


# NOW WHERE DO WE STAND WITH ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)?

## ET MAINTENANT OU EN SOMMES-NOUS AVEC LA RESOLUTION DES LITIGES EN LIGNE (ODR) ?

Mirèze PHILIPPE\*

 Dispute resolution; Online services; UNCITRAL

Where is everyone going with online dispute resolution (“ODR”) was a question I tried to answer ten years ago, and my question today is where do we stand? In the paper I published on this subject, I reported about some of the main works led by different groups as well as some of the issues debated in the field of online dispute resolution worldwide, and I suggested certain uniform practice.<sup>1</sup> Various initiatives exist today which envisage a global consumer online dispute resolution system, but only on regional levels. The time has come to work together on a global programme for standard principles to be applied by ODR providers, model rules to be used for resolving consumer disputes online, and ODR mechanisms to be promoted. The choice of court, choice of place and choice of law in online dispute resolution are considered to be difficult obstacles to overcome in this environment, but they are non-issues.

The paper was presented at a colloquium organised by the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”), the Pace Institute of International Commercial Law, and Penn State Dickinson School of Law in Vienna on March 29 and 30, 2010. The Commission of UNCITRAL had requested at its 42nd session in June 2009<sup>2</sup> that a study be prepared on possible future work regarding online dispute resolution. Experts from all parts of the world and from various practice areas (governments, private sectors, academia and non-profit sectors) were invited to engage in a

Où en est la résolution des litiges en ligne (« ODR ») était une question à laquelle j’ai tenté de répondre il y a dix ans, et ma question aujourd’hui est où en sommes-nous ? Dans l’article que j’ai publié sur ce sujet, j’ai fait état de quelques-uns des travaux les plus importants entrepris par différents groupes, ainsi que de certaines questions faisant l’objet de débats à travers le monde dans le domaine des résolutions de litiges en ligne, et j’avais suggéré certaines pratiques uniformes. Plusieurs initiatives existent aujourd’hui pour la mise en place d’un système global de résolution en ligne des litiges de consommateurs, cependant uniquement à un niveau régional. Il est temps d’entreprendre un travail conjoint pour élaborer un programme global de principes standards à appliquer par les fournisseurs d’ODR, pour rédiger un règlement type à utiliser dans la résolution en ligne des litiges des consommateurs, et pour promouvoir des procédures ODR. Le choix des tribunaux, du lieu et du droit dans la résolution des litiges en ligne sont considérés être des obstacles difficiles à franchir dans cet environnement, mais ce sont de faux problèmes.

Cet article a été présenté à un colloque organisé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »), le Pace Institute of International Commercial Law, et le Penn State Dickinson School of Law à Vienne les 29 et 30 mars 2010. La Commission de la CNUDCI a demandé à sa 42<sup>ème</sup> session en juin 2009 qu’une étude soit préparée pour un éventuel futur travail concernant la résolution de litiges en ligne. Des experts de toutes les régions du monde et de différents milieux professionnels (gouvernements, secteurs privé, académique et non-gouvernemental) étaient invités à engager un dialogue intensif durant

\* Mirèze Philippe is Special Counsel at the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration. The views expressed are those of the author alone and should not be regarded as representative of or binding upon the ICC, the Court or its Secretariat.

deux jours et à avoir un nouveau regard sur les sujets de la résolution des litiges en ligne et du commerce électronique (« A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader, Consumer and Merchant »). Les opinions de l'auteur ont été communiquées lors du panel de discussions portant plus particulièrement sur les effets pratiques de l'établissement d'un système global d'ODR (« Practicalities of Establishing a Global ODR System »).

La résolution des litiges en ligne reste un phénomène intéressant, parce qu'il est né du milieu des résolutions de litiges qui continue à se développer malgré la crise économique, et de la technologie de l'information qui change et évolue sans cesse. ODR a en effet pris de l'élan au niveau international les dix dernières années, grâce au monde des affaires qui a commencé à utiliser ce potentiel pour réduire les coûts et pour l'efficacité du système, et grâce aux usagers de plus en plus calés dans la technologie qui découvrent d'autres méthodes pour résoudre les litiges.

Dans les années 2000 il y avait un nombre important de fournisseurs d'ODR dont certains ont entre-temps disparu, laissant la place à de nouveaux. L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (« OCDE »), ainsi que la Chambre de commerce internationale (« CCI ») avaient établi à cette époque une liste de fournisseurs. Une équipe sous la conduite de Gabrielle Kaufman-Kohler incluant également Thomas Schultz, a établi une liste de fournisseurs et décrit les services qu'ils offrent. Ethan Katsh a listé un certain nombre d'entre eux sur [www.odr.info](http://www.odr.info) [Vu le 15 octobre 2010]. Plusieurs initiatives ont été entreprises, mais aucune mise à jour ou mise à jour régulière des fournisseurs d'ODR n'a été réalisée.

A cette même époque, des institutions telles que l'OCDE, la CCI, l'American Bar Association (« ABA »), la Cour permanente d'arbitrage (« CPA »), et des universités, surtout les universités de Genève, de Namur et de Dublin, ont organisé des groupes de travail pour discuter sur plusieurs sujets d'inquiétude, notamment les programmes de confiance (trust seals), les signatures électroniques, les certificats, les procédures en ligne, les décisions qui engagent ceux à qui elles sont destinées contrairement à celles qui ne s'imposent pas. Certains d'entre nous, présents à ce colloque, ont participé à ces sessions de travail. Il était intéressant et important de partager notre savoir, le progrès de nos recherches et l'expérience que nous étions en train de construire dans ce domaine.

Le Professeur Vikky Rogers a dit dans son discours d'ouverture à ce colloque, que nous sommes dans la cinquième étape d'ODR et que nous ne commençons pas les discussions, ce qui est vrai. Ce domaine est encore en plein développement et requiert que nous continuions à contribuer à son amélioration, mais surtout à sa normalisation et son organisation, tel qu'il sera discuté.

Je ne parlerai pas de NetCase que j'ai développé pour la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, étant donné que la plateforme NetCase ne concerne pas les litiges de consommateurs. NetCase est un service spécialement conçu pour les usagers d'arbitrages CCI, afin de permettre aux arbitres et aux parties de

two-day intensive dialogue and to take "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader, Consumer and Merchant".<sup>3</sup> The views of the author were communicated at the panel focussing on "Practicalities of Establishing a Global ODR System".

Online dispute resolution remains an interesting phenomenon because it was born from the dispute resolution world which continues growing despite the economy crisis, and from information technology that continuously changes and develops. ODR has indeed gained international momentum over the last ten years as businesses have started using its potential for cost-cutting and efficiency, and as users, who are increasingly technologically savvy, discovered other avenues for settling disputes.

Around 2000, there was a significant number of ODR providers, many of whom in the meantime disappeared, other were born. The Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") as well as the International Chamber of Commerce ("ICC") established at that time a list of providers. A team led by Gabrielle Kaufman-Kohler and including Thomas Schultz also established a list of providers and described the services they offer.<sup>4</sup> Ethan Katsh listed a number of them on [www.odr.info](http://www.odr.info) [Accessed October 14, 2010]. Several initiatives were taken but no updating or regular updating of ODR providers was carried out.

At that same period, institutions such as the OECD, the ICC, the American Bar Association (ABA), the Permanent Court of Arbitration (PCA), and universities, mainly the University of Geneva, Namur and Dublin, organised working groups to discuss about several issues of concern, namely trust seals, electronic signatures, certificates, online procedures, and binding versus non-binding decisions. Some of us present at this colloquium participated to these working sessions. It was interesting and important to share our knowledge, the progress of our research and the experience we were building in this field.

Professor Vikky Rogers said in her opening remarks for this colloquium that we are in the fifth stage of ODR and we are not starting the discussions, which is true. This field is still developing and it requires that we continue contributing to its improvement, but more importantly to its regulation and organization as will be discussed.

I will not address the subject of NetCase that I developed for the ICC International Court of Arbitration, as the NetCase platform does not concern consumer disputes. NetCase is a dedicated service created for ICC arbitration users to enable the arbitrators and the parties conduct their procedures in a

secure online environment.<sup>5</sup> However, I draw on my experience in this field which contributed to keep me convinced that standards are necessary to assist users, including non-IT literate users, by offering to them tools, not only ready for use, but also easy to use.

## GLOBAL ODR PROGRAMME

In my paper reporting on the progress in the ODR field,<sup>6</sup> I had proposed that practices be established to offer the users comprehensible services, and I remain convinced almost ten years after:

- First, that there is a need to conform ODR services to certain standards and basic principles and to have model rules for the settlement of consumer disputes. The purpose is to create a sort of standardisation of practices in order to avoid striking or shocking differences, and to offer the users predictability.
- Secondly, that centralising information enhances ease of access to such information for consumers. The proposal is to have a source where potential users can find information and be able to make an informed choice.
- Thirdly, that promoting ODR mechanisms may encourage online and offline consumers to choose online dispute resolution mechanism as an out-of-court settlement procedure.

## ODR Standards

During those two days we heard interesting presentations, mainly about private and governmental projects for resolving disputes online, solutions for cross-border problems, frameworks for e-commerce, discussions on consumers' protection, the proposal by the Organization of American States to create a regional ODR system for handling cross-border e-commerce disputes, examples from initiatives in the European Union, the United States, the Arab World, Africa and Asia.

Recently, promoting ODR services was also suggested in a document on "Standardisation of Online Dispute Resolution Tools" drafted by several ODR players and published in December 2009 by the European Committee for Standardisation (CEN).<sup>7</sup>

Several groups or organisations have plans to create an online dispute resolution system. However, after a decade of debates about standards for resolving consumer disputes, we have not gone any further in offering the consumer

conduire leurs procédures dans un environnement sécurisé en ligne. Toutefois, je m'appuie sur mon expérience dans ce domaine qui me renforce dans l'idée que des standards sont nécessaires pour assister les usagers, y compris ceux qui ne sont pas expérimentés dans la technologie de l'information, en leur offrant des outils non seulement prêts à l'utilisation, mais également faciles à utiliser.

## PROGRAMME ODR GLOBAL

Concernant l'article dans lequel j'ai fait un rapport sur le progrès dans le domaine de l'ODR, j'avais proposé que des usages soient mis en place pour offrir aux usagers des services intelligibles, et je reste convaincue près de dix ans après que :

- Premièrement, il est nécessaire de conformer les services ODR à certains usages et principes de base et d'avoir un règlement type pour la résolution des litiges de consommateurs. Le but est de créer un genre de normalisation des usages, afin d'éviter des différences frappantes et choquantes et d'offrir aux usagers plus de prévisibilité.
- Deuxièmement, la centralisation d'informations améliore la facilité d'accès à de telles informations pour les consommateurs. La proposition est d'avoir une source où les usagers potentiels peuvent trouver des informations et être capables de faire un choix en connaissance de cause.
- Troisièmement, la promotion des mécanismes ODR peut encourager des consommateurs de transactions effectuées en ligne et dans le monde réel à choisir un mécanisme de résolution des litiges en ligne comme moyen extrajudiciaire disponible pour résoudre les litiges.

## Usages ODR

Nous avons entendu au cours de ces deux jours des présentations intéressantes, notamment au sujet de projets privés et gouvernementaux pour la résolution de litiges en ligne, de solutions pour des problèmes transfrontaliers, de cadre pour le commerce électronique, de discussions sur la protection des consommateurs, la proposition par l'« Organization of American States » de créer un système régional d'ODR pour le traitement des litiges transfrontaliers dans le commerce électronique, d'exemples d'initiatives dans l'Union européenne, les Etats-Unis, la région des pays arabes, l'Afrique et l'Asie.

La promotion des services ODR a été récemment suggérée dans un document sur la standardisation des outils de résolution de litiges en ligne (« Standardisation of Online Dispute Resolution Tools »), rédigé par plusieurs acteurs ODR et publié en décembre 2009 par le Comité Européen de Standardisation (CEN).

Plusieurs groupes ou organisations ont des projets de création d'un système de résolution des litiges en ligne. Toutefois, après une décennie de débats au sujet d'usages pour la résolution de litiges des consommateurs, nous n'avons pas avancé sur le

terrain d'usages universels à proposer aux consommateurs pour faciliter leur accès aux mécanismes de réparation. Il est temps d'entreprendre des efforts conjoints pour un plan global de résolution en ligne des litiges de consommateurs, aussi bien pour les transactions réalisées en ligne, que celles réalisées dans le monde réel.

Je propose que des usages universels soient établis pour les fournisseurs d'ODR et pour un règlement de procédure uniforme. Je recommandais dans mon article publié en 2002 quelques idées pour mettre en place des usages et pour offrir un ensemble de règles prêtes à être utilisées. La CCI a également publié en 2003 des recommandations pour les ODR dans les transactions B2C et C2C (« Best Practices for ODR in B2C and C2C transactions »), pour procurer des conseils aux entreprises engagées dans les transactions en ligne, ainsi qu'aux fournisseurs de services ODR.

Tenant compte que les fournisseurs d'ODR opèrent différemment, les consommateurs sont en droit de recevoir quelques conseils, étant donné qu'ils ne sont pas des professionnels familiers avec la résolution des litiges. En conséquence, les fournisseurs d'ODR devraient s'assurer que leurs sites contiennent des explications simples, intelligibles et accessibles. Les usagers devraient être d'emblée informés en quoi consistent les services ODR, comment ils fonctionnent et quel en est le coût. Les consommateurs ont besoin de se sentir en confiance avant de confier leurs litiges à des fournisseurs d'ODR qu'ils ne rencontreront jamais ou auxquels ils ne parleront jamais, les fournisseurs en ligne ne possédant pas nécessairement des bureaux ouverts aux visiteurs. Cette mise en confiance est d'autant plus importante que les consommateurs ne seront pas assistés par des professionnels pour défendre leurs positions.

Rendre les services ODR conformes à certains usages permet aux usagers potentiels de savoir ce qu'ils peuvent en général attendre de la part des fournisseurs d'ODR, avant de s'embarquer dans une procédure de résolution des litiges en ligne.

Je propose d'établir un programme global selon lequel les fournisseurs d'ODR qui souscrivent à un tel programme, affichent une espèce de carte d'identification sur leurs sites présentant un type d'informations similaires, d'une part, et d'autre part, utilisent un règlement type pour la résolution de litiges des consommateurs. Les fournisseurs pourraient ajouter des informations sur leurs sites et compléter le règlement type si nécessaire, mais ne devraient rien supprimer.

### **Carte d'identification à afficher sur les sites des fournisseurs d'ODR**

Les informations devraient contenir des critères de base qui pourraient aider les visiteurs d'un site à appréhender les principales caractéristiques d'un fournisseur. Elles devraient principalement :

- Afficher un contact, y compris les coordonnées d'une personne à contacter, ainsi qu'un support composé de personnes formées et versées dans les questions

universal standards to facilitate their access to redress mechanisms. It is time to undertake joint efforts towards a global scheme for resolving consumer disputes online, whether the transactions took place offline or online.

I propose that universal standards for ODR providers and uniform procedural rules be established. I recommended in my paper published in 2002 some thoughts to create practices and offer a set of rules ready for use. The ICC also published in 2003 "Best Practices for ODR in B2C and C2C transactions"<sup>8</sup> to provide guidance for companies engaged in online transactions and for ODR service providers.

Given that ODR providers operate differently, consumers are entitled to some guidance because they are not professionals familiar with dispute resolution. Therefore, ODR providers should ensure that their websites contain simple, comprehensive, and accessible explanations. Users should be informed from the outset what the ODR service entails, how it works and how much it costs. Consumers need to feel confident before entrusting their disputes to ODR providers whom they may never meet or talk to, since online providers do not necessarily have offices open to visitors. Trust is all the more important, because consumers will not be assisted by professionals to defend their position.

Conforming ODR services to certain standards allows potential users to know what they can in general expect from ODR providers before embarking on an online dispute resolution procedure.

I suggest the establishment of a global programme, whereby ODR providers who subscribe to such a programme display a sort of identification card on their websites where similar types of information are presented on the one hand, and on the other hand, use model rules for resolving consumer disputes. Providers could supplement information on their websites and supplement model rules if need be, but should not subtract any.

### **Identification card to display on ODR providers' websites**

The information should include basic criteria which may help visitors to the website understand the main features of a provider. It should most importantly:

- Display contact information including details of a contact person, as well as trained and knowledgeable technical and dispute resolution process support.

- Provide information about the languages and the sort of disputes that the provider can deal with, for instance just insurance disputes.
- Indicate whether the services of the provider exclude services to some regions or countries.
- Explain the settlement technique used for the dispute resolution, for instance assisted negotiation, blind-bidding, mediation, and whether the process is meant to be conducted exclusively online.
- Present clear information about the time frame for a typical procedure, including its different phases, preferably include a chart of the procedural steps.
- Explain how the persons who will assist the parties were selected (except in automated or blind-binding processes) – are they, for instance, business people, lawyers, or professors – and what role they play according to the technique used by the provider or the technique that the users may opt for.
- Specify, as the case may be, whether the users may select the person who will assist them in the settlement of their dispute or whether the ODR provider will select such person.
- Clarify whether the decision is binding or non-binding and whether the procedure is confidential.
- Warn the potential users that the decisions may be displayed on the website and inform the parties whether they can oppose to that. The benefit of publishing the decisions online is to avoid inconsistencies in the decisions of disputes with similar facts. ODR providers and persons assisting in the settlement of the disputes will pay more attention to the decisions they render and will make sure that no unfairness is felt by the parties and by the users in general. Merchants may gain from this publicity when they show that they abide by the decisions rendered.
- Mention the expected costs of a procedure, as well as the potential costs should the parties settle their dispute before it is submitted to the person assisting them in settling their dispute or before a decision is rendered.
- Indicate whether the provider benefits from any trust mark programme of some authorities, and display a hyperlink to the website or to the document providing information about such trust recognition.

techniques et les questions relatives aux procédures de résolution de litiges.

- Fournir des informations relatives aux langues et aux catégories de litiges que le fournisseur peut traiter, par exemple seulement les assurances.
- Indiquer si les services du fournisseur excluent les services à certaines régions ou à certains pays.
- Expliquer la technique de résolution utilisée pour résoudre le litige, par exemple négociation assistée (*assisted negotiation*), enchères secrètes (*blind-bidding*), médiation, et si la procédure est supposée se dérouler exclusivement en ligne.
- Présenter des informations claires sur les délais d'une procédure type avec ses différentes phases, de préférence comprenant un graphique des étapes de la procédure.
- Expliquer comment les personnes qui assisteront les parties ont été sélectionnées (sauf pour les procédures automatisées (*automated*) ou les enchères secrètes (*blind-binding*)) : sont-elles par exemple des personnes provenant des milieux des affaires, des avocats, des professeurs, et quel rôle jouent-elles selon la technique utilisée par le fournisseur ou la technique pour laquelle les parties pourraient opter ?
- Spécifier, selon le cas, si les usagers peuvent sélectionner la personne qui les assistera dans le règlement de leur litige ou si le fournisseur d'ODR sélectionnera une telle personne.
- Clarifier si la décision engage ceux à qui elle est destinée ou si elle ne s'impose pas, et si la procédure est confidentielle.
- Avertir les usagers potentiels que les décisions pourraient être publiées sur le site et informer les parties si elles peuvent s'y opposer. L'avantage de la publication des décisions en ligne est d'éviter des incohérences dans les décisions sur des litiges comportant des faits similaires. Les fournisseurs d'ODR et les personnes qui assistent les parties dans la résolution de leurs litiges prêteront plus attention aux décisions qu'ils rendent et s'assureront que les parties et les usagers en général ne ressentent pas d'injustice. Cette publicité pourrait profiter aux commerçants dans la mesure où ils respectent les décisions rendues.
- Mentionner les coûts de la procédure auxquels il faut s'attendre, ainsi que les frais potentiels si les parties venaient à régler leur litige avant qu'il ne soit soumis à la personne les assistant dans le règlement de leur litige ou avant qu'une décision ne soit rendue.
- Indiquer si le fournisseur bénéficie d'un programme de confiance (*trust mark*) de certaines autorités, et afficher un hyperlien vers le site ou vers le document procurant des

informations au sujet de cette reconnaissance de confiance.

- Montrer quelques informations statistiques au sujet du fournisseur ou des informations à propos de son expérience.

En outre, l'accès à des informations détaillées et la navigation à travers le site, par exemple en cliquant sur des hyperliens, devraient être aisés pour tout visiteur, quelle que soit sa connaissance des technologies de l'information.

Enfin, les fournisseurs d'ODR devraient proposer des formulaires types prêts à l'usage pour introduire une plainte, soumettre une réponse et pour rédiger une décision.

#### **Règlement type pour la résolution des litiges des consommateurs**

Outre les renseignements au sujet de la nature des services offerts par les fournisseurs d'ODR, les usagers sont également en droit de trouver des principes ou un règlement type pour la résolution des litiges des consommateurs facile à comprendre, à l'exemple des Principes UNIDROIT ou du Règlement type de conciliation ou d'arbitrage CNUDCI. Les usages et un règlement type permettent aux consommateurs de devenir plus familiers avec la résolution des litiges en ligne et contribue à créer la confiance. Les consommateurs pourraient naturellement utiliser les services des fournisseurs d'ODR pour les litiges issus aussi bien des transactions effectuées dans le monde virtuel, que dans le monde réel.

Le règlement type devrait comprendre des dispositions prévoyant les principaux aspects suivants :

- Recommandation pour une procédure à plusieurs étapes envisageant que les litiges puissent être soumis :
  - (i) premièrement à un mécanisme de résolution interne offert par le commerçant le cas échéant ;
  - (ii) en cas d'échec dans une courte période spécifiée, opter pour un des mécanismes alternatifs de résolution des litiges en ligne ;
  - (iii) uniquement si un litige persiste se tourner de préférence vers l'arbitrage ;
  - (iv) avant de soumettre tout litige aux tribunaux étatiques.

Un délai pour chacune des étapes doit être clairement spécifié. Expliquer d'emblée les différentes procédures possibles servirait de guide aux commerçants et aux consommateurs.

- Délai pour soumettre une plainte. Normalement un consommateur devrait être capable de déterminer dans un court laps de temps si le produit ou le service acquis est conforme à l'offre et à l'effet escompté.
- Comment introduire une requête et ce qu'elle doit contenir.

- Show some statistical information about the provider or information about its experience.

Moreover, access to detailed information and browsing through the website, for instance by clicking on hyperlinks, should be made easy for any visitor irrespective of his or her IT literacy.

Finally, ODR providers should propose model forms ready for use to file a complaint, submit an answer and to draft a decision.

#### **Model rules for resolving consumer disputes**

In addition to learning about the nature of services offered by ODR providers, users are also entitled to find understandable model principles or rules for consumer disputes, such as the UNIDROIT Principles or the UNCITRAL Conciliation or Arbitration Rules. Standard information and model rules allow consumers to become more familiar with online dispute resolution and contribute to creating confidence. Consumers may naturally use the services of ODR providers for disputes arising out of online but also offline transactions.

The model rules should include provisions to cover mainly the following aspects:

- Recommendation for a multi-tiered procedure whereby disputes could be submitted:
  - (i) first to an internal settlement mechanism offered by the merchant if any;
  - (ii) in case of failure within a specified short period, opt for any online alternative dispute resolution mechanism;
  - (iii) only if a dispute persists resort preferably to arbitration;
  - (iv) before submitting any dispute to state courts.

A time limit for each stage should be clearly specified. Explaining from the outset the different possible procedures would serve as guidance to merchants and consumers.

- Time limit for filing a claim. Normally a consumer should be able to determine within a short period of time whether the product or the service purchased complies with the offer and the benefits expected.
- How to file a claim and what it should contain.

- Time limit to submit an answer and what it should contain.
  - What happens if the seller does not participate to the procedure – should the buyer follow the other stages proposed in the multi-tiered recommendation?
  - Which organisations may play the role of appointing authority when such procedure is applicable.
  - The time limit for rendering a decision.
  - How are delays dealt with, and what happens if a decision is not rendered within the time limit?
  - If the decision is non-binding or if the merchant does not execute the decision what are the remedies, for instance referral of the claim to a professional federation, before going to courts?
  - What are the reasons for terminating a procedure, for instance when both parties stop participating or when they do not pay the fees requested by the ODR provider?
- Délai pour soumettre une réponse et ce qu'elle doit contenir.
  - Conséquence de la non participation d'un commerçant à la procédure ; l'acheteur doit-il poursuivre les autres étapes proposées dans la recommandation à plusieurs étapes.
  - Quelles organisations peuvent jouer le rôle d'autorité de nomination lorsqu'une telle procédure s'applique.
  - Délai pour rendre une décision.
  - Comment les délais sont-ils pris en considération, et quelle est la conséquence d'une décision non rendue dans le délai.
  - Si la décision n'engage pas la personne à laquelle elle est destinée ou si le commerçant n'exécute pas la décision, quels sont les recours, par exemple renvoi de la plainte à une fédération professionnelle avant de s'adresser aux tribunaux.
  - Quelles sont les raisons pour terminer une procédure, par exemple lorsque les deux parties arrêtent de participer ou lorsqu'elles ne paient pas les frais demandés par le fournisseur d'ODR.

Merchants, consumers and ODR providers would benefit from the assistance of an organisation which could take the initiative of constituting a group to work on establishing criteria for an identification card to display on ODR providers' websites, as well as model rules for resolving consumer disputes. Such standards are indispensable for the short, medium and long term.

Instruments used in the international dispute resolution arena, such as the model law on arbitration, the model rules on conciliation or on arbitration, as well as the various conventions among others conventions related to electronic commerce were drafted by UNCITRAL working groups. It would, therefore, seem a natural choice to turn to UNCITRAL for such a project. UNCITRAL is exceptionally positioned to embark in the determination of standards to be adopted by ODR providers, and of rules to be used for resolving consumer disputes including cross-border disputes. An additional advantage must also be highlighted: UNCITRAL texts are generally available in various languages which is helpful for users coming from different parts of the world.

### Centralisation of information

Making information easily accessible on the website of ODR providers may serve no purpose if the users do not know where to find the information about ODR providers.

Therefore, centralising information about the nature of services offered by the various ODR providers allow the users to find more easily necessary information to enable them make an informed choice, and select the service that they consider best adapted to a given situation. Making information

Les commerçants, les consommateurs et les fournisseurs d'ODR pourraient bénéficier du soutien d'une organisation qui prendrait l'initiative de constituer un groupe de travail, afin d'établir des critères pour une carte d'identification à afficher sur le site des fournisseurs d'ODR, ainsi que pour un règlement type pour la résolution des litiges des consommateurs. De tels usages sont indispensables dans le court, le moyen et le long terme.

Les instruments utilisés dans l'arène des résolutions des litiges internationaux, tels que la loi modèle sur l'arbitrage, le règlement modèle de conciliation ou d'arbitrage, ainsi que les différentes conventions parmi lesquelles les conventions relatives au commerce électronique, étaient rédigés par des groupes de travail de la CNUDCI. En se tournant vers la CNUDCI, ce choix semble ainsi naturel pour un tel projet. La CNUDCI est exceptionnellement positionnée pour entreprendre la détermination d'usages à adopter par les fournisseurs d'ODR et de règlement à utiliser pour la résolution des litiges des consommateurs, y compris les litiges transnationaux. Un atout supplémentaire doit également être souligné : les textes de la CNUDCI sont en général disponibles dans plusieurs langues, ce qui est utile pour les usagers venant de différentes régions du monde.

### Centralisation des informations

Rendre des informations facilement accessibles sur le site des fournisseurs d'ODR ne servirait à rien si les usagers ne savent pas où trouver les informations sur les fournisseurs d'ODR.

En conséquence, la centralisation des informations sur la nature des services offerts par les différents fournisseurs d'ODR permet aux usagers de trouver plus aisément les renseignements nécessaires pour faire un choix éclairé, et sélectionner le service qu'ils pensent le mieux adapté à une situation donnée. Cette

mise à disposition d'informations accessibles à tout utilisateur potentiel et non aux seuls initiés, augmente la confiance des usagers dans ce système encore en plein développement.

Je suggère qu'une organisation internationale, de préférence composée de multiples acteurs, centralise les informations sur les fournisseurs d'ODR et les garde à jour, jouant le rôle de bureau central (*clearinghouse*) qui rassemble, stocke et publie des informations sur son site. L'organisation pourrait également être un genre de comité consultatif (*advisory board*) pour superviser les systèmes ODR et approuver les fournisseurs qui adhèrent à un programme global correspondant à un programme de confiance. Cette organisation peut aussi rédiger et proposer des formulaires types prêts à être utilisés, pour soumettre une demande et une réponse, et pour rendre une décision.

### Promouvoir les services ODR

Enfin et surtout, promouvoir les outils ODR contribue au juste accès de l'information relative aux procédures de résolution disponibles. Cet accès permet aux consommateurs des transactions effectuées dans le monde virtuel, mais aussi celles effectuées dans le monde réel, d'être au courant des mécanismes de résolution des litiges en ligne, comme moyen extrajudiciaire pour résoudre les litiges.

Les commerçants doivent indiquer sur leurs sites s'ils offrent un mécanisme interne de résolution, s'ils soumettent les litiges à des fournisseurs d'ODR ou aux tribunaux, ou s'ils proposent une procédure de résolution à plusieurs étapes. La procédure à plusieurs étapes peut par exemple impliquer un mécanisme interne de résolution, suivi par une procédure de règlement amiable des litiges (« ADR ») en ligne dans le cas où la première étape devait échouer, et la possibilité de soumettre les litiges aux tribunaux étatiques comme dernier recours possible si les deux premières étapes devaient être un échec. Les commerçants doivent aussi afficher sur leurs sites un hyperlien renvoyant au site du fournisseur d'ODR auquel les litiges sont soumis, pour permettre aux consommateurs de visiter ce site et de découvrir le mécanisme utilisé par les fournisseurs d'ODR.

Les chambres de commerce, les fédérations de consommateurs et les fédérations professionnelles, ainsi que d'autres organisations devraient également publier des informations sur les fournisseurs d'ODR et sur les mécanismes extrajudiciaires de résolutions des litiges utilisant les services des fournisseurs d'ODR.

Il est fréquent que les consommateurs ne soumettent pas leurs plaintes aux tribunaux étatiques parce qu'ils considèrent que les difficultés et les frais que cette démarche engendrerait n'en valent pas la peine. Les consommateurs devraient être informés qu'ils ne sont pas sans recours possible et qu'il existe d'autres mécanismes que tout consommateur est en droit d'utiliser.

En outre, les consommateurs doivent être au courant des conséquences que peuvent engendrer la soumission des litiges aux tribunaux étatiques ou à l'arbitrage, avec toutes les complications d'exécution des décisions que de telles procédures génèrent, contrairement aux mécanismes de résolution d'ADR utilisant les services de fournisseurs d'ODR. Les

available to any potential user and not only to learned users, enhance confidence of the users in this system which is still developing.

I suggest that an international organisation, ideally comprised of multiple stakeholders, centralise information about ODR providers and keep it up-to-date, playing the role of a clearinghouse that collects, stores and publishes information on its website. The organisation could in addition be a sort of advisory board to oversee ODR systems and approve providers who subscribe to a global programme which may correspond to a trust programme. It may as well draft and propose model forms ready for use to file a complaint and an answer, and to render a decision.

### Promoting ODR services

Last but not least, promoting ODR tools serve a fair access to information about available settlement procedures. It allows online but also offline consumers learn about online dispute resolution mechanisms as possible out-of-court settlement procedures.

Merchants should indicate on their websites whether they offer internal resolution mechanism, whether they refer disputes to ODR providers or to state courts, or whether they propose a multi-stage settlement procedure. The multi-stage procedure may for instance involve an internal resolution mechanism, followed by an online alternative dispute resolution (ADR) procedure in case the first stage fails, and the possibility of submitting disputes to state courts as a last resort should the first two stages be a failure. Merchants must also display on their websites a hyperlink to the ODR provider to which disputes are referred, in order to enable the consumers to visit the website and learn about the mechanism used by the ODR providers.

Chambers of commerce, consumers and professional federations, as well as other organisations must also publicise information about ODR providers and about out-of-court dispute settlement mechanisms using the services of ODR providers.

Consumers often do not submit claims to state courts because they consider their claims not worth the trouble and because of the costs this approach may entail. They should be informed that they are not left with no possible redress and that there exist other mechanisms that any consumer should be able to afford.

Further, consumers need to be made aware of the consequences of submitting their disputes to state courts or to arbitration, with all the complications of the enforcement of decisions that these procedures may entail, as opposed to ADR settlement mechanisms using ODR services. They are entitled to know how to avoid unpredictability.



In a symposium on “Enhancing worldwide understanding through online dispute resolution” held in 2006, I stated that ODR helps to level the playing field by bringing disputants together without requiring them to appear before a court or travel for a hearing. ODR eliminates the financial burden incurred in attending hearings, offers the participants equal and simultaneous access to the information, and prevents parties from being advantaged or disadvantaged by their temporal proximity to a court. This is especially true for unrepresented parties who may feel more at ease making their submissions online because it gives them time to think and write, instead of having to answer on the spot. Some people may also feel more comfortable expressing themselves in writing rather than in speech.

A last aspect which may encourage users to trust online dispute settlement mechanisms is the publication of decisions rendered in disputes settled online. Transparency contributes to creating confidence in online systems and to rendering fair decisions. When merchants are ordered to compensate consumers in case of wrong fulfilment of transactions, consumers can see that redress is possible and that the outcomes are predictable.

#### **CHOICE OF COURT, CHOICE OF PLACE, CHOICE OF LAW**

The issues of place of arbitration and choice of law applicable to online dispute resolution were raised at this colloquium and were also discussed in other forums. Why would there be a difference between procedures conducted offline and online? In my view the only difference is the use of ODR providers services or web platforms, and conducting a procedure online as a substitute to offline. Disputes arising out of transactions concluded offline and online may be settled either in the traditional world or electronically. Information technology allows users to benefit among other advantages from swift communications and instantaneous access to information; the environment is different, but do the issues really differ because of the environment?

I consider that the environment does not modify the questions of jurisdiction, place of arbitration and choice of law, and hence that it is not an issue, especially in consumer disputes.

Furthermore, there is no point in debating over jurisdiction, place of arbitration and choice of law whenever disputes are submitted to mediation or any other ADR technique other than arbitration, which is often the case in business-to-consumer (B2C) and consumer-to-consumer (C2C) disputes. No matter the technique used (for instance expert evaluation

consummateurs sont en droit de savoir comment éviter les imprévisibilités.

Lors d'un symposium portant sur l'amélioration de l'entente mondiale grâce aux résolutions de litiges en ligne (« Enhancing worldwide understanding through online dispute resolution ») tenu en 2006, j'ai déclaré que l'ODR permet de mettre à niveau d'égalité le terrain d'action en rapprochant les protagonistes, sans exiger de leur part de se présenter devant un tribunal ou de voyager pour une audience. L'ODR élimine les conséquences financières encourues par la participation à des audiences, offre aux participants un accès égal et simultané aux informations, et empêche que les parties ne soient avantagées ou désavantagées par leur proximité à un tribunal. Ceci est particulièrement vrai pour des parties non représentées par des avocats, qui pourraient se sentir plus à l'aise pour s'exprimer, parce qu'elles ont le temps de réfléchir et écrire, au lieu de devoir répondre immédiatement. Certaines personnes peuvent se sentir plus confortables en s'exprimant par écrit qu'oralement.

Un dernier aspect qui pourrait motiver les usagers à faire confiance aux mécanismes de résolution des litiges en ligne est la publication des décisions rendues dans les litiges résolus en ligne. La transparence contribue à créer une confiance dans les systèmes en ligne et à rendre des décisions équitables. Lorsque des commerçants sont condamnés à indemniser des consommateurs en cas de mauvaise exécution des transactions, les consommateurs peuvent constater que les recours sont possibles et que les résultats sont prévisibles.

#### **CHOIX DE TRIBUNAUX, CHOIX DE LIEU, CHOIX DE DROIT**

Les questions du lieu d'arbitrage et du choix du droit applicable dans les résolutions de litiges en ligne ont été évoquées durant ce colloque et ont également fait l'objet de discussions dans d'autres forums. Pourquoi y aurait-il une différence entre les procédures entreprises hors ligne et en ligne ? Je considère que la seule différence est l'utilisation des services de fournisseurs d'ODR ou des plateformes web, et la conduite d'une procédure en ligne comme substitut d'une procédure hors ligne. Les litiges issus de transactions conclues hors ligne et en ligne peuvent être résolus soit dans le monde traditionnel ou réel, soit électroniquement. La technologie de l'information permet aux usagers de bénéficier entre autres, des avantages de communications rapides et d'accès instantané aux informations ; l'environnement est différent, mais est-ce que les questions diffèrent réellement en fonction de l'environnement ?

Je considère que l'environnement ne modifie pas les questions relatives à la juridiction, au lieu d'arbitrage et au choix du droit, et qu'en conséquence, ce sont de faux problèmes, spécialement lorsqu'il s'agit de litiges de consommateurs.

En outre, il n'y a pas lieu de débattre sur la juridiction, le lieu d'arbitrage et le choix du droit lorsque les litiges sont soumis à la médiation ou à toute autre technique ADR, sauf l'arbitrage, ce qui est souvent le cas dans les litiges B2C et C2C. Peu importe la technique utilisée (par exemple l'évaluation par un expert (*expert evaluation*) ou l'adjudication), et peu importe si le

programme de résolution des litiges (par exemple la négociation assistée (*assisted negotiation*) ou les enchères secrètes (*blind-bidding*)) ou la tierce partie assistant les parties dans la résolution de leurs litiges, ont un rôle actif dans la procédure de résolution, la décision rendue n'est pas en droit. De plus, les questions dans les litiges de consommateurs sont des questions de fait plutôt que de droit.

Ceci est d'autant plus vrai avec les résolutions de litiges automatisées (*automated dispute settlement*). Les décisions ne sont pas basées sur le droit, mais plutôt sur les types de solutions adaptées à des catégories de problèmes auxquels les parties sont confrontées. Les mécanismes de résolution automatisés (*automated*) généralement répondent aux besoins des litiges B2C et C2C, et à quelques litiges B2B (par exemple entre assureurs et ré-assureurs).

L'ADR est mieux adapté aux litiges de consommateurs. Les procédures ADR permettent d'échapper aux complications de choix de tribunaux, de lieux et de droits applicables, ainsi qu'aux complications relatives à l'exécution des décisions, et évite l'imprévisibilité.

### Choix des tribunaux

Indépendamment du fait qu'une procédure puisse se dérouler partiellement ou totalement en ligne, la question de la juridiction ne peut être considérée comme différente parce que la procédure se déroule en ligne au lieu d'être hors ligne. Le choix de la juridiction dépend toujours de l'existence ou de l'absence d'un accord entre les parties. Lorsque les parties s'accordent pour recourir aux tribunaux ou à un mécanisme ADR y compris l'arbitrage, les dispositions de l'accord s'appliquent.

Malheureusement, les commerçants imposent leur choix du mécanisme de résolution des litiges aux acheteurs qui acceptent les conditions ; la plupart du temps, les acheteurs ne lisent même pas les conditions et cliquent simplement « j'accepte ». En l'absence de toute disposition – ce qui ne risque pas d'arriver dans les transactions en ligne – les commerçants peuvent proposer aux consommateurs un mécanisme pour résoudre les litiges lorsqu'ils surgissent. En cas d'échec de règlement à l'amiable, les consommateurs peuvent soumettre leurs litiges aux tribunaux étatiques.

En dépit de l'acceptation par un acheteur des conditions générales ou des termes de services d'un vendeur, il y a eu des cas où les tribunaux ont dû redresser la situation lorsque le vendeur a imposé à l'acheteur l'utilisation d'un mécanisme coûteux pour un consommateur, comparativement à la valeur du produit. C'était le cas avec l'achat d'un logiciel, suite auquel un litige est né. La clause de résolution des litiges dans les conditions générales se référait à la CCI ; la valeur du produit était de 2.000 US\$, ce qui est inférieur à ce qu'une procédure d'arbitrage pourrait coûter. Les frais administratifs non remboursables de la CCI s'élevaient à 2.500 US\$ à l'époque et les honoraires minimum pour un arbitre également à 2.500 US\$. Un tribunal a alors décidé que la clause d'arbitrage de la CCI était excessive dans des contrats de consommateurs et que l'arbitrage ne pouvait être imposé à l'acheteur.

or adjudication), and whether the dispute resolution programme (for instance assisted negotiation or blind-bidding) or the neutral third party assisting the parties in the settlement of their dispute have an active role in the settlement procedure, the decision rendered is not in law. In addition, issues in consumer disputes are more of facts rather than law.

This is all the more true with automated dispute settlement. Decisions are not based on law, rather on types of solutions adapted to categories of problems to which the parties are confronted. The automated settlement mechanisms generally respond to the needs of B2C and C2C disputes, and some business-to-business (B2B) disputes (for instance between insurers and reinsurers).

ADR is better adapted to consumer disputes. ADR procedures allow escaping from choice of court, choice of place and choice of law complications, as well as enforcement complications, and avoids unpredictability.

### Choice of court

Independent of the fact that a procedure may be conducted partially or totally online, the issue of jurisdiction can not be considered different because the procedure is conducted online rather than offline. The choice of jurisdiction always relates to the existence or the absence of any agreement between the parties. Where agreements refer to national courts or to an ADR mechanism including arbitration, the provisions of the agreement will apply.

Unfortunately, merchants impose their choice of the dispute resolution mechanism<sup>9</sup> on buyers who accept the conditions; most often buyers do not even read the conditions and simply click "I accept". In the absence of any provision—which is unlikely to happen in online transactions—merchants may propose to consumers a mechanism for settling disputes when they arise. Failing any amicable settlement, consumers may submit their claims to national courts.

In spite of the acceptance by a buyer of the seller's general conditions or terms of services, there were instances where state courts had to put the situation right when the seller imposed on the buyer the use of a mechanism which was costly for a consumer, especially compared to the value of the product. This was the case with the purchase of software, following which a dispute arose. The dispute resolution clause in the general conditions referred to the ICC; the value of the product was US\$2,000, which is much lower than what an arbitration procedure may cost. The ICC non-refundable administrative expenses were US\$2,500 at that time and the minimum fees for an arbitrator another US\$2,500. A state court has therefore decided that the ICC arbitration clause was unconscionable in consumer

contracts and that the arbitration could not be imposed on the buyer.<sup>10</sup>

A recent decision is particularly interesting to emphasise. A Justice of the Peace from the Court of Ischia referred to the European Court of Justice for interpretation of Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (the Universal Service Directive). In a preliminary ruling of March 18, 2010, the Court held that Art.34 of the Directive must be interpreted as not precluding national laws from providing for mandatory out-of-court mediation procedures between end-users and providers as a condition of admissibility to court proceedings. Thus, the attempt to achieve out-of-court settlements should be possible, as long as they: (i) do not result in a decision which is binding on the parties; (ii) do not cause a substantial delay in bringing legal proceedings; (iii) be inexpensive; and (iv) suspend the period for the time-barring of claims. In addition, the electronic means should not be the only means by which the settlement procedure may be accessed, and interim measures should remain possible where the urgency of the situation so requires.<sup>11</sup> The conclusion is that resolving disputes online is therefore perfectly adapted to consumer disputes.

In the absence of agreement, the choice of court can sometimes be a complicated issue. The complexity lies in the determination of the competent jurisdiction when the transaction was made online: is the court of the seller's country or the buyer's country competent, or is it the country where the server of the seller or the web hosting is located? I am of the view that we should not complicate matters and that the country where the server or the web hosting is located should not be taken into consideration, unless the dispute concerns an issue directly related to the server or the web hosting.

With respect to the choice of the seller's or the buyer's country, this issue has long been debated in various forums, but there has been no consensus as to which rule should be applied to electronic transactions internationally (legal texts related to electronic commerce exist in Europe but apply only to European State members). Submitting a dispute to state courts may seem unfair in transnational transactions where the suppliers impose on the consumers their choice. Conversely, it would not seem fair to impose on the suppliers the state courts of the consumers, although it would be consistent with most legislations. Both situations are undesired, but when there exists no reference to a specific national court and any court can claim to have jurisdiction, it may end up in a lack of predictability.

Therefore, resolving consumer disputes through ADR circumvents the trouble of choosing which courts should be

Une décision récente est particulièrement intéressante à souligner. Un juge de paix de la Cour d'Ischia s'est référé à la Cour de justice européenne pour l'interprétation de la Directive 2002/22/EC du Parlement européen et du Conseil sur le service universel et les droits des usagers concernant les réseaux de communications électroniques et les services (« Directive « Service universel » »). Dans une décision préliminaire du 18 mars 2010, la Cour a estimé que l'article 34 de la Directive doit être interprété comme n'empêchant pas les lois nationales de rendre obligatoires les procédures de médiations extrajudiciaires entre les usagers finaux et les fournisseurs, comme condition préalable aux procédures judiciaires. Ainsi, la tentative d'obtenir un règlement extrajudiciaire des conflits serait possible, pourvu qu'elle : (i) ne résulte pas en une décision qui s'impose aux parties ; (ii) ne cause pas de retard substantiel dans l'introduction d'une procédure judiciaire ; (iii) n'est pas coûteuse ; et (iv) suspend la période de forclusion des demandes. En outre, la voie électronique ne devrait pas être l'unique moyen d'accès à la procédure de règlement, et les mesures provisoires devraient rester possibles lorsque l'urgence de la situation le requiert. En conclusion, la résolution de litiges en ligne est donc parfaitement adaptée aux litiges des consommateurs.

En l'absence d'accord, le choix des tribunaux peut parfois être un sujet compliqué. La complexité provient de la détermination de la juridiction compétente lorsque la transaction a été effectuée en ligne : est-ce la cour du pays du vendeur ou du pays de l'acheteur qui est compétente, ou est-ce la cour du pays où le serveur du vendeur ou le pays de l'hébergeur est localisé ? Il convient de ne pas compliquer les situations ; le pays où est localisé le serveur ou l'hébergeur ne devrait pas entrer en ligne de compte, à moins que le litige ne concerne un sujet directement lié au serveur ou à l'hébergeur.

S'agissant du choix du pays du vendeur ou de l'acheteur, ce sujet a été longuement débattu dans différents forums, mais aucun consensus n'a été atteint quant à la règle à appliquer aux transactions électroniques sur l'échelle mondiale (des textes légaux relatifs au commerce électronique existent en Europe mais ne s'appliquent qu'aux Etats membres de l'Europe). Soumettre des litiges à des tribunaux étatiques peut sembler injuste dans des transactions transnationales lorsque les vendeurs imposent leurs choix aux consommateurs. A l'inverse, il ne semble pas plus juste d'imposer aux vendeurs les tribunaux judiciaires des consommateurs, bien que cela soit cohérent avec la plupart des législations. Les deux situations sont non justifiées, mais lorsqu'il n'existe aucune référence à un tribunal judiciaire spécifique et que toute cour peut réclamer être compétente, cette situation peut avoir pour résultat l'absence de prévisibilité.

En conséquence, la solution de la résolution des litiges des consommateurs en utilisant des mécanismes ADR

contourne la difficulté de choisir quelles cours étatiques devraient être compétentes pour examiner les litiges, et échappe au manque de prévisibilité.

Enfin, lorsque les litiges sont soumis à l'arbitrage et une partie conteste la compétence, les arbitres entendront les parties et jugeront de leur compétence, comme ils le feraient normalement lorsque la résolution du litige a lieu hors ligne.

### Choix du lieu d'arbitrage

La détermination du lieu d'arbitrage a logiquement le même but dans un arbitrage traditionnel hors ligne que dans un arbitrage se déroulant partiellement ou totalement en ligne. Le but est de déterminer quel droit gouverne la procédure.

Ni l'autonomie des parties dans le choix du lieu, ni la fixation du lieu par une institution d'arbitrage ou par un tribunal arbitral, ne devraient être affectées par le fait que la procédure puisse avoir lieu en ligne. Dans l'arbitrage traditionnel se déroulant dans le monde réel, les parties et les arbitres ne se rencontrent pas toujours au lieu d'arbitrage et peuvent se réunir dans tout lieu qui leur semble approprié. La *lex arbitri* s'applique que la réunion se déroule au lieu d'arbitrage ou en tout autre lieu, ou qu'aucune réunion n'ait lieu physiquement.

La *lex arbitri* devrait de même s'appliquer aux résolutions des litiges en ligne, qu'une réunion ait lieu physiquement dans un lieu géographique, ou que les parties et les arbitres aient des échanges simultanément dans un environnement virtuel, ou également, que le litige soit simplement décidé sur la base des documents soumis par les parties.

Les tribunaux ont déjà décidé à différentes occasions que la tenue d'audiences et de délibérations et le fait de rendre des sentences dans d'autres lieux physiques que le lieu légal d'arbitrage n'avaient aucune incidence sur le lieu. Pourquoi cela devrait être différent dans la résolution de litiges en ligne ?

### CHOIX DU DROIT

Le débat sur le choix du lieu d'arbitrage pour les litiges issus des transactions en ligne intervient également pour le choix du droit applicable. Les opinions diffèrent quant à la détermination du droit à appliquer aux litiges issus de transactions électroniques. Aucun consensus n'a encore été trouvé sur le droit à appliquer, et sur la question de savoir si le principe du pays d'origine ou du pays de destination devrait s'appliquer.

Toutefois, le choix du droit n'est pas un problème si le litige est soumis à un mécanisme alternatif de résolution des litiges autre que l'arbitrage, puisque les décisions rendues ne le sont alors pas en droit.

Quand les litiges sont soumis aux cours étatiques, le droit applicable n'est pas un problème non plus. La cour appliquera le droit du for, que le litige soit issu d'une transaction en ligne ou hors ligne.

competent to hear the matters, and avoids lack of predictability.

Finally, in case disputes are referred to arbitration and a party contests the jurisdiction, the arbitrators will hear the parties and will rule on their jurisdiction, as they would normally do when the procedure is conducted offline.

### Choice of place of arbitration

Determining a place of arbitration has logically the same purpose in a traditional offline arbitration and in an arbitration taking place partially or totally online. The purpose is to determine which law governs the proceedings.

Neither the autonomy of the parties in the choice of the place, nor the fixing of a place by an arbitration institution or by an arbitral tribunal, should be affected by the fact that the procedure may take place online. In traditional offline arbitration, the parties and the arbitrators do not always meet at the place of arbitration and can meet anywhere they deem appropriate. The *lex arbitri* applies whether the meeting takes place at the place of arbitration or in any other place, or whether no meeting physically takes place.

The *lex arbitri* should likewise apply to online dispute resolution whether a meeting takes place physically in a geographical location, whether the parties and the arbitrators hold a simultaneous chat in a virtual environment, or whether the case is simply decided on the basis of the documents submitted by the parties.

Courts have already decided at different occasions that holding hearings and deliberations, and rendering awards in physical places other than the legal place of arbitration have no incidence on such place.<sup>12</sup> Why should it be different in online dispute resolution?

### CHOICE OF LAW

The debate related to the choice of the place of arbitration for disputes arising out of online transactions also occurs for the choice of law. Opinions differ regarding the determination of the law to apply to disputes arising out of electronic transactions. No consensus was so far reached as to the law to apply, and whether the principle of the country of origin or the country of destination should apply.

However, the choice of law is not an issue if the dispute is submitted to an alternative dispute resolution mechanism other than arbitration, as decisions are not rendered in law.

When disputes are submitted to state courts the law applicable is also not an issue. The courts will apply the law of the country whether the disputes arise out of online or offline transactions.

Likewise, any choice of law referred to in the contract binding upon the parties will apply, irrespective of the fact that the transaction was concluded offline or online and of the fact that the procedure will be conducted in the physical or the virtual world. The autonomy of the parties is no more influenced by the fact that the procedure may be conducted online.

In the absence of agreement on the law to apply and where the parties decided to submit their disputes to arbitration, the arbitrators will decide which rules of law to apply to the online transaction after having heard the parties, as they would normally do in an offline transaction. The arbitrators may decide that a national law governs the transaction. They may find that it is not necessary to apply a national law and that the solution to the dispute may be found in the general principles which apply to international contracts, trade usages or other principles. Arbitrators may also reach a decision on the merits without reference to any law. They may not need "to go outside the confines of the agreement" to be able to determine the dispute.<sup>13</sup>

Determining the rules of law applicable to the merits has logically, just like determining the place of arbitration, the same purpose in traditional offline arbitration. What counts is the choice of law, not the fact that the procedure may be conducted partially or totally online.

## CONCLUSION

To conclude, the recommendations made ten years ago are still relevant: (i) conforming ODR services to certain standards and having model rules for consumer disputes is crucial to enhance consumer confidence, especially in cross-border transactions; (ii) centralising information about ODR providers and redress mechanisms facilitates access of consumers to such services and enables them to make an informed choice; and (iii) promoting ODR mechanisms encourages online and offline consumers to choose online dispute resolution mechanism as an out-of-court settlement procedure.

Although ADR is better adapted to settlement of consumer disputes and is recommended to avoid complications and unpredictability, the choice of court, choice of place and choice of law in disputes resolved online, are non-issues because they are no different from offline dispute resolution.

Benjamin Davis refers to Michel Gaudet, in a recently published paper, who was chairman of the ICC Court of Arbitration and who was one of the architects of the European Union. Michel Gaudet said that: "people have ideas, people create institutions to preserve the ideas, the institutions have power to implement the ideas".<sup>14</sup> The question is, therefore, what will we do with these ideas and what can we do

De même, tout choix d'un droit applicable prévu dans le contrat liant les parties sera appliqué, indépendamment du fait que la transaction ait été conclue en ligne ou hors ligne, et du fait que la procédure sera entreprise dans le monde réel ou virtuel. Une procédure qui pourrait être entreprise électroniquement n'a pas d'impact sur l'autonomie des parties.

En l'absence d'accord sur le droit applicable et lorsque les parties ont décidé de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les arbitres décideront quelles règles de droit devraient s'appliquer aux transactions électroniques après avoir entendu les parties, comme ils le font habituellement dans les transactions effectuées dans le monde réel. Les arbitres pourraient décider qu'un droit national s'applique à la transaction. Ils peuvent trouver qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer un droit national et que la résolution du litige pourrait se trouver dans les principes généraux qui régissent les contrats internationaux, les usages commerciaux ou autres principes. Les arbitres pourraient également se prononcer sur le fond sans faire référence au droit. Ils pourraient ne pas avoir besoin de sortir du cadre de l'accord pour pouvoir se prononcer sur le litige.

La détermination des règles de droit applicables au fond, comme la détermination du lieu d'arbitrage, procède logiquement de la même intention que l'arbitrage traditionnel. Le choix du droit compte, et non la manière dont la procédure pourrait se dérouler partiellement ou entièrement en ligne.

## CONCLUSION

Pour conclure, les recommandations faites il y a dix ans sont toujours pertinentes : (i) le fait de conformer les services ODR à certains standards et d'avoir un règlement type pour les litiges des consommateurs est crucial pour assurer la confiance des consommateurs, spécialement dans les transactions transfrontalières ; (ii) la centralisation des renseignements sur les fournisseurs d'ODR et les mécanismes de réparation facilitent l'accès des consommateurs à de tels services et leur permet de faire des choix éclairés ; (iii) la promotion des procédures ODR encourage les consommateurs de transaction en ligne et dans le monde réel à choisir des mécanismes de résolution de litiges en ligne, comme procédure extrajudiciaire de résolution des litiges.

En dépit du fait que l'ADR soit mieux adapté pour résoudre les litiges des consommateurs et recommandé pour éviter les complications et l'imprévisibilité, les choix des tribunaux, du lieu et du droit applicable dans les litiges résolus en ligne, sont de faux problèmes car ils ne sont pas différents de la résolution des litiges dans le monde réel.

Dans un article publié récemment, Benjamin Davis se réfère à Michel Gaudet qui fut le président de la Cour d'arbitrage de la CCI et l'un des architectes de l'Union européenne. Michel Gaudet a dit que « les gens ont des idées, les gens créent des institutions pour conserver leurs idées, les institutions ont le pouvoir de mettre en œuvre ». La question qui donc se pose est, ce que nous ferons de ces idées et ce que nous

pourrons faire ensemble à un niveau international et non seulement au niveau régional.

La réponse à cette question fut donnée après le colloque de mars 2010 à Vienne, à la 43<sup>ème</sup> session de la CNUDCI en juin-juillet 2010 à New York. La demande d'entreprendre des travaux en vue de déterminer des règles spécifiques pour les procédures de résolution de litiges en ligne a été soumise pour la première fois à la CNUDCI en 2000. Il avait déjà été convenu à l'époque qu'il fallait poursuivre les travaux dans ce domaine. La question a été plusieurs fois discutée depuis cette date. Le Pace Institute of International Commercial Law a préparé une Note ayant obtenu l'assentiment d'une quarantaine d'organisations et institutions, et qui fut soumise à la CNUDCI avant la discussion lors de la réunion de la Commission de juin-juillet 2010. Les délégations d'états de toutes les régions du monde, présentes à cette réunion, ont appuyé à une écrasante majorité la mise en place d'un groupe de travail pour l'ODR. La CNUDCI a finalement décidé de créer un groupe de travail et de lui confier pleins pouvoirs pour le travail à entreprendre dans le domaine de la résolution des litige en ligne, portant sur les transactions commerciales électroniques transfrontalières, y compris les transactions *business-to-business* et *business-to-consumer*. Le travail débutera en décembre 2010.

together on the international level and not only on regional levels.

Answer to this question was given after the colloquium of March 2010 in Vienna, at the 43rd session of UNCITRAL in June-July 2010 in New York. The request to undertake works in view of determining specific rules for online dispute settlement mechanisms was first submitted to UNCITRAL for discussion in 2000. It was agreed already at that time that further work could be undertaken. This issue has been on the table several times since then.<sup>15</sup> The Pace Institute of International Commercial Law prepared a Note<sup>16</sup> supported by some 40 organisations and institutions, and which was submitted to UNCITRAL prior to the discussion at the Commission meeting of June-July 2010. State delegations from every region of the world present at that meeting overwhelmingly supported the assignment of a working group for ODR. UNCITRAL ultimately decided to assign a working group and entrust to it a broad mandate to undertake work in the field of online dispute resolution relating to cross-border electronic commerce transactions, including business-to-business and business-to-consumer transactions. The work will start in December 2010.

## Notes

1. M Philippe, "Where is everyone going with online dispute resolution (ODR)?" (2002) 2 I.B.L.J. 167.
2. UNCITRAL 43rd session, June 18, 2009, Doc. No. A/CN.9/681, available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/845/15/PDF/V0984515.pdf?OpenElement> [Accessed October 15, 2010].
3. Programme available on [http://www.pace.edu/page.cfm?doc\\_id=35749](http://www.pace.edu/page.cfm?doc_id=35749) [Accessed October 15, 2010].
4. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (Kluwer Law International, 2004).
5. For more information see "NetCase: a new ICC Arbitration Facility", (2004) *Bulletin of the ICC International Court of Arbitration* 667, Special Supplement on Using technology to resolve business disputes, p.53; "NetCase: Keep going where progress leads you", (2007) U.T.L.R. 417; "New upgrades to ICC NetCase" (2008) 19(2) *Bulletin of the ICC International Court of Arbitration* 23.
6. See above fn.1.
7. "Standardisation of Online Dispute Resolution Tools", December 2009, European Committee for Standardization (CEN), available at: [http://www.cen.eu/cen/Sectors/Sectors/ISSS/Activity/Pages/WS\\_ODR.aspx](http://www.cen.eu/cen/Sectors/Sectors/ISSS/Activity/Pages/WS_ODR.aspx) [Assessed 15 October 2010].
8. *Tools for E-Business* (ICC publication, n° 823).
9. Julia Hörnle, *Cross-border Internet Dispute Resolution* (Cambridge University Press, 2009) p.216.
10. *Tony Brower et al. v. Gateway 2000 Inc.* Supreme Court of New York, Appellate Division, First Dept, August 13, 1998.
11. Rosalba Alassini (C-317/08); *Filomena Califano v. Wind SpA* (C-318/08); *Lucia Anna Giorgia Iacono v. Telecom Italia SpA* (C-319/08); *Multiservice Srl v. Telecom Italia SpA* (C-320/08) Judgment of the Court, Fourth Chamber, March 18, 2010 (references for a preliminary ruling on Directive 2002/22/EC from the Giudice di Pace di Ischia, Italy): available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0317:EN:HTML> [Accessed at October 15, 2010].
12. Tribunal Fédéral Suisse, arrêt 24 mars 1997, bulletin ASA 1997, pp 316 and 319-320; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation", *Revue de l'Arbitrage*, 1998, p. 517.
13. Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration* (3rd edn, 1999), pp 75 and 93.
14. Benjamin Davis "Online Influence Space(s) and Digital Influence Waves: In Honor of Charly", (2010) 25(1) *Ohio State Journal On Dispute Resolution* 201.
15. See history of the discussions on this subject in UNCITRAL, 43rd session, April 23, 2010, Doc. No. A/CN.9/706 at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/531/00/PDF/V1053100.pdf?OpenElement> [Accessed at October 15, 2010].
16. UNCITRAL 43rd session, May 26, 2010, Doc. No. A/CN.9/710 at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/539/85/PDF/V1053985.pdf?OpenElement> [Accessed at October 15, 2010].