

Le Forum des droits sur l'internet



www.foruminternet.org

Réponse du Forum des droits sur l'internet

au

**Livre Vert de la Commission des communautés
européennes du 19 avril 2002 sur les modes alternatifs
de résolution des conflits relevant du droit civil et
commercial**

21 octobre 2002

Contact :

contact@foruminternet.org

Le Forum des droits sur l'internet, association régie par la loi française de 1901, a pour objet de faire travailler ensemble acteurs publics et privés afin qu'ils aient une démarche commune pour construire les règles et les usages de l'internet.

Dès sa création, il y a un an, le Forum a considéré qu'il était opportun qu'il se saisisse du sujet des *Modes alternatifs de règlement des différends* (les MARD ou ADR dans la terminologie de la Commission). Le groupe de travail composé de professionnels, de magistrats, de représentants des pouvoirs publics, qui s'est réuni durant une année au Forum, a étudié le processus des ADR afin de déterminer dans quelle mesure ils pouvaient être un élément constitutif d'une forme de régulation de la vie sur les réseaux et, par là-même, un apport à la nécessaire confiance qui doit encore s'établir.

C'est dans cet esprit que le groupe de travail du Forum des droits sur l'internet a étudié avec attention le *Livre vert* de la Commission des communautés européennes *sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* du 19 avril 2002 et qu'il a estimé opportun de participer à la consultation lancée par la Commission et de lui faire connaître les positions de son groupe de travail.

*
* *

Avant d'apporter des éléments de réponse aux questions posées par le Livre vert, le Forum souhaiterait rappeler au préalable les principes fondamentaux qui doivent gouverner les ADR.

I.- Les principes généraux qui doivent gouverner les ADR

L'exposé de ces principes est indispensable et il doit être bien pris en compte par la Commission car il gouverne les réponses que le Forum apporte aux questions du Livre vert.

- Le Forum des droits sur l'internet considère que les ADR sont un outil de paix sociale qui doit permettre de renouer entre les parties un dialogue qui a été rompu. A cet égard, les modes alternatifs n'entendent pas donner raison ou tort à l'une des parties. Ce sont des instruments de pacification raisonnant essentiellement en équité. Ils permettent aux parties de dialoguer et de « vider les conflits de leur substance ». Ils sont appréciés des citoyens car ils vont leur permettre d'être acteurs de la sortie d'une situation de conflit les concernant, et non plus simples spectateurs. Ils restent cependant encore largement méconnus du grand public.
- Les ADR doivent prévoir, 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 mais il n'a jamais un pouvoir de décision.
- Les ADR sont des compléments naturels des procédures judiciaires traditionnelles. Ils ne représentent pas un nouveau type de procédure

mais doivent 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 ADR 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 ADR.

De ce qui précède, on peut dégager les lignes de force de la position du Forum des droits sur l'internet en matière d'encadrement des ADR :

- il est souhaitable que les ADR s'inscrivent dans un cadre juridique afin d'offrir confiance et lisibilité pour l'internaute mais les dispositions nationales existent déjà et ne nécessitent pas l'intervention d'une directive européenne ;
- ce cadre juridique ne doit pas comporter de règles procédurales qui risquerait de transformer les ADR en outils de justice parallèle ce qui ne correspond pas à leur place et à leur rôle. La nécessaire structuration de ces processus doit donc relever de l'incitation et de la pédagogie plutôt que de la loi ;
- Les acteurs doivent mettre en place eux-mêmes des **règles déontologiques** communes aux ADR afin d'accroître la lisibilité de ces processus et leur crédibilité vis-à-vis de l'internaute. Ces règles doivent fixer les principes de base que doivent respecter tout ADR.
- L'information préalable des parties au début du processus est un élément clé de la nécessaire structuration des ADR. 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 attendre. Il s'agit de bien situer les ADR par rapport aux autres modes d'action à leur disposition 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 ADR 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'État devrait être orientée en priorité vers des expériences respectant les règles déontologiques précédemment évoquées et vers un soutien à la formation du tiers « facilitateur ».

C'est sur la base des principes qui viennent d'être rappelés que le Forum des droits sur l'internet apporte les réponses qui suivent aux questions posées dans le Livre vert de la Commission.

II.- Les réponses aux questions posées dans le Livre vert de la Commission

Question n° 1 : Est-ce qu'il y a des problèmes qui justifieraient une action communautaire dans le domaine des ADR ? Si oui, quels sont ces problèmes ? Quel est votre avis sur l'approche générale pour traiter des ADR qui devrait alors être suivie par les institutions de l'Union européenne et quelle pourrait être la portée de ces initiatives?

Comme le constate le Livre vert, des mécanismes d'ADR ont été institués ou sont en passe de l'être spontanément dans presque tous les Etats membres. C'est donc bien qu'ils répondent à un besoin : jouer un rôle complémentaire par rapport aux procédures juridictionnelles traditionnelles, notamment pour les litiges liés au commerce électronique. L'esprit qui doit présider au fonctionnement des ADR, selon le Forum, est qu'ils doivent faire appel à l'équité, dans son acception commune. Il en résulte nécessairement une grande diversité des ADR, celle-là même qu'a d'ailleurs constaté le Livre vert.

C'est dans ce contexte qu'il convient de rechercher s'il existe, dans le domaine des ADR, et en citant le Livre vert « *des problèmes qui justifieraient une action communautaire...* » et de « *dégager l'intérêt qui s'attache à mettre en place des règles sur les ADR au plan communautaire* ». Ces règles devraient, selon ce même document, venir en complément des efforts des institutions européennes sur les aspects opérationnels, financiers et techniques des ADR.

Etant donné l'esprit qui, selon le Forum, doit présider à l'instauration et au fonctionnement des ADR, si les instances européennes devaient décider d'intervenir dans cette matière, cela devrait se faire en recourant à l'instrument juridique le moins contraignant, par exemple une recommandation mais pas une directive.

Question n° 2 : Les initiatives à prendre devraient-elles se limiter à définir des principes applicables à un seul domaine (tel par exemple le droit commercial ou le droit de la famille), domaine par domaine, et ainsi envisager de façon différenciée ces différents domaines, ou au contraire devraient-elles dans la mesure du possible s'étendre à tous les domaines relevant du droit civil et commercial ?

Les ADR peuvent impliquer des acteurs très variés et concerner des situations multiples. Ils sont utilisés dans le domaine de la consommation, pour des différends entre une entreprise et un consommateur, dans des différends d'ordre privé et tout particulièrement familial, ou encore dans des conflits entre un employé et un salarié. A la diversité des situations doit correspondre la souplesse des ADR.

Il apparaît toutefois au Forum que certains principes généraux peuvent être dégagés et s'inscrire dans un corpus déontologique commun.

Question n° 3 : Les initiatives à prendre devraient-elles traiter de façon différenciée les méthodes de résolution des conflits en ligne (ODR) - un secteur émergent caractérisé par l'innovation et l'évolution rapide des nouvelles technologies et qui comporte certaines particularités - et les méthodes traditionnelles, ou au contraire couvrir sans différenciation ces méthodes ?

Le Forum a considéré que des litiges pouvaient naître en ligne et que leur résolution pouvait avoir lieu en ligne mais aussi selon des méthodes plus traditionnelles. En d'autres termes, 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 pas n'a pas paru un point crucial.

En tout état de cause, si une possibilité de résolution en ligne est offerte, celle-ci doit apporter les mêmes garanties que les ADR « off line »

Question n° 4 : Comment pourrait-on développer le recours aux pratiques d'ADR dans le domaine du droit de la famille ?

Les principes dégagés par le Forum et concernant les ADR ont tout à fait lieu de s'appliquer aux différends d'ordre familial. C'est par une information des familles sur les possibilités de résolution des différends que leur offrent les ADR que ceux-ci pourront se développer.

Question n° 5 : Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre les clauses de recours aux ADR aient une valeur juridique semblable ?

D'une manière générale, le recours aux ADR n'a de sens que si les parties acceptent d'y recourir. Les ADR peuvent être activés par l'une ou l'autre des parties en conflit mais ne deviennent opérants 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, par une clause quelle qu'elle soit, à entrer dans un tel processus. **Les ADR n'ont de valeur juridique que celle que leur attribuent les parties. Il n'apparaît donc pas souhaitable d'harmoniser les législations des Etats membres sur ce point car cette harmonisation serait contraire à ce souci de souplesse.**

Question n° 6 : Si oui, devrait-on admettre de façon générale la validité de telles clauses ou devrait-on limiter cette validité lorsque ces clauses figurent dans des contrats d'adhésion en général, ou des contrats avec les consommateurs en particulier ?

Question n° 7 : Quelle devrait être en tout cas la portée de ces clauses ?

Question n° 8 : Devrait-on aller jusqu'à considérer que leur violation impliquerait l'incompétence du tribunal pour connaître du litige, au moins de façon temporaire ?

Les questions 6, 7, et 8 étant liées, il y est répondu de la façon qui suit : il conviendrait que ne figure pas, dans quelque contrat que ce soit, d'adhésion, de consommateur ou autre, une clause pouvant être regardée comme instituant un recours aux ADR préalablement à une action juridictionnelle. A fortiori, il est essentiel que les parties ne soient pas privées d'un recours juridictionnel.

Il faut relever qu'en droit positif, une clause compromissoire (c'est-à-dire la recherche par les parties d'une solution extra-judiciaire), lorsqu'elle figure dans des contrats de consommateur – qui sont essentiellement des contrats d'adhésion – est toujours facultative : les parties, et singulièrement le consommateur, ne sont pas tenues d' y recourir.

Question n° 9 : Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre le recours à un mécanisme d'ADR emporte suspension des délais de prescription pour saisir les tribunaux ?

Le Forum des droits sur l'internet considère que le principe d'un recours possible à la justice, à tous les stades de règlement du différend, dans le cas d'un ADR, est nécessaire. 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.

Diverses voies sont possibles pour répondre à cette question, mais celle qui, selon le Forum, est sans doute la plus conforme à l'esprit des ADR est la suivante :

le tiers « facilitateur » devrait avoir une obligation d'information auprès des parties sur les délais de prescription. L'entrée dans un processus alternatif nécessite, en effet, une information claire des parties sur le processus, les délais. 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 lui 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.

Question n° 10 : Quelles ont été les expériences du fonctionnement des deux recommandations de la Commission de 1998 et 2001 ?

Il appartient aux pouvoirs publics français de faire état de la mise en œuvre concrète de ces recommandations. Pour sa part, le Forum des droits sur l'internet remarque que, si ces textes ne sont pas juridiquement contraignants pour les Etats membres, ils s'articulent néanmoins autour de quelques grands principes que les processus alternatifs devraient respecter pour garantir efficacité et impartialité de leur action.

Question n° 11 : Les principes établis dans ces deux recommandations pourraient-ils trouver à s'appliquer de manière indifférenciée dans d'autres domaines que le droit de la consommation et notamment être étendus à la matière civile et commerciale ?

Question n° 12 : Parmi les principes dégagés par les recommandations quels sont les principes qui pourraient être repris dans les législations de tous les Etats membres ?

Question n° 13 : A votre avis, les législations des Etats membres existantes dans des domaines réglementés, particulièrement en matière familiale, devraient-elles être rapprochées afin que des principes communs relatifs aux garanties procédurales soient posés ?

La réponse aux trois questions 11, 12 et 13 découle de celle donnée à la question 10.

Question n° 14 : Quelle initiative pensez-vous que les institutions de l'Union européenne devraient prendre en étroite collaboration avec les parties intéressées en matière de règles déontologiques auxquelles les tiers seraient soumis ?

Si initiative il devait y avoir en ce qui concerne les règles déontologiques auxquelles les tiers seraient soumis, elle ne devrait pas conduire à la mise en place de règles procédurales susceptibles de créer une confusion avec les recours juridictionnels. En effet, un tel cadre serait contraire à l'esprit et au mode de fonctionnement des ADR. En revanche des règles déontologiques communes peuvent être envisagées sous la forme d'un cadre de référence, une charte de confiance pour les ADR. Ces règles concerneraient à la fois le déroulement du processus et le rôle du tiers. Le Forum des droits sur l'internet poursuit sa réflexion sur ce sujet et devrait être en mesure, dans le courant de l'automne, d'élaborer cette « charte déontologique. »

Question n° 15 : Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre, la confidentialité des ADR soit garantie ?

V. Réponse à la question 16.

Question n° 16 : Si oui, de quelle façon et jusqu'où cette confidentialité devrait-elle être garantie? Dans quelle mesure les garanties de la confidentialité devraient-elles ainsi s'étendre à la publication des résultats du processus d'ADR ?

La question de la confidentialité du processus des ADR peut se poser à différents stades. Cette confidentialité intéresse tout d'abord le processus d'ADR lui-même : 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 lorsque celui-ci 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. Elle peut d'ailleurs concerner la publication de l'accord - dont la valeur pédagogique est réelle - dès lors que l'anonymisation des parties est garantie.

La question de la confidentialité du contenu même de l'accord pose un problème différent. Elle semble 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 donc 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.**

Question n° 17 : A votre avis, devrait-on établir une règle au niveau communautaire selon laquelle, à l'issue des procédures d'ADR, un délai de réflexion soit respecté avant la signature de l'accord ou un délai de rétractation établi après? Cette question devrait-elle être plutôt traitée dans le cadre des règles déontologiques auxquels les tiers sont soumis ?

Compte tenu des réponses qui précèdent, le Forum considère que cette question devrait être plutôt traitée dans le cadre d'une charte déontologique (au sens où on l'entend dans la réponse à la question 14) à laquelle les tiers seraient soumis.

Question n° 18 : Y a-t-il besoin de renforcer l'efficacité des accords d'ADR dans les Etats Membres ? Quelle est la meilleure solution au problème de la reconnaissance et de l'exécution dans un autre Etat membre de l'Union européenne des accords d'ADR ? Devrait-on notamment adopter des règles spécifiques afin de conférer un caractère exécutoire aux accords d'ADR ? Dans l'affirmative, sous réserve de quelles garanties?

Dans le cas des litiges transnationaux, les parties décidant de recourir à une procédure juridictionnelle se heurtent le plus souvent au problème de la loi applicable. Le recours à la justice peut sembler long et coûteux. Dans un tel contexte, les ADR peuvent apparaître comme des moyens simples et souples de « pacification » des conflits. Le respect de l'accord conclu repose, comme sur le plan national, sur la bonne volonté des parties.

Question n° 19 : Quelle initiative pensez-vous que les institutions communautaires devraient prendre pour appuyer la formation des tiers ?

Question n° 20 : Convierait-il notamment d'appuyer des initiatives tendant à établir des critères minimaux de formation en vue d'une accréditation des tiers ?

Question n° 21 : Devrait-on adopter des règles spéciales en matière de responsabilité des tiers? Dans l'affirmative lesquelles ? Quel rôle les codes de déontologie devraient-ils jouer en ce domaine ?

Réponse aux questions 19, 20 et 21.

La formation des tiers est extrêmement importante pour le bon fonctionnement des ADR. Un plan de formation des tiers et une aide à cette formation devraient donc être envisagés par la Commission.

Le pragmatisme qui doit présider à l'organisation et au fonctionnement des ADR conduit à considérer qu'il ne devrait pas exister de liste d'accréditation des tiers, les parties étant libres d'organiser l'ADR comme elles l'entendent, mais étant mises à même de choisir le tiers parmi les personnes ayant reçu une formation à cet effet.

D'une façon générale, le tiers, sauf cas exceptionnel, ne devrait pas être rémunéré.

Le tiers aurait l'obligation de respecter la charte déontologique qui comprendrait l'obligation d'information des parties. Mais sa responsabilité ne devrait pas pouvoir être engagée, si ça n'est sur le terrain du droit commun.

*
* *

Pour conclure, le Forum des droits sur l'internet voudrait suggérer à la Commission une initiative dont l'utilité n'est pas à démontrer. Il s'agirait pour la Commission de mettre en place un portail d'information sur la possibilité de recourir aux ADR.