

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'arbitrage comme mode de résolution des litiges informatiques

Hanotiau, Bernard

*Published in:*  
Droit de l'informatique

*Publication date:*  
1987

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hanotiau, B 1987, 'L'arbitrage comme mode de résolution des litiges informatiques', *Droit de l'informatique*, numéro 1, pp. 34-41.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# L'arbitrage comme mode de résolution des litiges informatiques

B. HANOTIAU

*'We need innovative approaches to solving disputes in high technology'*<sup>1</sup>

## L'auteur:

Bernard HANOTIAU est avocat au barreau de Bruxelles et professeur aux Universités de Louvain et Namur. Il est également arbitre, membre du CEPANI et membre correspondant de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale à Paris. Il est en outre co-auteur de l'ouvrage *Les contrats informatiques* (Bruxelles, 1983).

## Sommaire:

*La spécificité, la technicité et les impératifs de résolution urgente qui caractérisent les litiges en matière informatique rendent dans certains cas inapproprié le recours aux tribunaux ordinaires. C'est pourquoi les milieux concernés s'interrogent quant à la possibilité d'avoir recours à des modes alternatifs de résolution des conflits. Parmi ceux-ci, l'arbitrage occupe une place privilégiée et connaît en outre un succès croissant. L'on ne négligera pas pour autant d'autres techniques, telles que la médiation ou le 'mini-trial'. Quel est l'intérêt de ces méthodes alternatives de résolution des litiges? Comment fonctionnent-elles et quelle est leur efficacité? Telles sont les principales questions abordées par le présent article dont l'objectif est également de conseiller les parties qui souhaitent recourir à ces autres modes de résolution des différends et en particulier à l'arbitrage.*

## I. L'arbitrage

1 L'arbitrage connaît un intérêt croissant comme mode de résolution des litiges informatiques. Il reste que l'institution est mal connue des non-juristes qui ont parfois tendance à considérer la sentence arbitrale comme un jugement de Salomon, rendu en équité, au terme d'une procédure peu formaliste. Il est donc important de définir de manière précise ce qu'est l'arbitrage et d'insister sur son insertion et sa reconnaissance dans le système juridique et judiciaire des Etats.

### A. DÉFINITION ET PLACE DE L'ARBITRAGE DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX

2 L'arbitrage est une procédure de résolution des litiges mise en œuvre par la volonté des parties. Celles-ci décident au moment de la conclusion d'un contrat ou ultérieurement, au moment de la survenance d'un litige, de confier la solution de ce dernier à un tribunal composé d'un ou de plusieurs arbitres, dans ce dernier cas généralement au nombre de trois.

3 Il est essentiel d'insister sur le fait que le tribunal arbitral remplit la fonction d'un juge. Sauf dans les cas, rares, où il siège comme amiable compositeur, l'arbitre statue principalement en droit. En outre, dans tous les cas, il doit, à l'instar du juge, respecter des règles de procédure, selon le cas et éventuellement cumulativement, les règles d'un droit national, celles d'une institution d'arbitrage et celles conventionnellement stipulées par les parties. Le respect des règles de droit matériel et de procédure conditionnera à différents égards la validité de la sentence arbitrale. Si celle-ci a été rendue au mépris des droits de la défense, est contraire à l'ordre public, ou a statué *ultra petita*, elle pourra soit faire l'objet d'un recours en annulation, soit se verra refuser un caractère exécutoire. Il est donc essentiel, quelle que soit la technicité du litige qui oppose les parties, qu'à tout le moins un membre du panel soit un juriste expérimenté dans le domaine de l'arbitrage. Ceci est d'autant plus important que l'absence de forme et le caractère conventionnel de l'arbitrage confèrent à chaque procédure un caractère original qui rend la tâche du tribunal souvent plus difficile et délicate que celle d'un juge ordinaire.

4 La sentence arbitrale a un caractère juridictionnel; elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Elle ne doit pas être confondue avec la décision que sont amenés à prendre dans certains cas des 'sages' au terme d'une procédure souvent dénuée de formalisme, qui s'apparente à la médiation, et que l'on qualifie parfois à tort d'arbitrage. Le règlement et la pratique de l'Agence française pour la Protection des Programmes (A.P.P.) en fournissent une excellente illustration.

L'A.P.P. a pour objet de défendre les personnes physiques ou morales, auteurs de programmes informatiques, de jeux vidéo, de progiciels, d'études et documents associés. Les membres de l'A.P.P. peuvent y déposer leur logiciel sous forme de microfiches, ce qui lui donne date certaine dès sa création. Si le créateur disparaît ultérieurement, notamment dans l'hypothèse d'une faillite, l'utilisateur du logiciel, même s'il n'est pas membre de l'A.P.P., peut demander d'avoir accès au programme pour effectuer la maintenance. L'article 6 du règlement général prévoit en effet que l'utilisateur du programme-objet ayant régulièrement acquis les droits d'utilisation peut accéder au programme-source en cas de défaillance du créateur de programme mais cet accès ne sera autorisé qu'après étude par une commission d'arbitrage. En fait, le mécanisme visé dans l'article 6 n'est nullement une procédure d'arbitrage au sens défini ci-avant. La décision que rendront les arbitres ne sera pas davantage une sentence arbitrale. L'on se trouve plutôt en présence d'un procédé conventionnel d'autorisation par recours à la décision d'un tiers. L'article 6 du règlement précise d'ailleurs que pour pouvoir être appliqué, il doit obligatoirement être visé dans le contrat de commercialisation du créateur du produit informatique.

5 En revanche, l'A.P.P. a mis en œuvre une véritable procédure d'arbitrage des conflits entre ses adhérents. L'article 7 du règlement général prévoit que 'en cas de contestation entre les déposants sur la propriété d'un produit qui serait revendiqué par plusieurs membres, les déposants conviennent de soumettre le règlement de leur litige à une commission d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage A.P.P.'. Un règlement composé de 16 articles met effectivement en œuvre une procédure d'arbitrage aux termes de laquelle les conflits entre adhérents de l'A.P.P.

relativement au droit de propriété revendiqué sur un programme seront réglés par 'un ou plusieurs arbitres' toujours en nombre impair<sup>2</sup> qui, au terme d'une procédure contradictoire<sup>3</sup>, rendront une sentence.<sup>4</sup>

#### B. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L'ARBITRAGE. LES DIFFÉRENTS TYPES D'ARBITRAGE

6 Il existe fondamentalement deux types d'arbitrage, l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel. Dans tous les cas, les litiges entre les parties ne seront soumis à la procédure arbitrale que moyennant leur accord préalable, consigné dans une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage.

7 Dans le cas de l'arbitrage *ad hoc*, la procédure est entièrement mise en œuvre et organisée par les parties elles-mêmes. Elles auront généralement prévu dans leur convention initiale, une clause compromissoire qui, dans un contrat informatique, pourrait être libellée comme suit, s'agissant d'un litige se déroulant en Belgique:

'Les parties conviennent que tous les litiges nés de ou à l'occasion de l'exécution ou l'inexécution du présent contrat seront tranchés par voie d'arbitrage. Chacune des parties désignera un arbitre, expert en informatique. A défaut de choix par l'une des parties, le deuxième arbitre sera, à la requête de l'autre partie désigné par le Président du Centre belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international (CEPANI). Ce dernier désignera également dans tous les cas le président du tribunal arbitral qui sera juriste et de préférence spécialisé dans le droit de l'informatique (ou éventuellement, encore que cette alternative nous paraisse moins judicieuse: Les arbitres choisis par les parties désigneront le président du tribunal arbitral qui sera juriste et de préférence spécialisé dans le droit de l'informatique.) Le siège de l'arbitrage sera Bruxelles. Le tribunal arbitral appliquera le droit belge'.

8 Dans de nombreux cas, les parties préféreront avoir recours aux services d'une institution d'arbitrage. Il existe de nombreuses institutions d'arbitrage dans le monde, nationales et internationales. Au niveau international, l'institution la plus réputée est la Chambre de commerce internationale à Paris (C.C.I.) à laquelle sont soumis la plupart des arbitrages internationaux les plus importants. Il existe également de nombreux centres nationaux d'arbitrage qui jouissent d'une grande réputation, tels que le Centre pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international (CEPANI) à Bruxelles, le Nederlands Arbitrage Instituut, l'American Arbitration Association, la 'London Court of Arbitration', la Chambre de Commerce de Zürich, le 'Deutscher Ausschuss für Schiedsgerichtswesen', la Chambre de Commerce de Stockholm, l'Associazione Italiana per l'Arbitrato. De tels centres ont été établis dans de très nombreux pays.<sup>5</sup> Ils bénéficient d'une grande expérience en matière d'arbitrage interne et international et fonctionnent chacun suivant un règlement réglant minutieusement la procédure de mise en œuvre de l'arbitrage, de désignation des arbitres, de déroulement de la procédure arbitrale. Ils exercent un contrôle rigoureux quant au respect des délais et à la qualité et la conformité de la sentence, à tout le moins au plan formel. Le recours à une institution d'arbitrage offre donc incontestablement des garanties supplémentaires de sérieux et de qualité. Les parties sont en outre déchargées des questions administratives liées au déroulement de la procédure. Enfin, le crédit qui s'attache à l'institution facilite l'exécution ultérieure de la sentence.

Si les parties prévoient de recourir à un arbitrage institutionnel, elles inséreront généralement dans leurs contrats une clause inspirée de celle que conseille la C.C.I.:

'Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de (l'Institution choisie) par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement'.

Cette clause peut également être modalisée de manière à prévoir la désignation de l'arbitre ou des arbitres par les parties et non par l'institution ou pour stipuler les compétences particulières que devront réunir les arbitres, ce qui est à conseiller lorsque le litige concerne une matière très spécialisée telle la matière de l'informatique.

9 Qu'il s'agisse d'un arbitrage *ad hoc* ou d'un arbitrage institutionnel, le recours à cette procédure présente traditionnellement des avantages et des inconvénients.

Au plan des avantages, l'on retient généralement la rapidité, la confidentialité et la compétence des arbitres. Ces avantages prennent un relief particulier dans le domaine de l'informatique.

10 D'une part, les sociétés informatiques préféreront que ne soient pas diffusés dans les revues juridiques voire dans la presse quotidienne des jugements ou des comptes-rendus de procès qui leur sont défavorables. L'arbitrage satisfait cette exigence: les audiences arbitrales ne sont pas publiques et les sentences ne sont normalement pas publiées, si ce n'est parfois par extrait et sans aucune mention du nom des sociétés en présence.

11 D'autre part, l'arbitrage offre l'avantage de la rapidité. L'accroissement de l'arriéré judiciaire et le nombre insuffisant de nominations dans la magistrature ont pour effet que dans la plupart des pays occidentaux, les rôles des tribunaux sont encombrés et les procédures, en particulier dans les matières techniques, ne connaissent leur dénouement qu'après de longs délais pouvant s'étendre sur plusieurs années. L'existence de voies de recours accentue encore ce phénomène. Ce n'est en fin de compte qu'au niveau du juge des référés et du tribunal des saisies que l'on peut espérer obtenir une décision rapide et efficace. Ainsi, en Belgique, l'intervention du juge des référés sur requête unilatérale a permis de combattre efficacement les contrefaçons, en permettant une descente immédiate d'un expert sur les lieux et à l'insu du contrefacteur. L'intervention de ce magistrat est toutefois limitée à des mesures provisoires ne préjugant pas du fond de l'affaire.

Lorsqu'il s'agit de trancher au fond, en revanche, seul l'arbitrage offre une solution rapide. De nombreux règlements d'arbitrage prévoient que le tribunal doit établir son acte de mission dans un délai bref, par exemple de deux mois et rendre sa sentence dans un délai de six mois. Ces délais sont impératifs. Ils ne peuvent être prorogés que dans des circonstances exceptionnelles. En outre, la plupart des législations écartent toute possibilité de recours en opposition ou en appel devant les tribunaux ordinaires et même si la loi française fait exception à ce principe en prévoyant une possibilité d'appel<sup>6</sup>, les parties stipulent le plus souvent dans leur compromis d'arbitrage que la décision des arbitres est rendue en premier et en dernier ressort. L'arbitrage va donc permettre d'apporter en six mois ou en un an une solution définitive à un litige qui, devant les tribunaux ordinaires, pourrait ne connaître de dénouement qu'après une période variant de 18 mois à dix ans.

12 Enfin, l'arbitrage permet de choisir les juges qui vont trancher le différend. Le nombre insuffisant de magistrats et la variété des matières qu'ils sont appelés à connaître, rend impossible, sauf exception, la mise sur pied de chambres spécialisées qui ne connaîtraient que des litiges informatiques et où siègeraient des magistrats très spécialisés dans cette branche du droit. En tout état de cause, ceux-ci devront la plupart du temps avoir recours à des experts dont la compétence et la diligence seront fort variables. En outre, si le tribunal n'est pas versé dans le domaine de l'informatique, il aura tendance à accorder une influence déterminante au rapport d'expertise, les arguments critiques des plaideurs ne se voyant accorder que peu de poids par un juge qui n'a pas la formation technique voulue pour en apprécier le bien fondé. Or, aucun juge ni aucun avocat ne contestent qu'il est de temps à autre des rapports d'expertise dont les conclusions sont partiellement ou totalement erronées. En revanche, les arbitres sont choisis pour leur compétence particulière tant au niveau de la connaissance de la procédure arbitrale, que dans le domaine du droit que concerne le

3. D'une part, les institutions d'arbitrage possèdent des listes d'arbitres (avocats, professeurs d'université, experts) répartis par spécialités. D'autre part, les parties ont toute latitude, si elles se sont réservé le choix des arbitres, de désigner les personnes qui leur paraissent les plus compétentes et les plus aptes à régler leur différend.

De ce point de vue, dans les litiges informatiques, les parties choisiront un ou trois arbitres suivant l'importance et la technicité des problèmes en cause. Si la contestation est avant tout d'ordre juridique, ou si l'enjeu est relativement peu important, les parties auront intérêt à choisir un seul arbitre, juriste. La procédure sera moins coûteuse et son déroulement sera d'autant plus rapide. L'arbitre unique pourra le cas échéant désigner un expert ou s'entourer d'avis d'ordre technique, les parties pouvant même le préciser, voire en déterminer les modalités dans leur compromis d'arbitrage ou dans l'acte de mission.<sup>7</sup> Si, en revanche, l'enjeu est très important et/ou le différend comporte de nombreux aspects techniques, demandeur et défendeur auront de préférence recours à un panel de trois arbitres. Les parties prévoient par exemple dans leur clause compromissoire que chacune d'elles nommera un arbitre, expert en informatique et que le président du tribunal sera choisi par les deux premiers et sera un juriste spécialisé dans le droit de l'informatique. Cette dernière solution n'est cependant pas nécessairement la plus appropriée dans la mesure où les experts en informatique ne sont pas toujours les mieux équipés pour faire choix d'un président de panel compétent. L'on peut donc envisager alternativement que le président du tribunal sera désigné par le président d'un centre d'arbitrage ou par le président du tribunal de commerce local, ou encore que les trois arbitres seront nommés par l'institution d'arbitrage conformément aux dispositions de son Règlement. Il est certain en tout cas que la composition mixte du tribunal arbitral offrira un maximum de garanties quant à la qualité de la décision à intervenir.

13 L'arbitrage n'offre certes pas que des avantages. Au plan des inconvénients, on évoque généralement son coût, la difficulté de mise en cause de parties tierces, voire même paradoxalement une certaine lenteur dans les causes compliquées.

14 Le coût est un argument sérieux mais souvent peu convaincant. Il concerne essentiellement les gros litiges

internationaux pour lesquels les frais administratifs et les frais d'arbitrage réclamés par les principales institutions internationales peuvent effectivement paraître élevés en termes absolus. En revanche, les frais administratifs réclamés par les institutions nationales d'arbitrage sont généralement peu importants, voire dans certains cas nominaux. Les parties ont en outre toujours la possibilité de supprimer le poste des frais administratifs en recourant à un arbitrage *ad hoc*. Il reste que les arbitres, à la différence des tribunaux, doivent être honorés pour leurs prestations. Toutefois, dans le cas d'un arbitrage institutionnel, ces honoraires peuvent être aisément déterminés à l'avance par les parties en consultant le barème de l'institution qu'elles ont choisie. Il ne faut pas perdre de vue enfin que les frais réclamés par les institutions d'arbitrage constituent une contrepartie justifiée au rôle important qu'elles assument dans l'administration de l'arbitrage, tant au niveau du secrétariat, du choix des arbitres, de la sélection du lieu le plus approprié pour l'arbitrage, du contrôle du respect du règlement de l'institution ou encore de la régularité de la sentence; sans oublier le rôle que jouent ces institutions dans l'étude et la réglementation du droit du commerce international.

Par ailleurs, le coût d'un arbitrage ne doit pas être uniquement évalué en termes de débours effectifs. Ainsi, aux États-Unis, il a été procédé à des études économiques approfondies de certains litiges importants, tels que l'affaire des Asbestes (*Asbestos case*). Dans cette célèbre affaire de responsabilité du fait des produits où la décision finale d'indemnisation des victimes n'est intervenue qu'après un nombre considérable de procédures d'une ampleur sans précédent, il a été établi que chacun des demandeurs n'a reçu effectivement que 33% des sommes qui lui ont été payées, les 67 autres pour cent ayant été absorbés par les frais. Vu sous cet angle, le coût de l'arbitrage est largement compensé par les gains indirects qu'il permet. En particulier, la rapidité de la décision a pour conséquence de réduire à une moindre durée la nécessité de mobilisation des cadres, une disponibilité plus rapide de cash-flow pour la partie gagnante (en particulier si l'on considère que statistiquement, plus de 90% des sentences arbitrales sont exécutées spontanément), sans oublier que chacune des parties dispose souvent d'une meilleure chance de voir évaluer justement ses responsabilités ou son préjudice. Enfin, l'on ne perdra pas de vue que le caractère confidentiel de l'arbitrage va limiter considérablement le risque d'une atteinte à la réputation et du dommage considérable qui peut en résulter pour la partie perdante.

15 Il est vrai en revanche que lorsque plus de deux parties sont concernées, l'arbitrage peut poser problème dans la mesure où le défendeur se voit contraint de mettre un tiers à la cause. Cet appel en garantie n'est possible que moyennant l'accord du tiers ou s'il a été prévu dans une clause *ad hoc*. L'arbitrage multipartite reste un sujet de préoccupation pour les arbitres et les institutions arbitrales.<sup>8</sup>

16 Enfin, si d'aucuns se sont plaints de la lenteur de certains arbitrages, ils en sont le plus souvent responsables, soit en ayant choisi des arbitres peu respectueux du respect des délais, soit en n'ayant pas eux-mêmes apporté toute la diligence voulue dans le déroulement de la procédure arbitrale, notamment au niveau des réponses aux mémoires ou des communications de documents ou de pièces. L'arbitrage institutionnel offre de ce point de vue une garantie supplémentaire: l'institution veille en effet strictement au

respect par les arbitres et les parties des délais prévus dans le règlement d'arbitrage.

#### C. LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE

17 Le déroulement de la procédure arbitrale est réglé, dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, par la loi de procédure applicable, en principe la loi de l'Etat où siège le tribunal arbitral. Dans le cas d'un arbitrage institutionnel, la procédure sera régie en premier lieu par les dispositions du règlement d'arbitrage de l'institution choisie par les parties et à titre subsidiaire, par les règles de la loi nationale de procédure applicable au litige. Dans les deux cas, les parties peuvent en outre prévoir dans le compromis d'arbitrage ou dans l'acte de mission des dispositions particulières de procédure, notamment dans le domaine de la preuve, par exemple pour libérer les arbitres de certaines règles formalistes qui régissent le recours aux témoignages ou la production de documents.

18 L'exposé qui suit est inspiré du règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Paris. Il traduit la pratique la plus courante, telle qu'elle a d'ailleurs été consacrée par de nombreuses législations nationales.

La partie qui désire avoir recours à l'arbitrage adresse sa demande au secrétariat de l'institution. Elle contient notamment outre les coordonnées des parties, un exposé des prétentions du demandeur, les conventions intervenues et notamment la convention d'arbitrage, ainsi que toutes indications utiles concernant le nombre des arbitres et leur choix. Le secrétariat de l'institution communique une copie de la demande et des pièces annexes à la partie défenderesse pour réponse. Cette réponse doit être adressée dans un délai de trente jours au plus tard au reçu de la communication. Le défendeur se prononcera en particulier sur les propositions qui auront été formulées concernant le nombre d'arbitres et leur choix en faisant éventuellement une désignation d'arbitre et d'autre part exposera ses moyens de défense et fournira ses pièces. Copie de la réponse et des pièces annexes est communiquée à la partie demanderesse.

La partie défenderesse peut également formuler une demande reconventionnelle à laquelle la partie demanderesse aura le droit de répondre dans un délai de trente jours.

Une provision pour frais administratifs et frais d'arbitrage est réclamée aux parties qui doivent en principe l'acquitter par parts égales. Si une des parties ne paie pas sa part des frais d'arbitrage, ceux-ci doivent être avancés par l'autre partie, à défaut de quoi l'arbitrage ne pourra être poursuivi.

19 Après réception des provisions et de la réponse du défendeur, le dossier est transmis au tribunal arbitral. Celui-ci aura été préalablement constitué conformément aux conventions des parties, c'est-à-dire soit par les parties elles-mêmes, soit par l'institution, qui dans certains cas d'ailleurs n'aura été chargée que de la désignation du président du panel. Le tribunal siègera en outre soit au lieu convenu par les parties, soit, à défaut de choix par ces dernières, au lieu déterminé par l'institution d'arbitrage. Celle-ci fera choix du lieu en fonction de nombreux critères, parmi lesquels la ratification par les pays concernés d'une même convention relative à l'exécution des sentences arbitrales.

20 Avant de commencer l'instruction de la cause, l'arbitre établit, sur pièces ou en présence des parties, un acte de mission. Il contient notamment:

- a) les nom, prénoms, qualités des parties;
- b) les adresses des parties où pourront valablement être faites toutes notifications ou communications au cours de l'arbitrage;
- c) un exposé sommaire des prétentions des parties;
- d) la détermination des points litigieux à résoudre;
- e) les nom, prénoms, qualités, adresse de l'arbitre;
- f) le siège de l'arbitrage;
- g) toutes précisions relatives aux règles applicables à la procédure et, le cas échéant, la mention des pouvoirs d'amiable compositeur de l'arbitre;
- h) toutes autres mentions qui seraient requises pour que la sentence soit susceptible de sanction légale ou jugées utiles par l'arbitre.

L'acte de mission doit être signé par les parties et l'arbitre. Il doit être communiqué à l'institution d'arbitrage dans les deux mois de la remise du dossier. Ce délai ne peut être qu'exceptionnellement prolongé. Si une des parties refuse de signer l'acte de mission, un délai lui sera imparti à cette fin, à l'expiration duquel la procédure arbitrale se poursuivra et la sentence sera rendue.

21 Dans un arbitrage international, les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce. Dans tous les cas, l'arbitre tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.

22 L'arbitre instruit la cause dans les plus brefs délais par tous les moyens appropriés. Après l'examen des écrits des parties et des pièces versées par elles aux débats, l'arbitre entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande. A défaut, il peut décider d'office leur audition. L'arbitre peut en outre décider d'entendre toute autre personne, en présence des parties ou celles-ci dûment appelées. Il peut également nommer un ou plusieurs experts, définir leur mission, recevoir leurs rapports et/ou les entendre. L'arbitre peut également statuer sur pièces si les parties le demandent ou l'acceptent.

Dans la pratique, dès lors que les parties auront échangé leurs mémoires et conclusions, le tribunal arbitral fixera une ou plusieurs audiences pour l'audition des plaidoiries. Les audiences sont contradictoires mais si l'une des parties ne comparait pas, la procédure se poursuivra sans elle.<sup>9</sup>

Les parties comparaissent soit en personne, soit par des représentants dûment accrédités. Elles seront le plus souvent assistées d'un avocat.

23 Après l'audition des plaidoiries, le tribunal arbitral prendra la cause en délibéré. Dans de nombreux règlements, il est tenu de rendre sa sentence dans un délai de six mois, à dater de la signature de l'acte de mission. L'institution d'arbitrage ne peut prolonger ce délai que pour des raisons exceptionnelles.

Lorsque trois arbitres ont été désignés, la sentence est rendue à la majorité. Outre la décision sur le fond, le tribunal arbitral liquide également les frais de l'arbitrage et décide à laquelle des parties le paiement en incombe ou dans quelle proportion ils sont partagés entre elles.<sup>10</sup>

Dans la plupart des cas, la sentence arbitrale est définitive. De par leur soumission au règlement d'une institution d'arbitrage, les parties s'engagent à exécuter la sentence sans délai, ce qu'elles font spontanément dans l'immense majorité des cas.

24 La sentence arbitrale a autorité de la chose jugée. Toutefois, pour pouvoir être exécutée, elle doit être revêtue d'un exequatur par le tribunal de grande instance (ou de première instance). Tel est le cas notamment en Belgique<sup>11</sup> et en France.<sup>12</sup> En Belgique, l'exequatur ne sera refusé que si la sentence peut encore être attaquée devant les arbitres, sauf si ceux qui l'ont rendue ont ordonné l'exécution provisoire nonobstant appel; si la sentence ou son exécution est contraire à l'ordre public international; si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage, cette disposition devant être appréciée à la lumière de l'article 1676 du Code judiciaire aux termes duquel peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage, tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel est permis de transiger; si le tribunal établit qu'il existe une cause d'annulation prévue à l'article 1704 du Code judiciaire.

25 En effet, en Belgique, le seul recours possible contre une sentence arbitrale est celui de l'annulation.<sup>13</sup> Celle-ci n'interviendra que dans des cas limitativement énumérés, à savoir:

- si la sentence est contraire à l'ordre public;
- si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage;
- s'il n'y avait pas de convention d'arbitrage valable;
- si le tribunal arbitral a excédé sa compétence ou ses pouvoirs;
- si le tribunal a omis de statuer sur un ou plusieurs points du litige et si les points omis ne peuvent être dissociés des points sur lesquels il a été statué;
- si la sentence a été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué;
- la méconnaissance des droits de la défense;
- la non-motivation de la sentence;
- l'existence dans la sentence de dispositions contradictoires;
- l'obtention de la sentence par fraude;
- si la sentence est fondée sur une preuve déclarée fautive par décision judiciaire passée en force de chose jugée ou sur une preuve reconnue fautive;
- enfin, si depuis qu'elle a été rendue, il a été découvert un document ou un autre élément de preuve qui aurait eu une influence décisive sur la sentence et qui avait été retenu par le fait de la partie adverse.

L'on remarquera en outre qu'en Belgique, le recours en annulation n'est ouvert que lorsqu'au moins une partie au différend tranché par la sentence arbitrale est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale constituée en Belgique ou y ayant une succursale ou un siège quelconque d'exploitation.<sup>14</sup>

26 En France, les sentences internes et les sentences internationales rendues en France peuvent faire l'objet d'un recours en annulation.<sup>15</sup> Dans le cas des sentences internes, ce recours n'est ouvert que si les parties ont renoncé à l'appel.<sup>16</sup> Les causes d'annulation sont analogues à celles énoncées plus haut.<sup>17</sup> Le recours en annulation a un effet

dévolutif: si la juridiction saisie annule la sentence, elle statue au fond dans la limite de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties.<sup>18</sup> En revanche, dans le cas d'une sentence internationale, la Cour d'appel n'est pas habilitée à évoquer l'affaire. Il en est de même en Belgique pour l'ensemble des sentences.

27 Lorsque la sentence arbitrale doit être exécutée à l'étranger, son exécution est facilitée par un réseau de conventions bilatérales et multilatérales auxquelles sont parties un nombre très important d'Etats. La plus importante de ces conventions est la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958. Les Etats qui ont ratifié cette convention se sont engagés à ne refuser la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que dans un nombre de cas limitativement énumérés à l'article 5 de la convention, à savoir, essentiellement: non respect des droits de la défense, sentence rendue *ultra petita*, constitution irrégulière du tribunal arbitral, sentence non encore obligatoire pour les parties, non arbitrabilité du litige, contrariété à l'ordre public du pays où la reconnaissance ou l'exécution sont postulées.

Il reste, comme nous l'avons déjà indiqué, que dans l'immense majorité des cas, la sentence arbitrale est exécutée spontanément. Comment peut-on expliquer ce phénomène? Comme l'indiquent HUYS et KEUTGEN, essentiellement par le climat dans lequel se déroule l'arbitrage qui favorise la reprise de relations confiantes entre les parties et par là même l'exécution spontanée de la décision arbitrale.<sup>19</sup>

#### D. LE DÉVELOPPEMENT DE PROGRAMMES SPÉCIFIQUES POUR L'ARBITRAGE DES LITIGES INFORMATIQUES

28 Si l'arbitrage connaît un succès considérable dans le monde et en particulier aux Etats-Unis et en Europe de l'Ouest, il n'en est qu'à ses débuts dans le domaine du droit de l'informatique. L'on a connaissance de quelques arbitrages *ad hoc*, le plus souvent menés par des experts non juristes, ce qui risque tôt ou tard de poser de sérieuses difficultés au niveau de l'exécution de la sentence. Rédiger une sentence arbitrale conforme à la loi et, partant, non attaquant, est aussi complexe pour un non juriste que la rédaction d'un cahier des charges détaillé pour un avocat.

29 Quant aux centres d'arbitrage nationaux et internationaux, les litiges informatiques dont ils sont saisis restent en nombre très limité. Il existe cependant une exception à la règle, celle de l'American Arbitration Association (AAA). L'A.A.A. qui est une association indépendante et sans but lucratif, est la principale institution d'arbitrage aux Etats-Unis. Elle a son siège social à New York mais dispose en outre de vingt-six bureaux régionaux établis dans l'ensemble du pays. Elle connaît annuellement environ 40.000 nouvelles affaires. Dans le domaine du droit de l'informatique, le nombre d'arbitrages n'a cessé de croître depuis le début de cette décennie. De 57 cas en 1981, l'on est passé en 1985 à 121 litiges et au 31 octobre 1986 à 221 arbitrages (voir annexe). L'analyse de ces arbitrages conduit à faire les constatations suivantes en ce qui concerne la nature des litiges soumis à A.A.A.

30 La plupart des arbitrages concernent des différends entre vendeurs et utilisateurs. En outre, dans une majorité croissante de cas, le demandeur est l'utilisateur.

Dans les arbitrages introduits par les utilisateurs, le grief le plus souvent invoqué est la non exécution ou l'exécution fautive du contrat. Les hypothèses sont variées: depuis l'absence de livraison ou la mauvaise installation du hardware, la livraison d'un équipement reconditionné comme étant neuf, le non achèvement du software ou l'absence de correction des vices...

Dans les arbitrages introduits par les vendeurs, le litige concerne le plus souvent le non paiement des factures. Ici également les hypothèses sont variées: non paiement du prix d'achat ou d'installation de l'équipement, des frais de maintenance, des frais de service et de livraison...

Un certain nombre de cas concernent également la résiliation de contrats, notamment de distribution, le non paiement de commissions ou de royalties en vertu de contrats de licence.

D'une manière générale on constate une évolution des litiges du domaine du hardware à celui du software. Il est vrai que cette tendance caractérise également les jurisprudences nationales.

31 Le développement considérable des litiges informatiques a incité l'A.A.A. à créer un programme spécial pour la solution de ces différends, comportant notamment l'établissement d'une liste de spécialistes. L'on remarquera à cet égard que la procédure de désignation des arbitres au sein de l'A.A.A. est différente de celle que l'on connaît généralement en Europe. Des listes d'arbitres sont envoyées aux parties auxquelles il est demandé d'indiquer le nom des personnes qu'elles acceptent comme arbitres et de barrer le nom de celles qu'elles refusent de voir siéger dans le panel. Ces listes sont comparées et les arbitres sont choisis parmi les personnes sur lesquelles les parties s'accordent. S'il n'existe pas d'accord, le ou les arbitres sont désignés par l'association en dehors des personnes dont le nom figurait sur la liste.

32 D'autres programmes spécifiques pour l'arbitrage des litiges en matière d'informatique ont été élaborés ou sont en voie de préparation au sein de diverses institutions, qu'il s'agisse de centres d'arbitrage ou d'associations professionnelles. On a évoqué ci-avant le règlement de l'A.P.P. en France. Le programme récemment mis au point aux Etats-Unis par l'Association professionnelle de l'industrie du software et des services informatiques, ADAPSO, mérite également une attention particulière. Cette association, qui compte parmi ses membres plus de 750 sociétés, a créé une commission sur les modes alternatifs de solution des litiges. Dans une brochure diffusée dans tous les milieux intéressés<sup>20</sup>, ADAPSO décourage le recours aux tribunaux ordinaires dans le domaine de l'informatique. Il est vrai qu'outre les raisons déjà invoquées au début de cet article, l'on peut ajouter aux Etats-Unis le coût très élevé de la procédure, sans commune mesure avec ce que nous connaissons en Europe, ainsi que la longueur et la lenteur des procès, les deux étant partiellement dus à l'importance considérable que revêtent aux Etats-Unis certaines procédures particulières telles que l'interrogatoire et le contre-interrogatoire (examination and cross-examination) des témoins, ainsi que la technique de 'discovery', qui permet à une des parties d'exiger la production de documents et d'archives détenus par l'autre partie, suivie éventuellement d'un interrogatoire des personnes concernées sur chacune des pièces ainsi réunies. Il est donc inhabituel qu'un procès dure moins d'une semaine, il n'est pas inhabituel qu'il

s'étende sur des mois, voire des années. Dans ces conditions, il est certain que la procédure arbitrale est beaucoup moins longue et coûteuse, d'autant qu'en l'absence d'accord des parties, la technique de 'discovery' n'est pas applicable dans la procédure arbitrale.

C'est pourquoi ADAPSO encourage le recours à l'arbitrage, en collaboration avec les centres existants ainsi que, d'une manière générale, à toutes les méthodes alternatives de règlement des litiges, qu'il s'agisse de négociation, de conciliation ou de médiation. ADAPSO a d'ailleurs créé au sein de l'association un service de médiation, à la disposition de ses membres.

## II. Les autres méthodes alternatives de solution des litiges: médiation, conciliation, mini-trial

33 La technique de négociation devant aboutir à un accord transactionnel n'est pas une solution nouvelle, mais elle a tendance à s'imposer de plus en plus comme préalable à l'intentement d'une action. L'on constate également, surtout aux Etats-Unis mais également en Europe, une volonté d'éviter la confrontation en justice par diverses techniques telles que la conciliation obligatoire ou la médiation. De plus en plus souvent, les conventions prévoient qu'en cas de litige, une réunion de négociation aura lieu entre les responsables du projet au sein des sociétés antagonistes. En cas d'échec de cette réunion, une seconde négociation aura lieu entre les directeurs généraux des sociétés concernées.

34 Parmi les nouvelles méthodes structurées de négociation que la pratique a vu se développer ces dernières années, l'une d'entre elles connaît un succès certain aux Etats-Unis<sup>21</sup> et en Suisse.<sup>22</sup> Le but de cette procédure est de favoriser une solution rapide et peu coûteuse d'un litige par le recours à une technique de négociation qui favorise le dialogue quant au fond du différend et clarifie aux yeux des deux parties les problèmes sur lesquels elles sont en désaccord.

Les traits caractéristiques du mini-trial sont les suivants:

1. Les parties se soumettent volontairement à une procédure qui reste confidentielle, quelle que soit l'issue de la négociation;
2. Les avocats et les experts de chacune des parties font une présentation sommaire des problèmes en litige et de leur point de vue, laquelle est suivie par une séance de questions ainsi qu'une présentation par l'autre partie de son point de vue et de ses moyens de défense;
3. La procédure se déroule en présence des cadres supérieurs de chacune des parties, dûment mandatés pour conclure une transaction;
4. Le mini-trial est présidé par un conseiller neutre ou un modérateur choisi par les parties de commun accord;
5. Après la présentation par les parties de leurs arguments, les cadres représentant les deux sociétés se réunissent à une ou plusieurs reprises et mettent tout en œuvre pour tenter d'arriver à un règlement amiable. A leur demande, le conseiller assistera aux négociations et donnera son avis quant aux questions qui ont été débattues durant la réunion préalable. Le conseiller peut être également appelé à formuler une proposition transactionnelle ou à remplir une fonction de médiateur;
6. Si les parties arrivent à un accord, celui-ci est consigné par écrit et signé aussitôt que possible par les représentants des deux sociétés;

7. Pendant toute la durée du mini-trial, les parties s'engagent à ne pas entamer la procédure, ni à poursuivre une instance en cours;

8. Enfin, les frais et honoraires du conseiller neutre, de même que les autres frais de la procédure, seront en principe supportés par parts égales par les deux parties.

35 Certes, le mini-trial n'est rien d'autre qu'une technique de négociation. Son caractère structuré en renforce néanmoins l'efficacité. Elle peut s'avérer particulièrement appropriée dans les litiges informatiques qui mettent en cause tant des questions de fait que de droit. L'échec d'une telle procédure n'est d'ailleurs en rien une perte de temps. Le recours au mini-trial aura permis aux parties de bien préparer leur défense, ainsi que d'avoir une connaissance plus approfondie des points forts et des faiblesses tant de leur propre dossier que de celui de l'adversaire.

36 Dans le domaine de l'informatique et d'une manière générale dans celui de la haute technologie, le recours en de litige aux tribunaux de l'ordre judiciaire n'apparaît pas comme une solution idéale pour les raisons qui ont été évoquées, sauf pour certaines procédures, telles le référé, qui ont prouvé leur efficacité notamment dans la lutte contre la contrefaçon de programmes. En revanche, les litiges informatiques constituent pour les méthodes alternatives de solution des différends, un terrain privilégié. Outre les techniques de négociation structurée, qui tendent à favoriser un règlement amiable des conflits, l'arbitrage devrait connaître ces prochaines années un succès croissant en raison des avantages incontestables qu'il présente dans le domaine de l'informatique: rapidité, confidentialité, qualification particulière des personnes choisies et possibilité de combiner au sein d'un même panel l'expertise juridique et la compétence informatique.

#### ANNEXE

*American Arbitration Association, Computer Technology Caseload Analysis* (reproduit avec l'aimable autorisation de l'A.A.A.)

#### NUMBER OF CASES FILED

1981	57
1982	69
1983	82
1984	123
1985	121

#### DOLLAR AMOUNTS OF CLAIMS AND COUNTERCLAIMS

1981	\$ 3,775,344
1982	7,849,257
1983	21,550,750
1984	31,899,616
1985	229,245,094

#### BREAKDOWN OF AMOUNTS

	1983	1984	1985
\$ 1 - 10,000	12	26	13
\$ 10,001 - 50,000	17	28	29
\$ 50,001 - 100,000	12	13	17
\$ 100,001 - 500,000	11	14	25
\$ 500,001 - 999,999	2	6	5
\$ 1,000,000 and over	1	6	6
No amount disclosed	27	30	23

Droit de l'Informatique 1987/1

#### REGIONAL DISTRIBUTION OF CASES

	1984	1985		1984	1985
Atlanta	7	4	Miami	6	4
Boston	7	15	Minneapolis	1	2
Charlotte	3	2	New Jersey	3	3
Chicago	8	2	New York	22	16
Cincinnati	1	2	Philadelphia	1	1
Cleveland	1	1	Phoenix	1	2
Dallas	2	1	Pittsburgh	4	1
Denver	4	1	San Diego	3	1
Detroit	1	3	San Francisco	16	11
Garden City	2	3	Seattle	1	1
Hartford			Syracuse	1	1
Kansas City		4	Washingt. D.C.	4	8
Los Angeles	23	31	White Plains	1	

#### NOTES

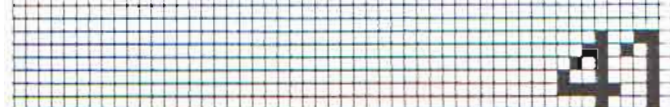
1. Lawrence PERLMAN, ancien general counsel de Control Data, cité par SWARTZ, H., Structured negotiations save time, money and blood pressure, *Electronic Business*, June 15, 1984, 74.
2. Article 7.
3. Article 13.
4. Article 14.
5. Pour un bref descriptif des principaux centres d'arbitrage, voyez notamment HUYS et KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 500 et s.
6. Article 1482 du Code de procédure civile.
7. La C.C.I. a même créé un centre international d'expertise technique.
8. Voyez notamment le guide sur l'arbitrage multipartite édité par la C.C.I.
9. HANOTIAU, B., *Le défaut d'une partie dans la procédure d'arbitrage international*, *Mélanges Vander Elst*, 1987, t. I., p. 375.
10. Voyez un exemple de sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un litige informatique dans *Computerrecht*, 1985, 27 et note KOLLEN.
11. Article 1710 du Code judiciaire.
12. Article 1477 du Code de procédure civile.
13. Article 1704 du Code judiciaire.
14. Article 1717 al. 4 du Code judiciaire, introduit par la loi du 27 mars 1985.
15. Articles 1484 et 1502 du Code de procédure civile.
16. Article 1484 du Code de procédure civile.
17. *Idem*.
18. Article 1485 du Code de procédure civile.
19. *O.c.*, p. 629.
20. Alternative Dispute Resolution, An Adapso program for the Computer Software and Services Industry.
21. Voyez notamment le règlement du Center for Public Resources à New York: C.P.R. Model Procedure for Settlement of Transnational Business Disputes.
22. Voyez notamment les 'Rules of Procedure for the Zurich mini-trial' approuvées le 5 octobre 1984 par la Chambre de commerce de Zürich.



## BIBLIOGRAPHIE

Il existe peu d'écrits spécifiques sur le sujet. Voyez surtout:

- FITZSIMMONS, R., *Arbitration and the computer industry*, Document A.A.A.
- FRIEDMANN, G., *Using alternative dispute resolution to settle computer disputes*, in *Systems, Objectives, Solutions*, 1984, 169.
- KOPESKY, J., *Arbitration and other alternatives for resolving computer related disputes*, in *Computer Litigation, Litigation and*



*Administrative Practice Series*, Practising Law Institute, 1983, 557.

- KOLLEN, F., *Arbitragekommissie is erg gewenst voor computer-geschillen*, *Computable*, 20 mai 1983, 7.
- OOSTERBAAN, D., *Arbitrage-instituut kan leemte opvullen in auteurswetgeving*, *Computable*, 1 avril 1983, 5.
- SCOTT, M., *Computer Law*, Wiley Law Publications, New York, § 6.115 et s.
- SWARTZ, H., *Structured negotiations save time, money and blood pressure*, *Electronic Business*, 15 juin 1984, 72.