

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'ODR au service de l'ADR

Poullet, Yves

Published in:

Workshop on consumer alternative dispute resolution : Vienna 23 February 2006

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 2006, L'ODR au service de l'ADR: quelques réflexions en marge du colloque de Vienne : Kollektiver Rechtsschutz du 23 février 2005. dans *Workshop on consumer alternative dispute resolution : Vienna 23 February 2006*. s.n., s.l., pp. 1-7.

<http://europa.eu.int/comm/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just_14_en.htm>

General rights

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

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

Take down policy

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

L'ODR au service de l'ADR : Quelques réflexions en marge du Colloque de Vienne : Kollektiver Rechtsschutz du 23 février 2005

Prof. Dr. Yves Poulet
Faculté de droit de Namur et de Liège
Directeur du CRID des Facultés Universitaires Notre Dame de la Paix de Namur
<http://www.crid.be>
yves.poulet@fundp.ac.be

S'il fallait une définition de l'ODR, je dirai simplement qu'il s'agit de la mise à disposition des ressources des TIC au service de la résolution des litiges.

Ainsi, cette mise à disposition se conçoit aux diverses étapes de la résolution des litiges.

- au stade du dépôt de la plainte à la fois par la mise sur pied d'une hotline mais surtout par la mise à disposition de formulaires permettant une description correcte de la plainte et le cas échéant d'un guide à l'identification du formulaire ad hoc;
- au stade de la prise de contact avec l'autre partie ;
- au stade de la négociation entre parties, il peut s'agir de la mise à disposition d'un espace réservé où les parties pourront s'échanger les pièces, de la mise à disposition de systèmes de discussion à distance (y compris vidéoconférence) ;
- au stade du choix et de la prise de contacts avec le ou les médiateurs ;
- au stade de la médiation elle-même, par la mise à disposition d'un espace réservé où les parties s'échangent leurs arguments et où le médiateur introduit ses propositions et la mise à disposition de systèmes de discussion en temps réel en ce compris des vidéoconférences.

La mise à disposition de ces différentes facilités qu'offrent les technologies de l'information et de la communication s'opère grâce à une plate-forme technique gérée par un opérateur.

Traditionnellement cet opérateur a été conçu comme l'ADR lui-même.

Ainsi, lorsqu'en 1996¹, E. KATCH crée à l'Université de Chicago l'Online Ombuds Office, son idée est de mettre sur pied un ADR utilisant les TIC.

Notre sentiment est que l'évolution doit aller dans le sens d'une radicale distinction entre, d'une part, la plate-forme qui supporte les différents services de mise à disposition des

¹ E. KATCH, "The Online Ombuds Office : Adapting Dispute Resolution to Cyberspace », NCAIR Conference on Online Dispute Resolution, Washington DC, Mai, 1996, disponible sur le site : <http://www.umass.edu/dispute/ncair.katsh.htm>.

facilités techniques, ce que pour la facilité nous appellerons les ODR et, d'autre part, les ADR.

En d'autres termes, il s'agit de ne plus lier ADR et ODR, de ne pas confondre la fonction « noble » d'aide à la solution de litiges, accomplie par toute une série de services classiques de médiation et la fonction « subalterne » de gestion des outils technologiques qui facilitent la vie des ADR et leurs relations avec les parties au litige.

C'est ce que Square Trade (la fameuse plate-forme d'ODR d'eBay qui gère plus de 300.000 différends) et, avant lui, l'expérience canadienne d'e Resolution, malheureusement défunte avait compris, l'ODR ne se substitue pas à l'ADR ou n'est pas une forme moderne de l'ADR. En tant que plate-forme technique, l'ODR peut offrir ses services à un ou plusieurs ADR. Il s'agit, à mon avis, de deux métiers distincts. L'ODR étant un portail d'entrée vers différentes ADR classiques, chacune bien implantée dans son secteur et connaissant les règles et usages de la profession.

C'est autour de ce thème que j'aborde trois considérations :

- I. Le champ d'application de l'ODR.
- II. Les services et la qualité des services de l'ODR
- III. Le rôle des pouvoirs publics.

I. Le champ d'application de l'ODR

1^{ère} réflexion : Les services offerts par l'ODR débordent le champ du commerce électronique

Il va de soi que toute opération, peu importe qu'elle soit conclue dans le monde traditionnel ou on line peut en cas de litige bénéficier des services de support qu'offrent les TIC

Ainsi, si j'ai réservé mon billet d'avion à l'agence du quartier, pourquoi devrais-je être privé de la possibilité de porter plainte en ligne, de discuter avec le médiateur en ligne, etc.. Les facilités que permet le recours aux technologies de l'information et de la communication peuvent être aussi utiles pour résoudre un litige né d'une opération du commerce traditionnel que celui né d'une opération du commerce électronique, ceci d'autant plus que se multiplient les opérations commerciales mixtes utilisant à la fois les supports électroniques et ceux non électroniques (par exemple, commande par voie électronique de biens décrits sur un catalogue papier).

2^{ème} réflexion : L'utilisation des technologies permet d'accorder une importance plus grande à la phase dite de pré-médiation

C'est notre expérience de chercheurs dans le projet CCForm, projet développé en 2003 et 2004 avec la Fedma, des entreprises de vente à distance et l'association luxembourgeoise des consommateurs pour le compte de la DG Sanco. J'ai été particulièrement frappé par le

fait qu'un des gros problèmes rencontrés par les entreprises en cas de litiges était simplement de comprendre la plainte ou d'identifier la transaction à la base de la plainte.

La mise à disposition via des systèmes électroniques de Q/R de formulaires permettant une exacte description de l'objet du litige et une identification exacte de la transaction facilite ainsi la négociation.

Par ailleurs et surtout, il s'avère que le simple dialogue entre les parties peut souvent suffire sans devoir recourir à une médiation. En d'autres termes, les technologies de l'information et de la communication facilitent grandement la négociation directe entre les parties et permettent d'aboutir à une solution directe du litige entre les parties.

II. Les services de l'ODR comme plate-forme technologique

Comme un service de certification en matière de signature électronique, l'ODR ou plus précisément le gestionnaire de la plate-forme technique, est en réalité un tiers de confiance qui joue un rôle tant vis-à-vis des parties et entre elles que vis-à-vis des médiateurs dans leurs relations entre eux et vis-à-vis des parties.

Ces services offerts, qu'ils soient rémunérés ou non, tombent indiscutablement sous le coup de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 et celle du 20 mai 1997 sur les contrats à distance. Ainsi, ils se doivent de fournir l'information requise quant à l'opérateur qui gère la plate forme et quant aux services offerts. Les conditions générales du fonctionnement des services doivent pouvoir être téléchargées par le consommateur qui y recourt et les dispositions quant à la « passation de commande » de la directive du 8 juin 2002 sont applicables aux services offerts par la plateforme. On ajoutera que les dispositions de la directive relative à la protection des données à caractère personnel réglementent le traitement des diverses données à caractère personnel tant contenues dans les messages échangés et/ou conservés par la plateforme que celles générées par l'utilisation des multiples services offerts par cette dernière.

Mais quels sont les services ainsi offerts par l'ODR comme tiers de confiance ?

- il s'agit d'abord d'assurer la sécurité des messages échangés, la sécurité au sens large, l'intégrité des messages c'est à dire leur non déformation dans l'espace ou dans le temps, la disponibilité du système, c'est à dire l'accessibilité du système pendant la durée et selon le format et les modalités annoncés et, enfin, la confidentialité qui doit assurer que des tiers non autorisés n'auront pas accès aux messages échangés ;

- il s'agit ensuite de veiller à l'authentification des messages, c'est à dire de s'assurer par des moyens simples que le message émane bien de celui qui prétend l'émettre ;

- il s'agit enfin de veiller à conserver une trace des échanges ou de certains échanges qui puissent faire preuve de leur existence, voire de leur contenu, le cas échéant devant la justice. Des systèmes de time-stamping, d'envoi et d'accusé de réception sont à utiliser. Les méthodes de conservation des messages doivent être précisées.

On peut ajouter d'autres services précieux. Ainsi la plate-forme ODR peut offrir aux consommateurs des services d'information sur leurs droits. Elle les offrira soit elle-même, soit par la fourniture de liens vers des vade-mecum élaborés par des administrations publiques ou des associations de consommateurs. A cette fourniture d'informations ou de liens est évidemment liée une responsabilité de celui qui offre cette information.

III. Le rôle de l'Etat

Traditionnellement, l'ODR a été considéré comme un produit de l'autorégulation. C'est bien ainsi qu'ont été conçus les « cybermagistrats » dans le cadre de la procédure UDRP mais également en matière de commerce électronique de Square Trade, directement. lié au portail et aux services hébergés par eBay, de BBBOnline, de Click Settle, etc..

A ce propos, l'exemple de SquareTrade est sans doute un modèle à la fois d'une autorégulation complète et de l'effectivité de celle-ci. Chaque service hébergé par eBay s'engage en cas de litige avec un consommateur de se soumettre, si le consommateur l'exige, à la médiation de SquareTrade et aux conséquences de celles-ci. C'est à cette condition qu'il bénéficiera du label eBay et de son hébergement par ce dernier.

Ce système entrevoit l'intervention du cybermagistrat comme la dernière couche du système d'autorégulation. Son intervention s'appuie en effet sur deux autres couches préalables à savoir en premier lieu un code de conduite par lequel l'entreprise accepte non seulement certaines règles de protection des consommateurs mais en outre de se soumettre à la compétence du cybermagistrat si le consommateur le désire et, en second lieu, l'octroi par eBay d'un label suite à la vérification de cet engagement. Ce modèle dit en couches superpose trois méthodes d'autorégulation : le code de conduite, le label et la cybermagistrature. Il est particulièrement intéressant dans la mesure où il dote le système de médiation d'une véritable effectivité. En cas de non respect de ses engagements (l'entreprise en cas de commerce B to C (ou le consommateur en cas d'opérations C to C) refuse de se soumettre à la cybermagistrature, ne respecte pas les exigences de la procédure ou, enfin, n'exécute pas la décision ou la recommandation du cybermagistrat), l'offreur de biens ou services, dénoncé par le cybermagistrat, risque outre les amendes contractuelles prévues par le code de conduite qui le lie à eBay, les conséquences commerciales et financières du retrait de son label eBay, mieux la cessation de l'hébergement par ce dernier et le risque de figurer sur une liste qualifiée de « noire » publiée par eBay.

A côté de ce modèle qu'a très bien décrit T. SCHULTZ², on peut penser à une approche plus interventionniste de l'Etat. Le modèle d'eBay ne peut fonctionner que pour les services et produits offerts par le truchement de ce dernier et est loin d'être global. Il repose en définitive sur la volonté de cet hébergeur de jouer le jeu des décisions d'une cybermagistrature dont l'indépendance est par ailleurs loin d'être garantie. Dans quelle mesure, eBay obéira-t-il aux injonctions d'un cybermagistrat qui lui demanderait de résilier l'hébergement de son plus gros client ?

² T.SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Thèse, Genève, 2005, Cahier du CRID, n° 27, Bruylant, LGDJ.

Nous sommes en train de réfléchir en ce sens à la demande des gouvernements belge et luxembourgeois sur la mise sur pied d'ODR auprès des ministères de l'économie et de la protection des consommateurs.

L'idée est la mise à disposition, par l'Etat lui-même ou par un tiers accrédité, d'une plateforme technologique, en d'autres termes d'un service qui :

1. permettrait aux consommateurs d'adresser leurs plaintes peu importe le produit ou le service en cause ;
2. contacterait les entreprises ;
3. offrirait aux deux parties une plateforme de négociation ;
4. contacterait les nombreuses institutions de médiation existantes dans le pays voire, à défaut, accréditerait des médiateurs, compétents par défaut.

Dans un tel scénario, le rôle de l'Etat serait multiple. Lui reviennent

- la mise sur pied et le financement de cette plate-forme, portail unique d'entrée vers les divers ADR et guidage vers l'ADR adéquat. On note que la mise sur pied d'une plateforme d'ODR et sa maintenance sont en effet à ce point coûteux que peu d'ADR pourrait s'offrir de tels services. On ajoute que l'existence d'une plateforme unique permettra une meilleure visibilité et accessibilité des ADR, dont l'existence est souvent mal connue des consommateurs;
- l'éducation des consommateurs sur leurs droits mais également sur l'intérêt du recours à la médiation ;
- le contrôle du respect des règles du jeu par les ADR et médiateurs lors de l'agrégation de leur connexion et participation à la plate-forme technique.

En conclusion,

Les ODR sont-ils l'avenir des ADR ?

Oui et non

Oui, il est clair que l'utilisation de plate-formes technologiques facilite grandement leur travail, les rend plus visibles et apporte incontestablement une plus value aux consommateurs.

Non, dans la mesure où l'ADR n'a pas à se transformer en ODR. Les services offerts par une plate-forme technologique sont à distinguer des services de médiation. Que chacun fasse proprement son travail, le consommateur a tout à y gagner.

Annexe : Avons-nous toujours besoin des ADR ?

La question, posée par le président de séance, Mr TOMAR, est d'actualité au moment où est discutée l'adoption d'un règlement européen relatif à la création d'une procédure dite « Small Claims » ou « Litiges de faible montant ».

Chacun s'accorde sur la complémentarité des deux types de procédure « ADR et Small Claims ». Cette complémentarité affirmée apparaît cependant peu évidente. Ecartés dans un premier temps du « marché » de la solution des litiges de faible montant, pour lesquels l'efficacité et les faibles coûts de l'ADR s'avéraient des arguments incontournables, en faveur du choix de cette procédure, les magistrats et au-delà le pouvoir judiciaire trouveront dans la mise sur pied d'une procédure légère, conçue de manière identique sur l'ensemble du sol européen, l'occasion d'une belle revanche.

Dans le même temps, les ADR, conscients du problème que leur cause l'absence du caractère exécutoire des recommandations voire décisions qu'ils prenaient, essaient de forcer une voie judiciaire de leur sentence, sorte d'exequatur du résultat de leur médiation. La nature « alternative » du mode de résolution qu'ils proposent trouve ainsi une limite non négligeable.

Bref, est-ce de complémentarité qu'il faut parler ou de confusion ?

Notre propose entend résoudre la question en rappelant la réelle nature des deux procédures.

L'ADR est né du mouvement d'autorégulation et son mode de résolution des litiges se situe clairement en dehors du droit. Par cette formule, nous ne voulons pas dire que le droit ne peut pas encadrer les ADR, leur rappeler certains principes tels que la transparence ou le respect du contradictoire et surtout les limites qu'impose à leurs décisions les règles d'ordre public. Ce que nous souhaitons souligner, c'est que la médiation ne se place pas sur le plan de la reconnaissance du droit, que le médiateur, même lorsqu'un pouvoir de recommandation voire de solution du litige lui est confié par les parties, ne condamne pas, ni ne désigne celui qui est dans son droit. Il entend par des négociations, proposer, en tenant compte d'arguments économiques, psychologiques, sociaux et de marketing, la moins mauvaise solution, celle où chacun se retrouve gagnant ou au moins pas trop perdant. La compagnie d'aviation, ayant mal informé le client, acceptera d'offrir gratuitement la moitié du prix d'un nouveau voyage. Rien n'est juridique dans le contenu de cette solution même si celle-ci peut trouver dans l'engagement préalable des parties la base juridique pour un recours en justice en cas de non respect.

En toute hypothèse, « l'enforcement » de telles médiations est à chercher principalement ailleurs, c'est-à-dire dans d'autres modes de régulation que le droit : le recours à la presse, à la pression des pairs, la sanction par l'association professionnelle, le retrait d'un label, autant de méthodes innovatrices de sanctions qui, sans être juridiques, n'en sont pas moins efficaces.

Mais revenons au propos : avons-nous toujours besoin des ADR ? Oui, à condition que la nature de leur intervention soit clairement distinguée de celle du judiciaire ! Oui, à

condition que les entreprises seules pour prétendre à des avantages compétitifs ou regroupés au sein de leur secteur pour défendre l'image de leur profession mettent en place des systèmes de médiation auxquels les consommateurs pourront faire confiance à la fois dans la qualité des procédures et médiateurs proposés et dans la possibilité de faire exécuter les résultats de la médiation.

L'attrait concurrentiel que représente le recours à la justice étatique, que se propose de faciliter le règlement européen en discussion est à ce prix. Les ADR ne survivront que s'ils font valoir des arguments et des avantages pour le consommateur tirés de la nature profondément distincte de leur intervention

Il reviendra alors au consommateur, parfaitement informé des deux types de règlement des litiges qui se proposent à lui, de décider s'ils préfèrent se situer sur le plan du droit ou du « non droit », ce qui ne veut pas dire l'absence de droit.

Allons, c'est bien de complémentarité entre ADR et procédure de règlement des petits litiges qu'il faut parler mais s'il vous plaît, évitons les confusions.

Y. Pouillet