Un système mondial de résolution des litiges en ligne devait produire des décisions finales et contraignantes par voie d'arbitrage, et un tel système apporterait beaucoup aux pays en développement et en situation d'après conflit pour les raisons suivantes:

¹⁷ Note du Secrétariat sur certaines questions juridiques ayant des incidences sur la microfinance, A/CN.9/756, par. 24 (2012). Aux sessions du Groupe de travail, il a été souligné qu'il importait "de veiller à ce que le Règlement de procédure tienne compte de la situation des pays en développement, où de petites et moyennes entreprises sans connaissances financières pouvaient être demandeurs et où, en l'absence de recours judiciaires effectifs, la résolution des litiges en ligne pouvait être leur unique option". Rapport de mai 2011 du Groupe de travail, *supra*, note 6, par. 93.

¹⁸ Rapport du Groupe de travail de décembre 2010, *supra* note 16, par. 17.

¹⁹ *Ibid.*, par. 30. En outre, "[il] a été convenu que les décisions arbitrales ... devraient être définitives et contraignantes, aucun appel ne pouvant être fait sur le fond du litige, et devraient être exécutées dans un délai court." *Ibid.*, par. 99.

²⁰ Rapport du Groupe de travail III (Résolution des litiges en ligne), (Vienne, 5-9 novembre 2012), A/CN.9/762, par. 26 à 30 et par. 34 et 35.

²¹ Proposition de la délégation d'observateurs de l'Union européenne, *supra* note 4, p. 7.

a) Il améliorerait l'accès à la justice en fournissant une méthode efficace, économique et fiable de résolution des litiges là où, dans bien des cas, il n'existait pas de mécanismes judiciaires à l'efficacité avérée pour régler les litiges survenus lors d'opérations internationales de commerce électronique;

b) La croissance économique et le développement du commerce international en seraient favorisés, les parties à ces opérations pouvant compter que leurs litiges seraient traités équitablement et rapidement;

c) Ce système permettrait aux petites et moyennes entreprises des pays en développement d'avoir un meilleur accès aux marchés étrangers et, en cas de litige, atténuerait leur désavantage lorsqu'elles traiteraient avec des parties commercialement plus sophistiquées situées dans d'autres pays et disposant de moyens juridiques et judiciaires plus importants²².

Bref, en l'absence de voies de recours judiciaires adéquates pour les litiges internationaux, un système de règlement des litiges en ligne débouchant en dernier ressort sur un arbitrage exécutoire a de fortes chances d'inciter les parties à s'orienter vers la résolution amiable. Dans le système de résolution des litiges en ligne envisagé par la CNUDCI, la plupart des affaires donneraient lieu à un règlement amiable par voie de négociation ou de médiation. En cas d'échec des tentatives de règlement amiable, il faudrait aux parties une autre option: l'arbitrage. Un arbitrage exécutoire protégerait les consommateurs en garantissant que les droits qu'ils ont à faire valoir contre les vendeurs seraient dûment respectés. Parallèlement, un arbitrage exécutoire protégerait les vendeurs de pays en développement contre les abus de la cyberarnaque qui, lorsqu'ils sont en position d'acheteur, ont le statut de "consommateur"²³.

V. Les sentences rendues en ligne devraient pouvoir être reconnues et exécutées sur le fondement de la Convention de New York, mais se fier uniquement à ce mécanisme ne suffit pas

Au début de la négociation, il a été généralement reconnu qu'"on pouvait présumer que la Convention de New York s'appliquerait à l'exécution des sentences arbitrales dans le règlement en ligne des litiges internationaux entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, mais [qu'] on ne pourrait se fier uniquement à ce mécanisme...²⁴". Le groupe régional affirme maintenant qu'"[I] est douteux que les sentences arbitrales rendues dans le cadre d'une telle procédure puissent être exécutées en vertu de la Convention de New York de 1958²⁵".

Et pourtant, le système envisagé prévoit la réunion des conditions requises pour la reconnaissance et l'exécution sur le fondement de la Convention de New York. La CNUDCI a, à cet égard, adopté en 2006, compte tenu de l'utilisation de plus en plus

²² Rapport de la quarante-cinquième session, *supra* note 3, par. 76.

²³ Si seule la médiation était offerte, les défendeurs (vendeurs ou consommateurs, selon le cas) seraient incités à faire aux demandeurs une offre peu avantageuse pour ces derniers, du type "à prendre ou à laisser", sachant pertinemment que la partie lésée n'aurait d'autre solution que de l'accepter puisqu'elle ne dispose d'aucun recours judiciaire. L'arbitrage offrirait une alternative qui rétablirait l'équilibre entre les parties.

²⁴ Rapport du Groupe de travail de décembre 2010, *supra* note 16, par. 98.

²⁵ Proposition de la délégation d'observateurs de l'Union européenne, *supra* note 4, p. 3.

répandue du commerce électronique, une recommandation sur l'interprétation des conditions requises pour l'exécution sur le fondement de la Convention de New York²⁶. Elle a, plus précisément, recommandé que l'article II, paragraphe 2, de la Convention de New York, qui définit la "convention écrite", ne fasse pas l'objet d'une application stricte étant donné "que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs" puisque des conventions d'arbitrage sont désormais entièrement conclues en ligne. En outre, la CNUDCI a recommandé que les États adoptent l'article 7 de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international telle que révisée, qui reconnaît expressément qu'une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage et qu'il faut par une telle communication entendre notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie²⁷. Le Groupe de travail sur le règlement des litiges en ligne a demandé que des définitions des termes "écrit", "signature" et "signature électronique", fondées sur les normes existantes de la CNUDCI telles qu'elles sont exposées dans la Loi type sur le commerce électronique, soient ajoutées dans le projet de règlement²⁸. L'exigence d'une sentence rendue par écrit et signée par le tiers neutre est fondée sur l'article 31, paragraphe 1, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international²⁹.

Une fois ces conditions satisfaites, nous estimons que les sentences arbitrales rendues en ligne peuvent et doivent être exécutoires sur le fondement de la Convention de New York. Bien entendu, comme le Secrétariat l'a souligné, l'application de la Convention (ainsi que de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international) à un litige né du commerce électronique déterminé dépendra de la loi du siège de l'arbitrage. Cependant il serait anormal, et cela affaiblirait indirectement la Convention de New York, que la CNUDCI élabore un régime d'arbitrage d'où seraient issues des sentences arbitrales dont l'exécution échapperait au champ

²⁶ 2006 – Recommandation relative à l'interprétation de l'article II-2 et de l'article VII-1 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), disponible à l'adresse:

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2006recommandation.html.

²⁷ Il faut aussi prendre en compte la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (entrée en vigueur le 3 janvier 2013 et qui compte trois États parties). La Convention comporte en son article 20 une disposition précisant que les communications électroniques peuvent aussi être utilisées en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'appliquent certaines Conventions, dont la Convention de New York. Si globalement la Convention sur les communications électroniques ne s'applique pas expressément aux opérations entre entreprises et consommateurs, l'intention des États à l'article 20 est manifestement de souligner l'équivalence fonctionnelle des communications électroniques dans le cas des contrats internationaux et des sentences arbitrales rendues en ligne, aux fins de l'application de la Convention de New York, y compris dans le contexte des opérations entre entreprises et des opérations entre entreprises et consommateurs. Le fait que la Convention soit axée sur les opérations entre entreprises ne signifie pas qu'on ait voulu instituer ou suggérer des normes différentes pour les opérations entre entreprises et consommateurs; la restriction du champ d'application ainsi opérée s'explique par d'autres raisons. Voir *ibid.*, par. 72.

²⁸ Rapport du Groupe de travail de mai 2012, *supra* note 10, par. 59; rapport du Groupe de travail de novembre 2012, *supra* note 20, par. 44. Voir aussi A/CN.9/WG.III/WP.119/Add.1, par. 60 et 61.

²⁹ A/CN.9/WG.III/WP.119/Add.1, par. 59.

d'application de la Convention. S'en trouverait aussi contrarié le principal objectif du système de résolution des litiges en ligne que la CNUDCI cherche à instituer, à savoir créer un ensemble de règles de procédure efficaces pour la résolution des litiges nés de toutes les opérations représentant de faibles montants mais un fort volume effectuées en ligne.

Le groupe régional affirme en outre que, même à supposer que les sentences arbitrales puissent être exécutées, il est irréaliste de croire que des sentences rendues dans le contexte du fort volume d'opérations portant sur de faibles montants pourraient être exécutées au niveau international sur le fondement de la Convention de New York de 1958 ... lorsque le système judiciaire du lieu où le défendeur réside ou a ses actifs ne fonctionne pas bien³⁰. De toute évidence, c'est là un point que le Groupe de travail a reconnu lorsqu'il a conclu que la Convention de New York s'appliquerait à l'exécution des sentences arbitrales rendues pour résoudre en ligne des litiges internationaux entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, "mais [qu'] on ne pourrait se fier uniquement à ce mécanisme..."³¹ Le rapport du Groupe de travail indique que "les débats se sont dès lors centrés sur d'autres options auxquelles on pourrait recourir pour exécuter les sentences de façon plus pratique et plus rapide":

Une de ces options consistait à insister sur l'utilisation de labels de confiance et à compter sur le fait que les commerçants respecteraient les obligations que ceux-ci imposent. Une autre était d'exiger la certification des commerçants, qui s'engageraient à respecter les décisions rendues à leur encontre dans le cadre de la résolution de litiges en ligne. À cet égard, il a été dit qu'il serait utile de rassembler des données montrant dans quelle mesure les sentences étaient respectées. Enfin, il a été souligné qu'un processus efficace et rapide de résolution des litiges en ligne contribuerait à ce que les parties respectent les sentences³².

Ces mécanismes privés d'exécution devraient certes être plus rapides, plus faciles, moins coûteux, et donc beaucoup plus utilisés dans la pratique; néanmoins, il est possible que concrètement l'exécutabilité des sentences sur le fondement de la Convention de New York soit une condition *sine qua non* au succès de ces systèmes ou méthodes d'exécution privés. Si de tels mécanismes fonctionnent convenablement au niveau national, c'est parce qu'en l'absence d'exécution volontaire plane toujours, à ce niveau, le spectre d'un recours à l'arbitrage ou au système judiciaire internes dont les décisions seront obligatoires. Il importe de remarquer que si dans la plupart des arbitrages internationaux, les parties se conforment volontairement à la sentence, c'est parce qu'il n'y a guère de chance que l'application de la Convention de New York leur permette de se soustraire à l'exécution³³.

³⁰ Proposition de la délégation d'observateurs de l'Union européenne, *supra* note 4, p. 3 et 4. Celle-ci déclare aussi que dans le contexte du fort volume d'opérations internationales portant sur de faibles montants, il est très probable que le coût de l'obtention de l'exécution forcée d'une sentence arbitrale sera bien plus élevé que la somme allouée. *Ibid.*, p. 4.

³¹ Rapport du Groupe de travail de décembre 2010, *supra* note 16, par. 98.

³² *Ibid.*

³³ Voir. Born, Commercial Arbitration, *supra* note 13, 2327 ("des études empiriques et ce qui est rapporté sur le sujet indiquent que le pourcentage d'exécution volontaire des sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage international est supérieur à 90 %").

VI. Le Règlement ne devrait pas donner un effet extraterritorial au droit interne de pays qui interdisent le choix du for par les parties pour la résolution des litiges

A. Traitement à accorder aux dispositions impératives du droit interne conformément au Règlement sur l'arbitrage international

Il a été convenu que le Règlement sur la résolution des litiges en ligne régirait l'arbitrage. Toutefois, comme dans le cas du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, "en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, cette dernière prévaudr[ait]³⁴". Comme il est expliqué dans le rapport du Groupe de travail:

"Il a été convenu que le Règlement en cours d'élaboration était de nature contractuelle, c'est-à-dire qu'il s'appliquait par convention entre les parties. Il s'imposait donc à elles dans la mesure où la législation interne le permettait, et ne pouvait prévaloir sur les règles de droit impératives au niveau interne.

... [L]e Règlement ne visait pas à provoquer une modification des législations nationales à l'échelle mondiale mais à fournir un moyen pratique – inexistant à ce jour – de résoudre rapidement, simplement et économiquement les litiges internationaux portant sur de faibles montants, pour lesquels il n'était généralement pas réaliste d'engager une action en justice. Il a été dit que cela bénéficierait en général aux consommateurs qui, si le système de résolution des litiges en ligne était équitable et efficace, ne recourraient probablement pas à des tribunaux nationaux pour de telles affaires³⁵."

Les législations nationales peuvent devoir être prises en compte au stade de l'exécution de la sentence:

"Si la clause de résolution des litiges précise que les litiges nés de l'opération seront traités conformément aux dispositions de la Voie I du Règlement (se terminant par un arbitrage), toutes les parties seront liées par la sentence finale si la législation nationale applicable le permet. Dans les pays où les conventions d'arbitrage antérieures au litige ne lient pas les consommateurs, ceux-ci participeraient à la même procédure de résolution en ligne mais ne seraient pas liés par la sentence du fait de leur législation nationale (en l'absence de convention d'arbitrage postérieure au litige)³⁶."

À cet égard, l'article 36-1 b) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'article V-2 b) de la Convention de New York disposent l'un et l'autre que le pays où la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale sont requises n'est pas tenu de reconnaître ni de faire exécuter celle-ci si cela devait être contraire à son ordre public³⁷.

³⁴ Article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

³⁵ Rapport du Groupe de travail de mai 2012, *supra* note 10, par. 15 et 16.

³⁶ Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de Règlement de procédure, A/CN.9/WG.III/WP.119, par. 17 (mars 2013).

³⁷ La Cour d'appel fédérale du deuxième circuit, aux États-Unis, a conclu que l'exception d'ordre public devait être interprétée de façon étroite et que la reconnaissance ou l'exécution ne devaient être refusées que si elles "violait les normes de moralité et de justice les plus élémentaires de l'État du for." *Parsons v. Whittemore Overseas C, Inc, v. Société générale de*

B. Proposition d'un Groupe régional en faveur de l'application extraterritoriale de législations nationales

Cependant, à la dernière session du Groupe de travail, un groupe régional a fait valoir qu'«[il] ne suffi[sait] pas de dire que le Règlement [était] censé n'être que de nature contractuelle et qu'il ne [pouvait] donc évincer la législation de protection du consommateur...³⁸». Selon ce groupe régional, le Règlement devait mettre à la charge des commerçants l'obligation d'offrir, au moment de l'opération, deux clauses distinctes de résolution des litiges en ligne qui diffèreraient selon le pays et le statut de l'acheteur (entreprise ou consommateur) ... ce qui ferait que les consommateurs de certains pays ne seraient pas soumis aux dispositions du Règlement prévoyant l'arbitrage, mais ne se verraient appliquer que celles concernant la procédure hors arbitrage³⁹. Serait en outre ajoutée au Règlement «une annexe contenant une liste de pays [ayant choisi] expressément d'y figurer afin d'exclure l'application de la Voie I [arbitrage] du Règlement à leurs consommateurs...⁴⁰». Serait aussi ajoutée au Règlement une disposition ainsi rédigée: «Le présent Règlement ne s'applique pas lorsqu'une partie à l'opération est un consommateur d'un État listé à l'annexe X, sauf si ledit Règlement a été accepté après la naissance du litige⁴¹.» De tels amendements aboutiraient en fait «à provoquer une modification des législations nationales à l'échelle mondiale⁴²» et ce en imposant la loi d'une série d'États aux résidents de tous les autres États⁴³.

C. La proposition du groupe régional est incompatible avec la nature du Règlement de procédure

Imposer de cette façon les lois nationales d'un groupe de pays à tous les autres pays dans un instrument multilatéral serait contraire aux buts et objectifs de la CNUDCI. Une harmonisation du droit bien comprise ne saurait consister à tout simplement

l'industrie du papier (RAKTA), 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974). Voir aussi *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 472 U.S. 614, 639 (1985); Voir Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 13, 2837-39 (2009) (bref historique de la disposition sur l'ordre public de la Convention de New York).

³⁸ Proposition de la délégation d'observateurs de l'Union européenne, *supra* note 4, p. 6.

³⁹ Rapport du Groupe de travail de mai 2013, *supra* note 4, par. 21 et 31.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 34. Il était en outre indiqué dans la proposition que «[I]es États indiqueraient au Secrétariat de la CNUDCI, avant l'adoption du Règlement, s'ils souhait[ai]ent figurer à l'Annexe I...» Proposition de la délégation d'observateur de l'Union européenne, *supra* note 4, p. 8.

⁴¹ Rapport du Groupe de travail de mai 2013, *supra* note 47, par. 32.

⁴² Voir note 35 *supra* et le texte auquel elle renvoie.

⁴³ Des délégations se sont opposées à la proposition aux motifs 1) «qu'elle obligerait le Groupe de travail à réexaminer une des questions fondamentales sur lesquelles il avait dégagé un consensus, à savoir le fait qu'il n'était pas souhaitable de définir le terme «consommateur» dans un texte international»; 2) «qu'il n'appartenait pas au Groupe de travail de trancher la question de savoir s'il convenait de concevoir une annexe visant à décider pour les États quelles règles s'appliqueraient à leurs consommateurs, et qu'il n'appartenait pas non plus aux États de fournir ce type de renseignements ni de les actualiser»; 3) que la CNUDCI ne devait pas, sur le plan des principes, ni ne pouvait «sur le plan juridique, adopter un règlement précisant ne pas s'appliquer à certains États ou parties en tant que tel»; et 4) «que la proposition ne serait pas compatible avec la structure et l'interprétation correcte de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ce qui nuirait à la pratique internationale actuelle en matière d'arbitrage». Rapport du Groupe de travail, mai 2013, note 3 *supra*, par. 24, 29, 37. Nous n'examinons pas ici tous les motifs d'opposition à la proposition.

étendre l'application des lois nationales d'un groupe d'États aux citoyens d'autres États. Et il serait abusif d'utiliser un instrument de la CNUDCI pour atteindre ce but.

Le mandat du Groupe de travail exige, au minimum, que le règlement qu'il est chargé d'élaborer soit compatible avec le cadre qui régit l'arbitrage international en application des autres instruments existants de la CNUDCI. À cet égard, l'article 1-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI reconnaît spécifiquement que le Règlement s'applique lorsque les parties sont convenues qu'il présiderait à la résolution de leurs litiges "sous réserve des modifications dont [elles] pourr[ai]ent être convenues. L'article 1-3 du Règlement d'arbitrage dispose en outre: "Le présent Règlement régit l'arbitrage. Toutefois, en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, cette dernière prévaut."

Étant donné le caractère contractuel du Règlement de procédure et le fait que les parties peuvent l'adopter en bloc ou seulement partiellement, le Groupe de travail outrepasserait son mandat s'il cherchait à imposer aux commerçants l'obligation de déterminer le type d'acheteur et le(s) pays [pour le(s)quel(s) il vaudrait]. Cela a été reconnu à la dernière session du Groupe de travail:

L'idéal serait que le commerçant indique sur sa page Web ou grâce à un lien intégré à la clause de résolution des litiges quelles seraient les conséquences de cette clause et notamment celles qui découlent par exemple pour les consommateurs dans certains pays du caractère non contraignant d'une clause antérieure au litige. *Cependant, le Règlement n'ayant pas pour objet d'imposer des obligations aux entreprises*, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu d'exiger, dans les lignes directrices à l'intention des prestataires de services de résolution des litiges en ligne, que les incidences des dispositions des Voies I ou II du Règlement (selon le cas) soient présentées clairement et simplement aux deux parties lorsqu'une demande est présentée⁴⁴.

Il ne serait pas non plus conforme au mandat du Groupe de travail que le Règlement impose au Secrétariat de la CNUDCI de tenir une liste d'États qui auraient émis le vœu d'y figurer en annexe. On ne voit pas non plus clairement sur quelle base des États informeraient le Secrétariat de leur intention d'être ajoutés à la liste: les États peuvent avoir des règles très différentes, ce qui obscurcit la signification de leur inscription sur une seule et même liste. Le Groupe de travail n'a pas été chargé d'élaborer un traité ou une loi type qui s'imposerait à des parties privées mais un ensemble de règles génériques de nature contractuelle pouvant être modifiées par les parties à un litige.

De plus, mettre à la charge des entreprises l'obligation de déterminer de quelle juridiction relèvent leurs cocontractants et quel est leur statut (consommateur ou entreprise) irait à l'encontre du but recherché, à savoir la promotion du commerce électronique international. Comme le Secrétariat l'a déclaré:

le fait d'exiger du vendeur qu'il détermine si l'acheteur est une entreprise ou un consommateur, quel est le pays qui a juridiction sur lui et le droit qui lui est applicable, et qu'adapte en conséquence la clause de résolution des litiges pourrait contrecarrer l'un des objectifs supposés du Règlement, à savoir

⁴⁴ A/CN.9/WG.III/WP.119, *supra* note 36, par. 18 (non souligné dans l'original).

décharger les commerçants, afin de les inciter à vendre à l'étranger, du fardeau et des risques liés à l'obligation d'enquêter. Le Groupe de travail avait déjà recensé les difficultés inhérentes à la catégorisation des consommateurs et des entreprises dans le contexte des opérations en ligne...⁴⁵

Enfin, donner aux parties la possibilité de convenir, après la survenance du litige, de soumettre celui-ci à l'arbitrage soulève à la fois des problèmes juridiques et d'ordre pratique:

[La] clause initiale de résolution des litiges pourrait voir sa validité compromise si elle était subordonnée à une acceptation ou un accord supplémentaire. En tout état de cause, pour les consommateurs, effectuer ce second clic après la naissance du litige ne réglerait rien lorsqu'ils sont défendeurs. La conclusion d'une convention d'arbitrage par les deux parties après la naissance du litige ne semble pas non plus réaliste, ni pour les opérations entre entreprises, ni pour l'immense majorité des opérations entre entreprises et consommateurs, car le fait que le défendeur soit le plus souvent une entreprise réduit considérablement la possibilité qu'ont les demandeurs d'obtenir réparation en application du Règlement si cette entreprise refuse de recourir à l'arbitrage après la naissance du litige⁴⁶.

D. La proposition du groupe régional est incompatible avec le cadre qu'offre la Convention de New York

La proposition du groupe régional sèmerait aussi la confusion au sujet du mandat de la CNUDCI car sa mise en pratique risquerait d'être incompatible avec les dispositions de la Convention de New York concernant le pays dont le droit s'applique pour décider de la validité matérielle ou non des conventions d'arbitrage. Plus précisément, une disposition qui voudrait que le Règlement "ne s'applique pas lorsqu'une partie à l'opération est un consommateur d'un des États listés à l'Annexe X, sauf si ledit Règlement a été accepté après la naissance du litige", risque d'être incompatible avec les obligations mises à la charge des États parties à l'article II de la Convention de New York⁴⁷.

L'article II-1, de la Convention de New York énonce une obligation stricte lorsqu'il dispose que "[c]hacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage 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, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage". L'article II-3, poursuit en prévoyant un mécanisme de reconnaissance obligatoire des conventions d'arbitrage assortie de l'exigence d'une exécution spécifique sous réserve seulement des exceptions généralement applicables dans le droit des contrats: "Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à

⁴⁵ Ibid., par. 9.

⁴⁶ Ibid., par. 12.

⁴⁷ On voit mal comment cette disposition fonctionnerait dans la pratique. Le groupe régional a indiqué qu'il ne cherchait pas à ce que le type d'acheteur et la juridiction dont celui-ci relève soient déterminés durant le litige. Voir aussi *ibid.* et le texte d'accompagnement.

la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée⁴⁸."

Le Groupe de travail considère "que la grande majorité [des] lois [nationales de protection des consommateurs] permett[...].ent [à ceux-ci] de conclure une convention d'arbitrage avant qu'un différend ne survienne⁴⁹". Même à l'égard des consommateurs soumis à la juridiction de la minorité d'États qui interdisent la conclusion de telles conventions préalablement à la survenance de tout litige, il se peut que la validité matérielle des conventions d'arbitrage au regard des articles II-3, et V-1, reste entière. Comme le Secrétariat l'a souligné:

Les conditions de validité matérielle de la convention d'arbitrage sont régies par "la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, la loi du pays où la sentence a été rendue" (art. V-1 a)). Une des principales questions à examiner est celle de savoir si les parties ont consenti à l'arbitrage. Cette question est laissée au droit interne applicable, et les conventions d'arbitrage en ligne ne poseront pas nécessairement de questions spécifiques. Pour ce qui est des conventions entre entreprises et consommateurs, la question est de savoir si ces conventions d'arbitrage, conclues ou non avant la survenance du litige, sont reconnues comme valables selon les lois nationales applicables. Cette question a suscité des réponses différentes selon les pays et il n'y a pas d'approche harmonisée en la matière⁵⁰.

En conséquence, conformément à la Convention de New York, en l'absence d'une disposition sur le choix de la loi applicable désignant expressément la loi du pays du

⁴⁸ Voir Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 13, 569 (la Convention de New York "devrait être interprétée comme autorisant uniquement les exceptions généralement prévues par le droit des contrats"). Les cours d'appel fédérales, aux États-Unis, ont donné de cette clause une interprétation étroite, déclarant que "la clause [devait] être interprétée comme n'englobant que les situations standard justifiant une exception à l'applicabilité d'un contrat – telles que la fraude, l'erreur, la contrainte et la renonciation – qui [pouvaient] être invoquées de façon neutre à l'échelle internationale". Voir, par exemple, *DiMercurio v. Sphere Drake, PLC*, 202 F.3d 71, 79-80 (1st Cir., 2000). Les cours fédérales ont aussi rejeté l'argument selon lequel une loi contraire d'un État de l'Union rendrait une convention d'arbitrage "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée" au sens de l'article II-3, notant que "en adhérant à la Convention, le Gouvernement fédéral [avait] insisté sur le fait que l'interprétation ne pouvait se faire même à l'aune des intérêts particuliers de la nation". Voir, par exemple, *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F.2d 184, 187 (1st Cir., 1982).

⁴⁹ Rapport du Groupe de travail de décembre 2010, *supra* note 16, par. 52.

⁵⁰ Note du Secrétariat, Règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique (A/CN.9/WG.III/WP.110), par. 43 (2011) (non souligné dans l'original). Voir aussi, par exemple, A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, 126 (1981) ("Une interprétation systématique de la Convention [de New York], en principe, permet l'application par analogie des règles de conflit de l'article V-1 a), à l'application de la convention [d'arbitrage]. Il semblerait illogique d'appliquer au moment de l'exécution de la sentence les règles de conflit uniformes de la Convention [de New York] et au moment de l'application de la convention [d'arbitrage] les règles de conflit du for qui peuvent différer."); J. Lew, L. Mistelis et S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, par. 6-54, 6-55 (2003) (Bien que ces dispositions [celles de la Convention de New York, article V-1 et de la Loi type de la CNUDCI, article 36-1 a) i)] ne traitent de la question que dans la perspective du juge devant se prononcer sur l'annulation ou l'exécution, il est fortement souhaitable d'appliquer les mêmes critères au stade précédant la sentence.").

consommateur, seule doit être prise en compte la loi du lieu où se trouve ce dernier pour déterminer la validité de conventions d'arbitrage ou de sentences arbitrales dont la reconnaissance ou l'exécution ou encore, dans le cas des sentences, l'annulation est demandée dans la juridiction dont relève ce lieu.

La proposition du groupe régional semble exiger des États qu'ils refusent de reconnaître des conventions d'arbitrage, par ailleurs valables, auxquelles sont parties des consommateurs de certains États sans tenir compte des points de vue divergents sur la loi régissant la validité matérielle de la convention d'arbitrage. De ce fait, elle aurait pour résultat soit des interprétations contradictoires de la Convention de New York soit une tentative inappropriée de faire appliquer par d'autres États les exceptions prévues par la législation nationale de certains États⁵¹. Si un État exige que certains litiges soient portés devant ses tribunaux étatiques, alors même que les parties ont convenu de recourir à l'arbitrage, parce qu'il estime que de tels litiges ne se prêtent pas à l'arbitrage, l'application par cet État de la doctrine de la non-arbitrabilité aux fins de l'article II ou de l'article V-2, ne lie pas les autres États⁵². Quelle que soit la façon dont elles opèrent dans les États qui les ont adoptées, les législations nationales ne devraient rien avoir affaire avec la question de savoir si le Règlement doit s'appliquer dans le cas d'une opération internationale⁵³.

Quoi qu'il en soit, la proposition du groupe régional ne donne pas à entendre que les accords auxquels sont parties des consommateurs constituent un "sujet" non susceptible d'être soumis à l'arbitrage au sens de l'article II-1. En fait, même dans

⁵¹ Voir Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 13, 827 ("il est bien évident que l'invalidation de toutes les conventions d'arbitrage acceptées par des consommateurs avant la survenance de tout litige ... est contraire à l'exigence de neutralité posée à l'article II pour les règles ayant un caractère contractuel.").

⁵² Voir Born, *International Commercial Arbitration*, *supra* note 28, 840-841 (La doctrine de la non-arbitrabilité est une exception contraire au régime uniforme du choix de la loi établi par l'article V-1 a) et aux objectifs de la Convention; elle devrait être appliquée avec retenue, dans des cas bien circonscrits et sans faire jouer les particularismes, et en règle générale pas à titre interlocutoire (par exemple, avant la sentence finale). En outre, comme le montre une analyse du choix approprié de la loi, les tribunaux nationaux ne devraient pas appliquer des règles étrangères concernant la non-arbitrabilité (sauf dans des cas exceptionnels), mais devraient donner effet au régime établi à l'article V-1 a) en matière de choix de la loi applicable. Même si un État parvient à adopter des règles locales sur la non-arbitrabilité pour s'en servir comme échappatoire, les autres États contractants en général ne devraient pas donner effet à de telles règles.") (notes de bas de page omises); voir aussi Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne, Vienne 14-18 novembre 2011), A/CN.9/739, par. 28.

⁵³ Dans *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, *supra*, la Cour suprême des États-Unis a spécifiquement conclu (473 U.S. 629) "que la courtoisie internationale, le respect des capacités des tribunaux étrangers et des tribunaux transnationaux et le besoin de prévisibilité concernant la résolution des litiges qu'a le système commercial international exigent que nous donnions effet à la convention des parties, même si l'on aboutirait à un résultat inverse dans un contexte national". La Cour a noté qu'elle avait dans une décision antérieure "prêté attention à la préoccupation fréquemment exprimée par les délégués ayant participé à la négociation de la Convention, à savoir qu'il ne fallait pas que les tribunaux de pays signataires devant lesquels l'exécution d'une convention d'arbitrage était demandée puissent la refuser sur la base de considérations purement locales quant à l'opportunité de telles conventions ou d'une façon qui en diminuerait le caractère mutuellement contraignant ..., citation tirée de G. Haight, : *Summary Analysis of Record of United Nations Conference*, May/June 1958, p. 24 à 28 (1958)."

l'optique de la proposition du groupe régional, les consommateurs seraient autorisés à avoir recours à l'arbitrage après la survenance d'un litige.

Pour ces raisons, nous estimons que la proposition du groupe régional sèmerait la confusion au sujet du mandat de la CNUDCI, car elle risquerait d'aller à l'encontre des dispositions de la Convention de New York concernant la loi qui s'applique pour déterminer la validité matérielle ou la non-applicabilité des conventions d'arbitrage. De plus, si elle prenait l'initiative d'annexer au Règlement une liste d'États qui refusent à un large éventail de parties la capacité de conclure des conventions d'arbitrage contraignantes, la CNUDCI avaliserait implicitement la position de ces États sur la question de la validité matérielle ou de la non-applicabilité, d'autant plus que c'est elle qui actualiserait la liste. S'il y a des interprétations divergentes de la Convention de New York et des normes nationales également divergentes concernant la validité matérielle ou la non-applicabilité des conventions d'arbitrage, il serait déplacé qu'un instrument de droit souple de la CNUDCI qui crée des règles contractuelles pour des parties privées entende régler ces divergences en épousant dans les faits la position d'un seul groupe d'États.

Bref, la proposition du groupe régional ne contribuerait pas à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour une résolution juste et efficace des litiges nés d'opérations du commerce électronique international portant sur de faibles montants mais des volumes importants. En revanche, elle risquerait d'ouvrir la porte à une interprétation et une application de la Convention de New York non uniformes et, selon nous, incorrectes. La solution pour le traitement des dispositions impératives des législations nationales se trouve à l'article 1-3, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010, qui, tout en laissant jouer pleinement les lois des pays qui restreignent la capacité des consommateurs à se porter partie à une convention d'arbitrage, ne donnerait pas naissance à de tels problèmes en lien avec la Convention de New York.

VII. Conclusions

Les révisions du Règlement de procédure proposées à la dernière session du Groupe de travail ne créeront pas un environnement juridique favorable pour permettre aux microentreprises et aux petites entreprises d'accéder aux marchés internationaux à travers le commerce électronique, étant donné la tension entre des conceptions divergentes de la compétence judiciaire et l'impossibilité dans la pratique de résoudre devant les tribunaux étatiques le fort volume de litiges internationaux portant sur de faibles montants. Le Règlement ne devrait pas simplement refléter le point de vue de pays d'une région donnée où la voie judiciaire est certes ouverte aux parties de la région mais non pas aux parties extérieures à la région.

Le Groupe de travail devrait de nouveau recevoir pour instructions de faire en sorte que le Règlement prévoie l'arbitrage définitif et contraignant dont on a besoin, en particulier les parties des pays sous-développés et des pays en développement ainsi que des pays en situation d'après conflit qui ne disposent pas d'un système judiciaire de base ou dont le système n'est pas performant. De plus, la Commission devrait approuver pour l'automne 2013 une réunion sur la résolution des litiges en ligne qui se tiendrait immédiatement après la réunion sur l'arbitrage de façon qu'une partie de la réunion sur la résolution des litiges en ligne puisse plus facilement être consacrée à la question de la compatibilité du règlement proposé avec le droit et la pratique de l'arbitrage international.