

Le Forum des droits sur l'internet



www.foruminternet.org

RAPPORT

"LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS"

17 juin 2002

Contact :
contact@foruminternet.org

SOMMAIRE

RAPPEL DU CONTEXTE

I - LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS - DEFINITIONS, APPORTS ET LIMITES

- A - Définitions des modes alternatifs de règlement des différends**
- B - Apports et limites des modes alternatifs de règlement des différends aujourd'hui**

II - LES TEXTES FRANÇAIS ET INTERNATIONAUX

- A - Les textes français**
- B - Les textes internationaux et européens**
- C - Conclusion**

III - LES INTERROGATIONS A LEVER

- A - La place des MARD par rapport à la justice**
- B - L'accord conclu**
- C - Délais et confidentialité**
- D - Responsabilité et neutralité du tiers**
- E - L'interrogation sur les modèles économiques**

CONCLUSION - RAPPEL DES RECOMMANDATIONS ET DES PISTES D'ACTION

ANNEXES

- ANNEXE 1 - Les auditions menées par le Forum**
- ANNEXE 2 - Les textes français et européens**
- ANNEXE 3 - Composition des groupes de travail**

RAPPEL DU CONTEXTE

Dès sa création en mai 2001, le Forum des droits sur l'internet s'est saisi du sujet des Modes Alternatifs de Règlement des différends (MARD). Son objectif était d'étudier ces processus afin de déterminer dans quelle mesure ils pouvaient être un élément constitutif d'une forme de régulation sociale de la vie sur les réseaux, et par là même, un apport à la nécessaire confiance qui doit encore s'établir. **Le Forum ne s'est pas uniquement intéressé aux modes de résolution existant « en ligne » mais plutôt aux conflits pouvant naître « en ligne » et à l'utilisation possible d'un mode alternatif pour les résoudre.** Que ce dernier soit en ligne ou non, n'a pas semblé un point crucial.

Il est apparu très vite que les modes alternatifs de règlement des différends pouvaient s'appliquer à des conflits de nature variée, impliquant des acteurs divers (individus entre eux, individus et entités publiques, individus et entreprises, entreprises entre elles, etc.). Le Forum a donc décidé de séparer l'étude de ces modes en deux sous-groupes :

Un groupe a travaillé sur les différends entre une entreprise et un consommateur. Ce sujet, central pour le développement de la confiance dans le commerce électronique, fait l'objet de plusieurs études tant au niveau européen qu'international;

un groupe s'est penché sur les différends relatifs aux contenus illicites ou préjudiciables. L'objectif de ce groupe était d'examiner les modes alternatifs de règlement des différends pour des conflits qui pourraient s'assimiler à des conflits de « voisinage » sur l'internet. C'était le sujet le plus neuf.

La démarche des deux groupes a été parallèle : auditions d'acteurs impliqués dans ces processus, recherche documentaire, etc. (voir annexe 1 et 2 pour la composition des deux groupes et la liste des personnes auditionnées). Ils ont constaté que, si le contexte juridique propre à chacun de ces deux groupes n'était pas forcément similaire (par exemple, la place de l'ordre public dans les deux cas), un certain nombre de questions se rejoignaient. La décision a donc été prise de mettre en commun les réflexions et les propositions et d'élaborer un rapport commun pour ces deux groupes, tout en soulignant les spécificités de chaque domaine.

> *Les objectifs de ce rapport*

Dans une première partie, ce document entend clarifier et définir ce que sont les modes alternatifs de règlement des différends, tout en exposant l'apport de ces processus pour les conflits générés sur l'internet. Dans une seconde partie, il fait un point sur les textes juridiques existants et les initiatives internationales. La troisième partie est consacrée aux questions juridiques pouvant se poser et à l'analyse des modèles économiques. Enfin, en conclusion, il ouvre des pistes de réflexion et rend public le programme d'action du Forum pour les semaines qui viennent.

> *Méthodologie suivie*

Les groupes de travail ont procédé à un certain nombre d'auditions (voir liste en annexe 1), et ont tenu des réunions internes permettant des discussions approfondies sur ces questions. Le présent rapport est le premier document écrit rendu public. Il sera tout d'abord diffusé aux adhérents du Forum pour approbation interne avant une adoption définitive par le conseil d'orientation du Forum. Il sera ensuite soumis aux commentaires des internautes.

I - LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DEFINITIONS, APPORTS ET LIMITES

A - Définitions des modes alternatifs de règlement des différends

On considère généralement que l'expression « modes alternatifs de règlement des différends » recouvre **tout mécanisme permettant de trouver des solutions acceptables par des parties en différend en dehors des procédures judiciaires traditionnelles (d'où le terme « alternatif »)**. Ils ne se substituent pas à celles-ci mais doivent permettre de « vider les conflits » de leur substance à la satisfaction des parties.

On notera que l'expression « mode alternatif de règlement des différends » n'est pas non plus communément acceptée : on peut ainsi également rencontrer le terme de « mode alternatif de règlement des litiges », de « modes alternatifs de règlement des conflits », de « résolution amiable des conflits ». La distinction entre le « conflit » et le « litige » est encore source de débat juridique en France, c'est pourquoi le groupe a opté pour le mot de « différend », plus neutre, et qui semble plus proche du concept anglo-saxon de « *dispute* ». En effet, les anglo-saxons utilisent les expressions *d'Alternative Dispute Resolution (ADR)* ou de *Online Dispute Resolution (ODR)* pour ce qui est des modes alternatifs de règlement des différends existant « en ligne ».

Ces mécanismes peuvent impliquer des acteurs très variés et concernent des situations multiples : ils sont ainsi utilisés dans le domaine de la consommation pour des différends entre une entreprise et un consommateur (cas par exemple des médiations mises en place par la Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) ou l'Association des Sociétés Financières (ASF)), dans le cas des différends d'ordre privé (médiation familiale par exemple), dans les conflits entre un employeur et un salarié (en droit du travail), à l'initiative d'un juge ou non, etc. On fait ainsi souvent la distinction entre les modes alternatifs de règlement des différends pouvant exister dans le cadre de procédures judiciaires et ceux hors procédures judiciaires (qualifiés souvent de MARD « conventionnels »). Le présent dossier ne traite que de ces derniers.

Tous ces modes ont en revanche comme point commun la présence **d'un « tiers » neutre, distinct des parties en conflit, et dont la mission est de faciliter le dialogue ou de résoudre le différend**. Cette existence d'un tiers extérieur et neutre est au cœur des processus de règlements alternatifs et permet souvent de différencier les MARD d'autres outils de résolution des différends comme les services consommateurs d'une entreprise notamment.

Une première typologie des MARD peut d'ailleurs être définie en fonction du degré d'implication de ce tiers, de son rôle concret plus ou moins actif dans la résolution du différend. Quatre niveaux d'implication peuvent ainsi être envisagés :

Un tiers ne servant que de plate-forme logistique ou de secrétariat pour l'élaboration d'un dialogue direct entre les parties en différend. C'est un modèle qui se développe aujourd'hui en particulier sur l'internet, où existent des expériences « d'automatiser » ces méthodes alternatives de résolution des différends, afin de réduire leurs coûts. Cette automatisation passe souvent par l'utilisation d'un formulaire en ligne obligeant les parties à reformuler leur différend selon une méthodologie de questionnement. Elle est cependant « réservée » à des différends simples, intervenant le plus souvent dans le cadre d'un processus de consommation.

Un tiers facilitant le dialogue entre les parties, mais dont l'implication est strictement limitée à cette fonction, et qui s'interdit donc de faire des propositions concrètes de compromis. Sa présence est souvent utile pour procéder au questionnement, amenant les parties à quitter leur logique de conflit pour entrer dans une logique de recherche de solution ; mais il ne peut intervenir en direct dans la recherche de solution. Son rôle peut également, dans certains cas, s'étendre jusqu'à formaliser l'accord intervenu entre les parties. On parle dans ce cas de tiers « accoucheur ».

Un tiers auquel il est reconnu la faculté de proposer des solutions : au-delà du simple fait de faciliter le dialogue entre les parties, le tiers peut être amené à émettre des propositions concrètes de compromis permettant de sortir de la crise. L'acceptation de la solution proposée par le tiers reste dans tous les cas du ressort des parties qui ne peuvent être contraintes à l'accepter. Ici, le rôle du tiers est plus actif, c'est souvent lui qui formalise l'éventuel accord intervenu. On parle alors de tiers « aviseur ».

Un tiers pouvant non seulement faciliter le dialogue, mais également, trancher le conflit et prendre une décision qui s'imposera aux parties. C'est la forme des MARD qui se rapproche le plus d'un jugement rendu par un tribunal, mais les règles suivies ne sont pas forcément fondées uniquement sur le droit. On parle alors d'un tiers « arbitre » et de processus d'arbitrage, lequel est souvent utilisé entre professionnels, particulièrement dans le cas de difficultés d'interprétation des clauses d'un contrat au niveau national ou international.

Tous ces modes alternatifs existent aujourd'hui dans la plupart des pays européens, au Canada et aux Etats-Unis, sous une forme ou une autre. En France, ces modes alternatifs sont connus sous les noms de « médiation » et « conciliation » pour le grand public, auxquels s'ajoute l'« arbitrage » concernant les relations entre professionnels. Si la distinction exacte entre médiation et conciliation fait encore l'objet de débats, ces deux mécanismes mettent en jeu, dans tous les cas, un tiers « aviseur » ou « accoucheur ». D'ailleurs, il convient de remarquer que ces deux processus sont souvent confondus, car, en pratique, il est délicat d'établir une frontière claire entre un tiers ne servant qu'à reformuler le différend et un tiers suggérant une solution. **Une réelle différence de nature semble cependant exister entre les MARD dans lesquels le tiers n'est qu'un « facilitateur », situation correspondant aux trois premiers cas listés ci-dessus, (qu'il soit « aviseur » ou « accoucheur » - on parlera alors de « tiers facilitateur ») et ceux dans lesquels le tiers a un rôle d'arbitre (on parle alors de « tiers arbitre »).**

Le travail du Forum des droits sur l'internet s'est concentré sur les trois premiers modes de résolution alternatifs où le tiers joue un rôle de « facilitateur », mais non d'arbitre. En effet, il est apparu très vite que les questions qui pouvaient se poser quant au rôle du tiers et quant aux procédures suivies étaient de nature différente selon que le tiers disposait ou non d'un pouvoir de décision. Dans la suite de ce rapport, la référence aux processus alternatifs ne couvre donc que les processus pour lesquels le tiers est un simple « facilitateur ».

B - Apports et limites des modes alternatifs de règlement des différends aujourd'hui

Si les modes alternatifs existent déjà en France depuis longtemps¹, le développement d'internet leur a cependant donné une nouvelle actualité pour la résolution de différends nés en ligne.

1° Internet a indéniablement enrichi la matière

L'internet est en effet un outil complexe : à la fois instrument d'échange entre individus, d'information, de commerce, dans un cadre international ou national, il peut générer des conflits variés et multifformes. Sa relative nouveauté et son évolution constante, tant dans ses fonctionnalités propres que dans les services et usages proposés, font que les conflits nés « en ligne » ne sont pas un territoire clairement balisé : ils peuvent impliquer des acteurs variés, disséminés au niveau international, des droits différents, des cultures diverses. Dans le même temps, l'internaute devient consommateur et acteur, voulant s'impliquer dans les rouages des mécanismes qu'il utilise. Cette nouvelle place du citoyen n'est pas sans conséquence au niveau des modes de résolution des

¹ La place des règlements alternatifs dans le droit français a évolué au cours du temps : c'est en effet un processus ancien en France qui fut largement pratiqué pendant l'Ancien Régime. La Révolution a gardé cette logique et a institué, dès 1790, les « juges de paix », présents dans chaque canton, et dont la mission était de juger en « équité » et non en droit. La Constitution du 22 frimaire an VIII prévoyait même, dans son article 60, le recours à l'arbitrage et la conciliation. Le rôle et les attributions des juges de paix ont évolué au cours du temps, ils n'ont été définitivement supprimés du droit français qu'en 1958. De même, la conciliation obligatoire (préalable au jugement) pour les tribunaux civiles n'a disparu qu'en 1949.

conflits : l'internaute peut désormais devenir acteur de l'élaboration d'une solution de sortie d'un conflit auquel il fait face. D'une manière générale, il souhaite maîtriser le processus et ne plus le subir.

Ce rapide constat souligne l'intérêt actuel de recourir aux modes alternatifs de règlement des différends : processus ouverts dont la maîtrise reste aux mains des parties en présence, ils n'ont pas pour vocation de trancher et donner raison ou tort à l'une des parties en suivant des règles de droit parfois instables(en matière internationale par exemple), mais a pour raison d'être, selon l'expression de plusieurs intervenants, de « vider le différend de sa substance », retrouver des bases communes de dialogue et compréhension.

L'implication des parties, dès le départ, dans toutes les étapes du processus rend ces outils facilement maîtrisables par les acteurs tant en ce qui concerne les résultats concrets des processus de déroulement des MARD que les délais : chaque partie reste en effet maître d'interrompre le processus à tout moment.

Au-delà de ce constat général, les modes alternatifs de règlement des différends présentent des intérêts spécifiques en fonction des types de conflits traités :

> Dans le cas des conflits de consommation

Les entreprises souhaitent désormais éviter au maximum le recours à la justice en cas de conflit avec un consommateur : ces recours s'avèrent en effet souvent coûteux, en terme financier, mais également d'image et la solution judiciaire est pour le moins incertaine. Dans le même temps, les consommateurs sont souvent réticents à s'engager dans une procédure judiciaire dont ils ne maîtrisent ni le résultat, ni les délais. En outre, ils expriment parfois une certaine défiance dans les solutions proposées par les services consommateurs internes des entreprises. Un processus mené hors de l'entreprise, dont l'objectif serait principalement d'apporter des solutions négociées, semble pouvoir répondre aux attentes des deux parties : réduction des coûts et garantie d'image pour les entreprises, maîtrise du processus et du résultat pour les consommateurs.

Le souci principal des acteurs du commerce électronique est bien aujourd'hui de « donner confiance » aux consommateurs. Cette confiance, indispensable à l'acte d'achat préalable, passe par plusieurs moyens, qu'ils soient techniques (sécurisation, etc.) ou juridiques. S'il est aujourd'hui acquis que, dans un contexte national, les transactions obéissent aux lois et aux processus de résolution internes à chaque pays, le développement d'un commerce international par internet pose à nouveau la question de la loi applicable en cas de différend entre un consommateur et une entreprise situés dans deux pays distincts (loi du pays ou consommateur ou loi du pays de l'entreprise ?). Cette question, ainsi que celle de l'exequatur, est centrale pour le développement du commerce électronique et pour une lutte efficace contre les contenus délictueux. Elle doit être résolue, mais des solutions à court terme semblent difficilement envisageables.

Face à cette situation d'incertitude juridique, l'émergence de processus alternatifs apparaît donc à certains acteurs comme un moyen de réintroduire une confiance dans l'acte d'achat international : en cas de différend, le consommateur aura la possibilité d'avoir recours à un mécanisme simple et rapide qu'il pourra en partie contrôler. Ces mécanismes présentent, en outre, l'intérêt d'avoir un coût de fonctionnement nettement plus limité qu'une action en justice au niveau international.

> Dans le cas des conflits liés à un contenu illicite ou préjudiciable

Beaucoup de ces conflits mettent en jeu des particuliers entre eux concernant des domaines très variés du droit. Au niveau national, les citoyens, actifs sur la toile par l'intermédiaire de leurs pages personnelles, ne sont pas forcément informés de l'ensemble de la législation pouvant leur être applicable. A titre d'exemple, les questions relatives à la diffamation peuvent être délicates à appréhender. Au niveau international, où les différences de législations peuvent également être très prononcées (par exemple ce qui concerne la différence d'approche de la liberté d'expression entre l'Europe et les Etats-Unis), des conflits peuvent ainsi naître en toute « bonne foi », chacun analysant

la situation selon ses propres critères culturels. Le recours à la justice apparaît, dans ces cas, lourd et inapproprié. Dans un tel contexte, les MARD peuvent apparaître comme des moyens simples et souples de « pacification » de ces conflits. L'objectif de « vider le conflit de sa substance », parce qu'il peut être dû à une différence d'approche culturelle, chaque partie réagissant selon son propre droit, prend tout son sens. Les MARD viseraient donc, dans ce cas, à introduire dans le réseau un élément de « proximité », et à régler des « conflits de voisinage ». L'objectif ne serait donc pas tellement, dans ce cas, de « redonner confiance », mais de créer, sur un réseau, par nature complexe et chaotique, un élément de « civilité », de règles non écrites de bon voisinage. **Le rôle des processus alternatifs serait donc, au final, plus proche de celui des « juges de paix » français qui jugeaient non en droit, mais en équité.**

Cet aspect de pacification des conflits, s'ils soulèvent des questions pratiques (langues utilisées, etc.) ne doit pas être négligé et semble aujourd'hui l'un des enjeux essentiels si l'on recherche une réelle appropriation de l'internet par les citoyens.

2° Des limites identifiées : l'adhésion de bonne foi à la démarche

Si l'ensemble de ces avantages semble aujourd'hui clair notamment pour les conflits de consommation, il convient néanmoins de nuancer ce premier enthousiasme : les modes alternatifs ne peuvent être réellement efficaces que dans le cas où **une « bonne foi » réciproque** des parties en conflit **existe** (réelle volonté réciproque de trouver une solution satisfaisante). L'acceptation volontaire de la démarche est ainsi l'intérêt et la limite de ce mode de résolution des différends : essentiellement basés sur une volonté commune de compromis, ces modes alternatifs se révèlent inopérants pour certains types de conflits où la violation des droits est flagrante et assumée voire revendiquée par l'une des parties : c'est le cas pour certains types de contenu pouvant choquer (propagande, etc.). De même, elle atteint ses limites en cas de comportement volontairement dilatoire d'une des parties qui pourrait chercher, à l'occasion de cette procédure, à gagner du temps.

Dès lors, il apparaît que, si les MARD constituent une solution possible et intéressante pour impulser un développement du commerce en ligne, ils ne pourront pas résoudre l'ensemble des conflits nés en ligne et en particulier les différends nés d'une escroquerie, de procédés malhonnêtes, etc. Encourager le développement de ces processus est donc une réponse adaptée pour favoriser rapidement l'émergence de la confiance dans les échanges au niveau international et permettre en particulier la croissance du commerce électronique, mais cette réponse ne pourra à elle seule résoudre l'ensemble des conflits. L'existence de tels processus ne peut notamment justifier la mise à l'écart du débat sur la loi applicable : seule une clarification des règles et une mise en œuvre d'une exequatur efficace des procédures de justice au niveau international permettront de réellement combattre des comportements délictueux. Une telle perspective semblant cependant aujourd'hui encore lointaine, les MARD apparaissent à ce stade la réponse la mieux adaptée à ce manque de confiance et ils doivent donc être encouragés.

Les MARD doivent enfin se comprendre comme un mode complémentaire d'action pour les acteurs déjà en place. Le développement des modes alternatifs ne remet pas en cause les mécanismes de résolution des conflits existants, mais vient les compléter. En ce sens, ils doivent trouver leur spécificité par rapport à des structures déjà en place comme les associations de consommateurs, de lutte contre le racisme, etc., et les modes d'échange avec ces structures méritent d'être définis.

II - LES TEXTES FRANÇAIS ET INTERNATIONAUX

A - Les textes français

On l'a vu, les Modes Alternatifs de Règlements des Différends, sous la forme de la médiation et de la conciliation, sont des processus connus depuis longtemps en France et, dans certains cas, déjà prévus par la loi.

La loi a en effet reconnu, à différentes reprises, ces mécanismes et dans des cas de figure variés. L'annexe 2 du présent rapport rappelle les textes juridiques s'appliquant aux procédures de médiation-conciliation en France. La législation française prévoit ainsi des processus de conciliation et de médiation dans le cadre des procédures judiciaires en droit civil, en droit de la famille, en droit social, en droit commercial et en droit pénal. On citera en particulier les articles 127 à 131 et 131-1 à 131-15 du Nouveau Code de Procédure Civile qui organisent le recours à la conciliation et également à la médiation, dans le cadre d'une procédure civile et rappellent que le juge peut toujours, dans ce cadre, faire appel à un processus de médiation ou de conciliation.

Il faut cependant souligner que ces dispositions ne prévoient le recours à un mode alternatif que **dans le cadre d'une procédure judiciaire déjà engagée**. Aucun texte ne définit réellement ni n'encadre ce que sont, d'une façon générale, ces processus alternatifs et ils ne prévoient bien entendu pas la possibilité d'un recours à un mode alternatif préalablement à l'action judiciaire, mais, *a contrario*, ne l'interdisent pas.

Les textes existant ne portent donc que sur l'articulation de la démarche judiciaire avec une démarche alternative. Ils sont cependant importants car on peut penser qu'ils reconnaissent *de facto* l'efficacité d'une démarche alternative en complément à une démarche judiciaire traditionnelle. Le fait que le législateur ait prévu, dans le cadre d'une démarche judiciaire, la possibilité pour le juge d'avoir recours à une démarche alternative illustre l'intérêt de ces approches dans la résolution des différends.

Dès lors que la solution à un différend est recherchée en dehors d'une procédure judiciaire, le droit se montre très peu contraignant. Ainsi, la médiation-conciliation entre une entreprise et un particulier ou entre deux particuliers n'est ni définie, ni encadrée par la loi.

Le travail du Forum a porté sur les procédures non judiciaires (dites « conventionnelles ») et pouvant être utilisées en amont ou concomitamment à une procédure judiciaire, mais indépendamment de cette dernière.

B - Les textes internationaux et européens

Une grande attention est portée, on a eu l'occasion de le souligner, au niveau international, sur les modes alternatifs de règlement des différends, que ce soit au sein d'organismes internationaux (Union européenne, OCDE, ...) ou au sein de divers forums (GBDE, CCIP, TACD, etc.).

Les questions traitées au niveau international sont aujourd'hui globalement identifiées : place des modes alternatifs par rapport aux recours judiciaires déjà existant, nécessité ou non de les encourager, nécessité ou non d'encadrer leur développement pour garantir leur efficacité, etc.

A ce stade, aucun consensus sur ces questions ne semble s'être dégagé. Sans reprendre l'ensemble des débats, il est intéressant de rappeler les grandes lignes de la réflexion de quelques organisations internationales :

La Commission européenne est active sur ce thème depuis plusieurs années :

Plusieurs directives font ainsi directement référence aux modes alternatifs de règlement des différends. On peut en particulier signaler que la directive Commerce électronique ([2000/31/CE](#)) traite en son article 17 des règlements extrajudiciaires des litiges, et demande aux Etats membres

d'encourager leur développement afin de ne pas avoir de législation faisant obstacle à leur utilisation. Elle suggère également aux modes alternatifs se mettant en place de lui transmettre « les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique. »

La Commission européenne a par ailleurs publié deux recommandations concernant spécifiquement les modes alternatifs de règlement des différends. La première, en date du 30 mars 1998 – [98\(257\)CE](#) porte sur l'ensemble des modes alternatifs. La seconde, du 4 avril 2001 – [2001\(310\)CE](#) [[europa.eu.int](#)], ne porte que sur les modes alternatifs relatifs aux conflits de consommation. Si ces textes ne sont pas juridiquement contraignants pour les Etats membres, ils retiennent néanmoins quelques grands principes que les processus alternatifs devraient respecter pour garantir efficacité et impartialité de leur action. Ces principes, assez généraux semblent avoir été largement acceptés par les acteurs et ne plus réellement être remis en cause ; ils suscitent cependant des interrogations quant à leur mise en œuvre concrète. Cette approche non contraignante de la part de la Commission européenne repose sur l'adhésion volontaire des acteurs à ces recommandations et permet une grande souplesse. Elle a cependant été critiquée comme n'apportant pas aux consommateurs une véritable garantie quant à leur application.

Enfin, le 19 avril 2002, la Commission a rendu public un « [Livre vert](#) sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial » [[europa.eu.int](#)]. Ce Livre vert est ouvert à commentaires jusqu'au 15 octobre 2002. Il convient de noter que, si ce document se contente, à ce stade, de poser des questions, il évoque néanmoins la piste d'un encadrement juridique des MARD, en particulier par la voie de directive. La commission ne semble donc pas suivre exactement la même démarche que dans ses précédentes recommandations, ce qui pourrait traduire de sa part un changement de perception et de traitement de ces outils.

Hors du strict champ européen, l'OCDE [[oecd.org](#)] travaille également sur ce thème et a initié une étude visant à recenser, dans les législations nationales de chacun de ses vingt-quatre Etats membres, les éventuels blocages réglementaires ou législatifs qui pourraient empêcher le développement des MARD. La démarche de l'OCDE est proche de celle des recommandations de la Commission européenne : à ce stade, il s'agit d'une approche de clarification et d'incitation, plutôt que d'encadrement.

Les organisations privées comme le Global Business Dialogue [GBDe – [gbde.org](#)] ont élaboré leurs propres recommandations. Elles sont pour l'instant opposées à un encadrement international de ces processus, arguant de la nécessité d'une flexibilité et d'une logique purement contractuelle entre les parties en différends. Elles craignent l'introduction de rigidités dans un mécanisme souple et donc un retard à son développement.

Enfin, le monde consommériste s'intéresse également à ces aspects et travaille activement au niveau international pour régler les problèmes qui se posent, notamment à propos du commerce électronique. L'association Consumer International [[consumersinternational.org](#)] a ainsi rendu public en 2001 un rapport d'évaluation critique sur 31 organisations proposant un mode alternatif de règlement des différends en ligne.

Au delà des réflexions théoriques, les différentes organisations internationales, privées ou publiques, ont procédé à un recensement des différents modes alternatifs existant dans chaque pays ou entre pays (voir en particulier le document du [26 septembre 2000](#) élaboré par le GBDe [[gbde.org](#) - PDF]). Dans le cadre de l'Union européenne, ce recensement a conduit à une mise en réseau des modes alternatifs identifiés au niveau de chaque pays (programme [EEJnet](#) [[europa.eu.int](#)]). Parallèlement, depuis quelques semaines, un système de résolution des différends de consommation « en ligne » a été mis en place de manière expérimentale, grâce à un financement de l'Union européenne : le programme [Ecodir](#) [[ecodir.org](#)] a ainsi permis de passer du stade théorique à une démarche pratique.

Hormis ces quelques expérimentations menées au plan européen et quelques exemples outre-atlantique, il faut souligner que, si la réflexion théorique ne manque pas, la mise en œuvre concrète de ces modes alternatifs reste encore balbutiante, que cette mise en œuvre soit le fait d'acteurs privés ou publics. L'une des raisons semble être que certains s'interrogent sur les modèles économiques permettant à ce type de structures de fonctionner de manière efficace et rentable (voir partie III – E).

C - Conclusion

Comme on le voit, la plupart des textes de droit positif, que ce soit au niveau français ou international (textes de lois, directives) favorisent le recours aux modes alternatifs, mais n'encadrent pas leur pratique. Seules les deux Recommandations de la Commission tentent d'inciter les acteurs à adopter des principes communs.

Le débat aujourd'hui est de savoir s'il y a nécessité d'aller au-delà et donc d'encadrer juridiquement les modes alternatifs. C'est en grande partie l'objet du Livre Vert² de la Commission européenne. Certains considèrent ainsi que fixer, dans le droit positif, des règles applicables aux MARD, permettrait d'apporter un degré supplémentaire de confiance dans ces processus. D'autres soulignent au contraire le fait que ces processus peuvent prendre des formes très variées, et que l'intérêt réside bien dans leur souplesse qui ne s'accommode pas nécessairement d'une fixation par le droit.

Le Forum a donc examiné, dans la suite de ce document, les questions pouvant se poser justifiant ou non un encadrement juridique des modes alternatifs. C'est l'objet de la partie III du présent rapport.

² Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002. COM 502PC0196

III - LES INTERROGATIONS A LEVER

Le développement de Modes alternatifs de règlement des différends, à côté de solutions traditionnelles de nature judiciaire, soulève, tant au niveau français qu'international, de nombreuses questions. Cette partie du rapport entend les lister et s'efforcer d'apporter une réponse à ces interrogations.

A - La place des MARD par rapport à la justice.

La question de la place qui doit être reconnue aux MARD aux côtés du recours à la justice est une interrogation permanente qui demande à être examinée avec soin. Comme il a été dit dans la partie I, **un règlement alternatif ne doit pas se comprendre comme une voie concurrente au recours traditionnel à la justice, mais comme une nouvelle opportunité offerte aux citoyens de résoudre des différends, préalablement ou concomitamment au recours à la voie judiciaire traditionnelle.** C'est une voie souple, rapide et peu coûteuse dont **la vocation est plus de « vider le conflit de sa substance »** que de réellement déterminer qui a tort ou raison par rapport au droit. Elle n'est pas contraignante, au sens où chaque partie au différend accepte volontairement d'entrer dans ce processus pour qu'il puisse réellement fonctionner. C'est donc essentiellement une démarche basée sur une bonne volonté réciproque de trouver une solution satisfaisante, pas nécessairement juridique, à un différend.

1° Le recours à un MARD exclut-il le recours à la justice ?

L'idée que le recours à un MARD, du moment qu'il se fait en connaissance de cause sur la nature du processus, priverait les parties d'un recours à la justice n'apparaît ni conforme au droit français ou européen, ni satisfaisant dans l'esprit. D'une part, une telle logique nécessiterait d'apporter des garanties fortes supplémentaires en terme de procédure de manière à prévenir toute manipulation par l'une ou l'autre des parties en présence. D'autre part, le simple fait d'entrer dans un processus de règlement alternatif ne peut garantir le résultat positif de ce processus : il peut y avoir échec du processus puisqu'un succès nécessite l'accord des deux parties ; il ne saurait dans ce cas être question de priver l'une des parties d'un recours ultérieur ou concomitant à la justice du simple fait de recourir à un MARD.

De même, l'idée d'imposer aux parties entrant dans un mode alternatif une obligation de résultat par une interdiction d'interrompre le processus n'apparaît pas souhaitable et changerait fondamentalement la nature même de ce processus en induisant une « négociation sous contrainte » au lieu d'une « discussion volontaire ».

La question peut néanmoins se reposer dans le cas d'une issue positive d'un tel processus. Si un accord intervient entre les parties, la mise en œuvre de cet accord peut-il être subordonné à un abandon des parties de toute volonté de recours ultérieur à la justice ? Une telle démarche nécessiterait certainement d'apporter aux parties des garanties visant :

- D'une part la mise en œuvre effective de l'accord conclu, donc l'existence d'éventuelles sanctions en cas de non application ;
- D'autre part la prévention de toute possibilité d'influence du tiers par l'une des deux parties en cas de situation manifestement déséquilibrée entre les parties (cas d'un consommateur et d'une entreprise par exemple).

De surcroît, un tel système reviendrait à priver les parties d'une possibilité de « repentir » sur un accord conclu dans des conditions non satisfaisantes.

En conséquence, on voit bien que, subordonner un accord élaboré dans le cadre d'un mode alternatif à l'abandon de toute volonté de recours ultérieur à la justice, apparaît comme un dévoiement des modes alternatifs en le transformant en un processus de justice parallèle. Les questions mentionnées ci-dessus devraient notamment être traitées, ce qui entraînerait une nécessité d'un encadrement de ces processus. Il apparaît donc que la possibilité d'abandonner un recours à la justice, ce qui serait d'ailleurs contraire à un principe général du droit, ne doit pas être retenue.

2° Le recours préalable à un MARD pourrait-il être obligatoire ?

Les modes alternatifs de règlement des différends interviennent traditionnellement avant un éventuel recours à la justice, qui, dans tous les cas, doit rester possible. Ils peuvent être activés par l'une ou l'autre des parties en conflit, mais ne deviennent opérant qu'en cas d'acceptation du processus par les deux parties en présence, lesquelles ont, de plus, à tout moment la possibilité de sortir du processus si celui-ci ne leur convient plus.

Dès lors, il ne peut être question de forcer l'une ou l'autre des parties à entrer dans un tel processus. En effet, faire des MARD un mécanisme obligatoire, préalable à une saisine de la justice, serait contraire à leur esprit et les priverait de toute efficacité : c'est la volonté réciproque des parties d'aboutir à une solution qui fonde de facto l'intérêt de ces processus.

B - L'accord conclu

Le résultat concret d'un processus alternatif de règlement des différends est toujours un accord entre les parties pour la mise en œuvre d'une solution leur permettant de clore leur litige. Un MARD ne se place donc nullement dans une zone de non droit : **le droit commun des contrats a vocation à s'y appliquer**. Cet accord peut prendre des formes variées : accord formalisé par écrit entre les parties et signé par elles, éventuellement par le tiers, accord verbal, disparition simple de l'objet du différend (par exemple, retrait d'une page internet posant problème), etc.

1° Formalisme de l'accord ?

La question d'imposer systématiquement un formalisme écrit pour un accord conclu dans le cadre d'un MARD mérite d'être posée.

Il apparaît en effet plus sécurisant pour les parties, en cas de problème d'application de l'accord, de pouvoir se référer à un document formalisé. Mais à l'inverse, il convient de rappeler que le résultat du processus peut prendre des formes très diverses et la souplesse est alors sans doute préférable ; une formalisation contraignante et obligatoire n'apparaîtrait donc pas forcément efficace et risquerait d'aboutir à l'effet inverse à celui recherché, à savoir le consensus des parties. Ainsi, en matière de consommation, certains différends naissent, par exemple, d'une mauvaise compréhension d'une prestation attendue et une explication circonstanciée suffit parfois à les faire disparaître.

Cependant, il semble important qu'un accord qui impliquerait des concessions réciproques des parties sur des objets dont elles ont capacité à disposer (par exemple, renoncer à certaines formes d'action judiciaire pour un consommateur) fasse l'objet d'un écrit, surtout dans les cas des litiges de consommation où les parties en présence sont de différente nature.

Une telle position n'est pas sans soulever quelques questions : une formalisation écrite pourrait en effet s'assimiler à une transaction (au sens de l'article 2044 du Code Civil). Dans ce cas, l'article 384 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit que : « l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction ». En d'autres termes, et tout en tenant compte des dispositions d'ordre public pouvant venir contredire cette analyse, il semblerait qu'un accord pouvant être assimilé à une transaction priverait *de facto* les parties d'un possible recours ultérieur aux tribunaux, puisque la transaction « éteint » le différend : le recours à un tribunal ne peut exister s'il n'y a plus de conflit.

Ainsi, même s'il a été affirmé qu'un processus de type MARD ne peut priver, par principe, les parties d'un recours à tout moment aux tribunaux, le résultat concret de ce processus pourrait quant à lui le faire dans le cas d'un accord pouvant être assimilé à une transaction. Une telle analyse amène certainement à prévoir, avant la formalisation d'un accord de type transactionnel, une information claire des parties sur sa nature et sa force contraignante, information qui relève certainement du tiers « facilitateur ».

En définitive, si une obligation de formalisme pour l'accord conclu peut paraître rassurant à certains, elle semble, dans les faits, trop contraignante : l'extrême variété des situations traitées dans un processus alternatif et la grande diversité des résultats positifs possibles de ces processus (disparition de l'objet du différend, accord verbal ou écrit, contrat, transaction, etc.) rendent illusoire et dangereux un encadrement formel. De même, si un formalisme écrit est retenu parce que permettant de fixer les engagements de chaque partie et donc de vérifier ultérieurement leur bonne mise en œuvre, il convient que les parties soient conscientes de la nature transactionnelle ou non de cet accord et de ses conséquences juridiques. Il pourrait alors relever de l'appréciation du tiers et de sa responsabilité que de proposer la formalisation écrite de l'accord tout en étant clair sur sa force contraignante et sa nature.

2° Force exécutoire de cet accord ?

La question de la force exécutoire de cet accord se pose également : dans quelle mesure, un accord conclu positivement dans le cadre d'un processus alternatif lie-t-il les parties ? Cette question apparaît essentiellement corrélée à la nature de cet accord positif.

Ainsi, dans le cas d'un accord positif par disparition de l'objet du différend (par exemple cas d'un consommateur mécontent vis à vis d'une entreprise qui, après intervention d'un médiateur, comprend s'être trompé dans sa demande, etc.), la question de la force exécutoire de l'accord ne se pose pas. Dans d'autres situations, et en particulier lorsqu'il y a formalisation écrite de l'accord ou de la transaction, cette question peut être envisagée. En effet, dans le cas particulier d'une transaction, si on considère qu'elle peut priver l'une des deux parties d'un recours possible ultérieur à un tribunal, l'éventuelle non-exécution de l'accord par l'une des parties n'est pas acceptable. En d'autres termes, la formalisation écrite d'un accord, surtout dans le cas d'une transaction, ne peut permettre à l'une des deux parties de revenir ultérieurement sur cet accord pour ne pas exécuter ce qui a été convenu. Il importe de remarquer que l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile prévoit que le tribunal de grande instance peut conférer force exécutoire à une transaction, ce qui est susceptible de résoudre ce problème.

Il semble donc que la question de la force exécutoire de l'accord conclu doive être reliée à la forme de l'accord : dans le cas d'une formalisation écrite amenant à considérer l'accord comme une transaction, le caractère obligatoire de l'exécution de cet accord semble indispensable. Il appartient alors certainement au tiers, de la même façon qu'il devrait informer les parties de la nature transactionnelle de l'accord, **de procéder aux diligences appropriées** pour donner à cet accord sa force exécutoire.

En dehors de la transaction, on peut s'interroger sur l'importance réelle de cette question : processus volontaire consistant à vider un différend de sa substance, un mode alternatif de règlement ne peut donner lieu à des garanties quant à l'exécution de l'accord conclu. Il s'apparenterait alors à une justice parallèle sans en avoir les attributs. Le non respect de l'accord par l'une des deux parties aura pour seul effet de créer un nouveau différend, ce qui semble peu probable, considérant la volonté d'aboutir des parties. Il convient de rappeler ici que les processus de modes alternatifs ne peuvent fonctionner utilement qu'en cas de volonté réelle des parties d'aboutir à un accord. **Cet accord, élaboré en toute connaissance et de manière volontaire, a alors toutes les chances d'être respecté.** Reste à définir cette « connaissance » nécessaire à l'élaboration et la conclusion d'un accord équilibré. La question de la responsabilité du tiers (voir paragraphe D ci-après) peut donc être posée.

C - Délais et confidentialité.

1° Les délais

Le principe d'un recours possible à la justice, à tous les stades de règlement du différend dans le cas d'un MARD est clairement souhaité. Or, un processus de règlement alternatif des différends d'une durée trop longue pourrait avoir pour conséquence de priver l'une des parties de ce recours possible. En effet, en matière de consommation par exemple, une action en garantie légale doit être intentée « dans de brefs délais » à compter de la découverte de vices cachés (la jurisprudence considérant ce bref délai comme étant de plusieurs mois) : un processus trop long de médiation-conciliation pourrait conduire les tribunaux à prononcer la forclusion de l'action.

Une telle hypothèse risquerait de susciter un comportement « opportuniste » et dilatoire de la part de certains acteurs qui seraient susceptibles de proposer un mode alternatif pour éviter une action en justice qui pourrait leur être défavorable. Si le risque de voir se développer cette stratégie de « gagner du temps » pour laisser passer les délais de prescription ne doit pas être surestimé, il ne peut être non plus négligé.

Trois voies semblent possibles :

- Prévoir dans la loi la suspension automatique des délais de prescription en cas de recours à un mode alternatif. L'avantage serait d'apporter une sécurité juridique aux acteurs, en particulier dans les différends entre une entreprise et un consommateur. Mais il conviendrait alors de définir plus précisément dans quelles conditions le recours aux MARD entraînerait une suspension de ces délais (une loi devrait intervenir pour organiser la suspension de ces délais). On risquerait alors d'aboutir à un encadrement juridique de ces modes alternatifs et à la mise en place de contraintes en terme de fonctionnement, structures, financements, etc., orientations qui seraient contraires à la nécessaire souplesse adaptative des MARD ;
- Choisir une voie médiane : une loi prévoirait que les délais de prescription pourraient être suspendus par la volonté commune des parties en conflit, soit dans un accord entre les parties, soit dans une démarche « structurée ». Différents mécanismes pourraient ainsi être imaginés : par exemple, une « chambre d'enregistrement » officielle dans tous les tribunaux, lorsqu'elle serait sollicitée par des parties en conflit ayant recours à un mode alternatif, entraînerait la suspension des délais de prescription. Une telle solution aurait l'avantage de laisser souple la définition des modes alternatifs : la suspension des délais serait la résultante de la démarche volontaire des parties en différend, indépendamment du mode alternatif choisi pour organiser le dialogue. Cette suspension n'aurait pas, de plus, de caractère obligatoire ou systématique. Cette option serait donc utilisée ou non pour se donner plus de temps dans le dialogue. La reprise des délais de prescription devrait se faire par l'indication à la chambre d'enregistrement par l'une des parties ou le tiers de la fin du processus, que son issue soit positive ou non. Une telle solution mériterait certainement une analyse juridique plus approfondie de ses éventuelles conséquences pratiques, mais elle reste à explorer ;
- Faire peser sur le tiers une obligation d'information des délais de prescription. L'entrée dans un processus alternatif nécessite, en effet, une information claire des parties sur le processus, les délais, etc. Cette information préalable devrait bien entendu inclure un rappel général de l'existence de ces délais de prescription. S'il n'appartient pas au tiers de s'engager à donner un conseil en la matière, il relève de ses attributions d'attirer l'attention des parties sur l'existence de ces contraintes juridiques : un processus ne peut valablement se dérouler que si les parties sont sans ambiguïté au courant des délais et des échéances restant à courir. Il serait alors possible de considérer que les délais de prescription sont pris en compte par l'indication claire de leur existence faite par le tiers aux parties ; il leur incomberait alors de procéder aux vérifications des délais restant à courir. Une telle solution pose cependant la question de la responsabilité du tiers en cas d'information erronée ou partielle. Ce risque semble néanmoins limité puisque cette information devrait se borner à signaler l'existence de tels délais, et à inciter les parties à se renseigner sur ceux-ci dans leur cas particulier.

La mise en œuvre de la première hypothèse nécessiterait un encadrement juridique minimum des modes alternatifs. Elle doit donc être écartée. Les deux autres hypothèses peuvent apparaître plus complémentaires que concurrentes. Elles ne sont cependant pas de même nature : le dernier cas ne nécessite aucune modification législative, et peut reposer sur une incitation claire des acteurs. Prévoir une « chambre d'enregistrement » nécessiterait une étude approfondie de l'ensemble des délais de prescription concernés et l'analyse des conséquences possibles d'une telle démarche.

Il convient enfin de signaler que sans minimiser le risque relatif aux délais, il ne faut cependant pas le surestimer : les délais de prescription sont souvent de plusieurs mois et les processus alternatifs se doivent d'être plus rapides. La prise en compte de ces délais doit donc être envisagée tout en respectant le caractère souple et peu formalisée de ces processus.

2° Confidentialité du processus et de l'accord

La question de la confidentialité du processus de MARD peut se poser à différents stades. Cette confidentialité semble cependant nécessaire au bon déroulement du processus : les échanges ne regardent que les parties en présence, et les discussions, pour qu'elles soient fructueuses, doivent pouvoir n'impliquer que les acteurs concernés. Le tiers facilitateur, qui reçoit et organise ces échanges, aura donc une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires à la garantie de la confidentialité de ce processus. Il peut en revanche être amené à communiquer sur le processus lorsqu'il est achevé. Il doit par exemple pouvoir donner des éléments statistiques : nombre de différends traités de manière positive ou non, etc. Une telle communication apparaît nécessaire et naturelle.

La question de la confidentialité du contenu même de l'accord pose un problème différent. Elle semble en effet relever des seules parties en présence, et peut être une composante de l'accord final. Il appartient en effet aux parties de s'entendre, dans le cours du processus de médiation, sur cette question. L'éventuel non respect de cette confidentialité par l'une des parties entraînera ou non une remise en cause de l'accord, laissé au libre arbitre de l'autre partie.

Il apparaît ainsi illusoire de vouloir à toute force garantir une confidentialité absolue du contenu de l'accord. Cette question peut se poser dans le cas d'un recours à la justice postérieurement à la conclusion d'un accord positif : l'accord conclu peut-il être une pièce du dossier ? On ne comprendrait pas comment et sur quelle base vouloir empêcher que l'une des deux parties en conflit, pût, si elle le désirait, présenter cet accord au juge. **De la même manière que la meilleure garantie de l'exécution de l'accord est la bonne volonté des parties au début du processus, la meilleure garantie de sa confidentialité est la bonne exécution des engagements pris.**

D - Responsabilité et neutralité du tiers

1° La responsabilité du tiers

La responsabilité juridique du tiers doit s'envisager par rapport à son « métier » : simple « facilitateur » chargé d'organiser le dialogue, cette responsabilité est essentiellement « morale » vis-à-vis des engagements et principes présentés aux parties, par exemple dans une charte déontologique.

Au titre de ses engagements « déontologiques » figure évidemment une information claire et complète des parties sur le processus alternatif : la nature, les avantages et les limites de celui-ci doivent être exposés aux parties afin qu'elles s'y engagent en toute connaissance de cause. Cette information n'est pas un conseil personnalisé qui relève, lui, de l'assistance juridique dont peut s'entourer chacune des parties. Le tiers devra jouer son rôle de facilitateur au cours du processus même de médiation. Sa responsabilité à ce stade ne peut être engagée que sur le terrain du droit commun que si par exemple, il sort de son rôle neutre de « facilitateur » pour amener l'une des parties à conclure un accord qui lui serait défavorable. Le déroulement du processus pouvant donner lieu à des documents

écrits, échanges, etc., l'éventuelle responsabilité du tiers du fait d'un éventuel biais introduit pourra donc être établie *a posteriori*, même s'il ne faut pas sous-estimer cette difficulté.

On peut donc considérer que, sauf en cas de comportement fautif délibéré de la part du tiers ou d'un manquement grave à sa charte de déontologie, la responsabilité du tiers ne saurait être engagée dans un processus MARD.

Dans une hypothèse, la responsabilité du tiers peut néanmoins être engagée en cas de résultat positif de l'accord : si ce dernier s'avère contraire à l'ordre public ou s'il est manifestement léonin. Il apparaît ainsi nécessaire que le tiers « facilitateur » ait la capacité de mettre fin à un processus en cours, de sa propre initiative, même si les parties en présence ne le demandent pas. Il appartiendra donc au tiers de gérer une situation de ce type au cas par cas et de savoir se retirer d'un processus.

2° La neutralité du tiers

La « neutralité » du tiers et son « impartialité » dans le processus sont souvent évoquées. Il apparaît cependant que **cette neutralité et cette impartialité doivent se traduire dans le processus même du dialogue et non dans le statut du tiers**. Ainsi, dans le cas des conflits de consommation, le fait qu'un tiers puisse être financé par une entreprise ou un groupe d'entreprises n'est pas, en soit, à éviter du moment que son rôle tend à faciliter le dialogue (l'analyse serait évidemment différente dans le cas d'un arbitrage). Introduire des contraintes fortes quant au statut du tiers n'est pas forcément pertinent et risquerait de remettre en cause l'économie existante pour les modes alternatifs en matière de consommation (voir ci-après). En revanche, une information sur les éventuels liens entre le tiers et l'une des parties est indispensable. **Informée de manière non ambiguë sur ces possibles liens, l'autre partie pourra choisir ou non d'accorder sa confiance au tiers, et d'entrer ainsi en toute connaissance de cause dans le processus de MARD.**

E - L'interrogation sur les modèles économiques

Les MARD sont donc, par nature, variés et divers. Ils reposent cependant tous sur la présence et l'action d'un tiers neutre, extérieur au conflit, qui va organiser le dialogue entre les parties. La question du financement de ce service se pose.

Cette question doit être envisagée sous deux aspects :

- La rémunération de l'activité d'organisation ou d'assistance au dialogue (prendre contact avec les parties, échanger les documents, organiser éventuellement des réunions, procéder au secrétariat éventuel des réunions, etc.) ;
- La rémunération du tiers lui-même (la personne physique présente avec les parties).

Ces deux aspects méritent d'être séparés : s'il est en effet envisageable que le tiers ne soit pas rémunéré pour son activité (cas des systèmes de médiation en France où certains médiateurs sont parfaitement bénévoles), il est difficile d'envisager que les dépenses liées à l'activité de secrétariat ne soient pas au minimum remboursées et que les personnes s'occupant de ces tâches ne soient pas rémunérées. Ces dépenses, sans être forcément très importantes prises isolément, peuvent devenir assez substantielles en cas de succès du processus alternatif. Une réelle professionnalisation de cette activité peut alors être envisagée, mais elle pose forcément la question de la rémunération du tiers.

Plusieurs hypothèses émergent aujourd'hui quant au financement de l'activité de secrétariat du tiers : rémunération de cette activité par les parties prenantes au différend. Ce modèle économique fonctionne déjà dans le cas de l'arbitrage ou pour la médiation entre professionnels : ce sont les sociétés en conflit qui vont elles-mêmes rémunérer à la fois le secrétariat et les tiers. Ce modèle n'est cependant envisageable que si les parties en différend trouvent un intérêt objectif à financer ce mode de résolution du conflit. Cet intérêt peut être de nature variée : rapidité de la procédure par rapport à une action en justice, coût moindre de cette procédure, souplesse et simplicité de la procédure, etc.

On peut cependant douter que ce modèle économique fonctionne dans tous les cas de figure, en particulier si les conflits portent sur des petits montants (ou sur des éléments non financiers : diffamation, etc.) pour lesquels les parties en présence n'ont pas envie ou n'ont pas les moyens de réellement investir (conflits entre particuliers par exemple). De même, si les moyens financiers des parties sont disproportionnés (conflit entre une entreprise et un particulier par exemple), un partage égalitaire des coûts de la médiation serait difficilement acceptable par l'une des deux parties.

> Rémunération du secrétariat par l'une des parties au différend

Ce cas de figure existe en particulier dans les conflits de consommation : certaines grandes entreprises ont ainsi créé des médiateurs internes chargés de résoudre des différends avec des consommateurs lorsque le service client n'est plus en mesure de gérer la situation. C'est le cas d'entreprises publiques (La Poste, SNCF, etc.), ou de grandes entreprises privées (Société Générale, etc.). Une variante consiste à faire financer ce système de médiation non par une entreprise, mais par un groupe d'entreprises. Le médiateur et son secrétariat sont alors souvent rattachés à un syndicat ou une fédération professionnelle (par exemple, le Médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurance - FFSA, le médiateur de l'Association des Sociétés Financière - ASF, etc.). Dans ce cas l'ensemble des charges et la rémunération du tiers est assurée par la partie au conflit ayant intérêt à proposer ce type de résolution du différend (l'entreprise ou le groupe d'entreprises en l'occurrence). Ce mode de financement peut, bien entendu, reposer la question de l'impartialité du tiers et sa neutralité. Mais, on l'a vu plus haut, cette question ne devrait pas être un frein au financement des modes alternatifs par les entreprises désireuses de développer ces outils de résolution des différends. A défaut, on peut douter du développement des modes alternatifs dans le domaine de la consommation : un financement direct par les parties prenantes dans le cas des conflits de consommation apparaît en effet illusoire. L'expérience de l'entreprise canadienne « e-resolution » semble avoir montré les limites d'un financement direct.

> Rémunération par une tierce partie extérieure au conflit. Cette tierce partie peut être publique ou privée

Un financement public est le plus simple à imaginer : il s'agirait alors de financer l'existence de tiers neutres permettant de renouer un dialogue dans une situation de conflit entre deux parties. Ce financement pourrait porter sur la mise en place des outils de secrétariat permettant ce dialogue, sans rémunérer forcément le tiers. C'est l'économie aujourd'hui du système européen Ecodir où seule l'activité de secrétariat est financée par le programme européen ; c'est également le cas pour certaines médiations judiciaires où les aspects de secrétariat sont prises en charge par des structures extérieures au médiateur (greffes des tribunaux, etc.). Ce financement pourrait prendre la forme de subvention à des initiatives de structures associatives, rattachées ou non aux associations de consommateurs.

Un financement privé est également possible. Ce financement pourrait être :

- Spécifique, dans les cas où une entreprise aurait un intérêt objectif à financer un système de médiation : soit pour améliorer son activité (cas du site d'enchères Ebay qui, pour résoudre les conflits entre des particuliers mécontents de la transaction nouée sur sa plate-forme, finance un système de médiation neutre), soit pour son image, soit comme complément à un service plus global (cas des labels ou certificats qui pourraient imposer le recours à des MARD aux entreprises désirant obtenir ce label, et financer ainsi l'existence de processus alternatifs), etc.
- Général, dans les cas où une fraction d'un service général aux consommateurs pourrait être consacré au financement de tels processus. Par exemple, un financement de ces initiatives par le biais des polices d'assurance à la consommation, etc. Cette dernière piste est cependant, à ce stade, une simple hypothèse qui mériterait d'être mieux définie.

Au-delà du financement de la plate-forme de secrétariat, le financement du tiers doit être envisagé : on peut en effet douter de l'intérêt de mettre en place une activité uniquement basée sur le bénévolat. Une activité rémunérée, même de manière complémentaire à une autre activité, permet un meilleur contrôle et une évaluation plus fine de la performance de ce tiers. Une telle approche soulève cependant d'autres questions : type de contrat liant la structure de secrétariat au tiers, nature de cette rémunération, statut possible de ce tiers, qualification et mesure de son activité, etc.

Il apparaît donc qu'il n'existe pas aujourd'hui un seul modèle économique pour ces modes alternatifs. Cette diversité n'est pas réellement un souci car elle traduit l'adaptabilité du système à différents types de situation. **Il convient cependant de souligner que, dans certains cas (pour les conflits entre particuliers notamment), aucun modèle économique privé probant ne semble avoir réellement émergé. Un modèle basé sur un financement public** pourrait donc apparaître comme la meilleure réponse. A défaut, les systèmes alternatifs de règlement se mettant en place ne traiteront qu'une partie des conflits sans s'occuper des différends « de proximité » qui peuvent également se révéler très importants tant en nombre qu'en qualité pour les citoyens.

CONCLUSION RAPPEL DES RECOMMANDATIONS ET DES PISTES D'ACTION³

En se saisissant du sujet des MARD le Forum des droits sur l'internet avait pour objectif d'étudier ces processus afin de déterminer dans quelle mesure ils pouvaient être un élément constitutif d'une forme de régulation sociale de la vie sur les réseaux et par là même, un apport à la nécessaire confiance qui doit encore s'établir.

Pour traiter la question dans toute sa plénitude, le Forum a souhaité s'intéresser non pas seulement aux modes de résolution en ligne mais à l'ensemble des différends nés en ligne et à l'utilisation d'un mode alternatif pour les résoudre.

Le travail effectué par les deux groupes, qui ont d'abord fonctionné séparément puis ont estimé opportun de se rapprocher a conduit, à dégager les principes (en guise de recommandations) et les pistes suivants.

1° Les principes sur lesquels reposent les MARD

- **Les MARD sont des outils de paix sociale qui doivent permettre de renouer un dialogue qui a été rompu.** Les modes alternatifs n'entendent pas donner raison ou tort à l'une des parties. Ce sont des instruments de pacification plus que de justice faisant plus appel à l'équité qu'au droit. Ils permettent de « vider les conflits de leur substance ». Ils sont appréciés des citoyens car ils leur permettent d'être acteurs de la sortie d'une situation de conflit les concernant, et non plus simples spectateurs.

- **Les MARD prévoient dans tous les cas la présence d'un tiers, distinct des parties, dont la mission est de faciliter le dialogue.** Ce tiers a un rôle plus ou moins actif dans la recherche de la solution. **Le travail du Forum s'est concentré autour des MARD dans lesquels le tiers joue un rôle de facilitateur auprès des parties et non d'arbitre, cas où le tiers a un pouvoir de décision.**

- **Les MARD sont des compléments naturels des procédures judiciaires traditionnelles.** Ils doivent donc être compris comme des processus « à côté » des recours judiciaires traditionnels. Ils ne peuvent donc prétendre se substituer à ces derniers ni en constituer une étape préalable obligatoire.

- **Les MARD apparaissent particulièrement pertinents dans le cas des conflits transnationaux** liés au développement du commerce électronique car ils offrent un règlement rapide, d'un coût modéré, évitant les questions complexes liées au droit international privé. Bien que peu développés aujourd'hui dans ces domaines, ils peuvent **également offrir des solutions très pertinentes pour des différends dits de « proximité »**, intervenus entre des particuliers ou entre un consommateur et une petite entreprise. Ces situations, qui risquent de représenter une part importante des différends survenus en ligne dans le futur, sont insuffisamment prises en compte dans la pratique actuelle des MARD.

- **Les MARD ne doivent pas faire l'objet d'un encadrement juridique mais être laissés libres de se développer dans leur diversité.**

En effet, un encadrement réglementaire de ces processus les transformerait en outils de justice parallèle ce qui ne correspond pas à leur positionnement. La nécessaire structuration de ces processus doit donc relever de l'incitation et de la pédagogie plutôt que de la loi. A cet égard, il convient d'inciter à l'adoption de règles déontologiques communes à ces processus afin d'accroître leur lisibilité et leur crédibilité et donc la confiance que l'internaute peut mettre en eux.

- **L'information préalable des parties au début du processus est un élément-clé de la nécessaire structuration des MARD.** Cette information doit avoir pour objet de bien faire comprendre aux parties ce qu'est ce processus qu'elles ont accepté et ce qu'elles peuvent en

³ Ces Recommandations et pistes d'action ont été publiées sur le site du Forum des droits sur l'internet à l'adresse : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=343>

attendre. Il s'agit donc de bien situer les MARD par rapport aux autres modes d'action tout en soulignant l'intérêt et les limites de ce type de démarche. En outre, les questions de confidentialité du processus, de suspension des délais de prescription, de force exécutoire de l'accord, etc. doivent être clairement évoquées auprès des parties.

- Si des modèles économiques semblent émerger pour les MARD de consommation et illustrer l'adaptabilité de ces processus, il paraît difficile d'envisager un mode de financement exclusivement privé pour les modes alternatifs liés à des conflits entre particuliers. Dans ce cas, l'aide de l'Etat devrait être orientée en priorité vers des expériences respectant les règles déontologiques précédemment évoquées et vers un soutien à la formation du tiers facilitateur.

2° Les pistes d'action

Sur la base des principes qui viennent d'être énoncés, le groupe a considéré qu'il convenait de poursuivre cette première réflexion par la mise en place **d'actions concrètes** selon le programme suivant :

- Contribuer de manière active au **débat européen** sur les MARD, en particulier en répondant aux interrogations soulevées par la Commission dans son Livre vert du 19 avril dernier. Une réponse du Forum sera faite avant septembre 2002.
- Elaborer un cadre déontologique de référence permettant de clarifier l'information préalable nécessaire à fournir aux parties au début d'un processus alternatif. L'objectif sera d'apporter aux acteurs désirant créer un mode alternatif de règlement des différends une **charte déontologique** garantissant aux parties le respect de certains principes.
- Réfléchir à **la formation du tiers**. Cette formation est, en effet, la garantie de la qualité, de l'objectivité et par là même, la crédibilité des MARD.
- Développer **un portail d'information général** et pédagogique sur la médiation - conciliation permettant une information complète du public et un renvoi vers les processus existant.
- Travailler, plus largement, à la mise en place **d'une structure opérationnelle** de résolution des différends liés aux litiges en ligne.

Le groupe de travail se réunira en juillet et **invite les acteurs intéressés à le rejoindre dans la suite de ses travaux.**

ANNEXES

ANNEXE 1

Les auditions menées par le Forum

Les membres des groupes de travail du Forum tiennent à remercier les personnes suivantes d'avoir accepté de participer aux auditions organisées :

Mme Myriame BACQUE (CMAP) ;
Mme Claude BEAU (magistrate) ;
Mme BEDARD, responsable juridique SVD ;
Mme Latifa BENNARI – association l'Ange Bleu ;
M. Matthieu BOISSAVY – avocat ;
Mme Anne CARBLANC (OCDE) ;
M. Philippe DAILEY (Délégué Général du Syndicat de la Vente Directe - SVD) ;
M. Timothy FENOULHET (Commission européenne) ;
M. FRIZON, médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurance ;
M. Jérôme GIUSTI – avocat ;
M. Frédéric GOLDSMITH (Directeur Juridique - SNEP) ;
M. Jean-Jacques GOMEZ (Conseiller à la Cour de Cassation) ;
Mme Natalie Jouen ARZUR - directeur des services consos de France Télécom ;
M. Gérard KERFORN – MRAP ;
Mme Catherine KESSEDJIAN (Université de Paris I) ;
Mme Michèle LINDEPERG (Conseil Economique et Social) ;
M. Pascal ROGARD (ARP) ;
Mme Monique SASSIER (UNAF) ;

Mme Marielle THUAU (Direction des affaires civiles et du sceau - Ministère de la justice) ;
M. ULLMO (médiateur ASF) ;
M. Arnaud VALETTE (GBDe) ;
M. Van der PUYL (Procirep).

ANNEXE 2

Les textes français et européens

> *Rappel des différentes interventions législatives*

A. Médiation et conciliation en matière civile

20 mars 1978. Décret n° 78-381 relatif aux conciliateurs de justice (modifié par les décrets n° 81-583 du 18 mai 1981, n° 93-254 du 25 février 1993 et n° 96-1091 du 13 décembre 1996)

8 février 1995. Loi n° 95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

22 juillet 1996. Décret n° 96-652 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire (voir les articles 131 et s. du NCPC)

18 décembre 1998. Loi n° 98-1163 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits

28 décembre 1998. Décret n° 98-1231 portant modification du code de l'organisation judiciaire et du nouveau code de procédure civile

21 janvier 1998. Recommandation du Conseil de l'Europe n° R (98) 1 du Comité des ministres aux Etats membres sur la médiation familiale

8 juin 2000. Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (article 17, règlement extrajudiciaire des litiges)

B. Médiation en matière pénale

23 juin 1999. Loi n° 99-515 renforçant l'efficacité de la procédure pénale (voir les articles 41-1 et s. du code de procédure pénale)

29 janvier 2001. Décret n° 2001-71 modifiant le code de procédure pénale et relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et de la composition pénale

15 septembre 1999. Recommandation du Conseil de l'Europe n° R (99) 19 du Comité des ministres aux Etats membres sur la médiation pénale

> *Liste des textes applicables*

A. Droit civil : dispositions générales

Médiation et conciliation : dispositions communes

- Art 21 à 26 de loi n° 95-125 du 8 février 1995 (tentative de conciliation-médiation préalable)

Conciliation

- Art. 21 et art. 127 à 131 NCPC (dispositions générales)
- Art. 768 du NCPC (tribunal de grande instance)
- Art. 830 à 835, 840, 841 et 847 du NCPC (tribunal d'instance)
- Art. 941 du NCPC (cour d'appel)
- Art. 882, 887 et 888 du NCPC (tribunal paritaire de baux ruraux)
- Art 1 à 9ter du Décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice

Médiation

- Art.131-1 à 131-15 du NCPC

B. Conciliation judiciaire en droit de la famille

- Art. 251 à 252-3 du code civil (procédure de divorce)
- Art 1108 à 1113 et 1074 du NCPC (tentative de conciliation dans la procédure de divorce)

C. Conciliation judiciaire en droit social

En matière de conflit individuel

- Art. 879 NCPC
- Art R 516-8 à R. 526-20-1 du code du travail

En matière de conflit collectif

- Art. L 523-1 et s. du code du travail

En matière de saisie des rémunérations

- Art. R. 145-9 du code du travail

D. Droit commercial

- Art. 863 NCPC (tribunal de commerce)
- Art. L. 611-3 et L 611-4 du nouveau code du commerce (redressement des entreprises en difficultés)

E. L'accord issu des modes alternatifs de règlements des conflits

- Art. 384 du NCPC (extinction de l'instance et force exécutoire des actes constatant l'accord des parties)
- Art. 1441-4 du NCPC

F. Droit pénal

- Art 41-1 et s. du code de procédure pénale
- Art R 15-33-30 et s. du code de procédure pénale (voir le décret du 29 janvier 2001)

> *Les textes européens*

A. Les deux Recommandations

- Recommandations de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation – [98\(257\)CE \[europa.eu.int\]](#)
- Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation – [2001\(310\)CE \[europa.eu.int\]](#)

B. Les directives

On trouve cependant mention des ADR dans plusieurs autres textes :

- La directive Commerce électronique [2000/31/CE \[europa.eu.int\]](#) traite en son article 17 des règlements extrajudiciaires des litiges, et demande aux Etats membres d'encourager leur développement et de ne pas avoir de législation faisant obstacle à leur utilisation. Elle suggère également aux MARDs de lui transmettre « les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique. »
- La directive [98/10/CE \[europa.eu.int\]](#) relative à la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, dans son article 26, évoque la possibilité pour les consommateur de saisine d'un organisme indépendant « dans les cas de litige opposant les utilisateurs à un organisme au sujet de leurs factures de téléphone ou des modalités et conditions de fourniture du service téléphonique. » Cette directive invite également les Etats membres à créer « des procédures d'accès facile et en principe peu onéreuses [...] au niveau national pour régler ces litiges d'une manière équitable et transparente et en temps opportun. »

C. Les textes complémentaires

- Le « [Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits](#) relevant du droit civil et commercial » [\[europa.eu.int\]](#). Ce Livre vert est ouvert à commentaires jusqu'au 15 octobre 2002.
- Le « [Livre vert sur la protection des consommateurs](#) dans l'union européenne » [\[europa.eu.int\]](#) traite dans son chapitre 4.4 de « l'autorégulation et la corégulation ». Il propose en particulier de définir le non-respect d'un engagement volontaire d'une entreprise à l'égard d'un consommateur comme une « pratique commerciale trompeuse ou déloyale ». Ce document souligne en effet qu'actuellement, seuls les engagements repris dans une publicité et non respectés peuvent être soumis aux conséquences prévues dans la directive sur la publicité trompeuse. Le livre vert propose également

d'étendre cette obligation générale aux « associations commerciales et d'autres organisation émettant des recommandations sur les pratiques et établissant des codes, etc. ».

- Le [projet de règlement relatif aux promotions des ventes \[europa.eu.int\]](#) dans le marché intérieur souhaite, en son article 6 encourager le « développement de mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement de différend ». Le projet prévoit en particulier la fourniture gratuite d'une adresse destinée à recevoir les plaintes (6-2), une réponse sous 6 semaines, par écrit (6-3), une mention obligatoire d'un recours à un MARD si pertinent et de fournir sur demande tout renseignement quant à ce mécanisme (6-4).

ANNEXE 3

Composition des groupes de travail

Le groupe de travail pour les modes alternatifs de règlement des différends pour les questions de consommation était composé de :

Mme Isabelle FALQUE-PIERROTIN, Forum des droits sur l'internet ;
Mme Anne CARBLANC, Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE) ;
M. Dominique DU CHATELIER, Fédération des Entreprises de Vente A Distance (FEVAD) ;
Mme Joëlle FREUNDLICH, Association pour le Commerce et les Services en Ligne (ACSEL) ;
M. Laurent GOMIS (Confédération du Logement, de la Consommation et du Cadre de Vie – CLCV) ;
Mme Isabelle DE LAMBERTERIE, Centre National de la recherche scientifique (CNRS) ;
Mme Frédérique OLIVIER, Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) ;
Mme Aline PEYRONNET, Direction Générale de la Concurrence, Consommation et Répression des Fraudes (DGCCRF) ;
M. Bernard SIOUFFI, Fédération des Entreprises de Vente A Distance (FEVAD) ;
M. Yves SIROT, Organisation Générale des Consommateurs (ORGECO) ;
M. Michel VIVANT, Université de Montpellier.

Le groupe de travail pour les modes alternatifs de règlement des différends pour le contenu illicite et préjudiciable était composé de:

Mme Isabelle FALQUE-PIERROTIN, Forum des droits sur l'internet ;
M. Sébastien CANEVET, Chapitre français de l'Internet Society (ISOC) ;
M. Jean-Christophe LE TOQUIN, Association des fournisseurs d'accès (AFA) ;
M. Jacques LOUVIER, Magistrat, Direction du Développement des Médias (DDM - Premier ministre) ;
M. Thierry DE SURMONT, SACEM ;
M. Arnaud VALETTE, GBDe ;
M. Gerard KERFORN, Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP).
M. Olivier GAINON (Forum des droits sur l'internet) puis M. Bertrand DELCROS ont été les rapporteurs de ces deux groupes.