

La médiation en ligne

Adrien BASCOULERGUE

Maître de conférences à la Faculté de droit Julie-Victoire Daubié de l'Université Lyon 2

Introduction

Note de l'auteur : le style oral de l'intervention a été conservé

La médiation est aujourd'hui définie dans le code de procédure civile comme un processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord avec l'aide d'un tiers, le médiateur¹. Si cette définition du processus n'est plus l'objet de discussion, en revanche, sa dématérialisation pose plusieurs questions au regard de la diversité des dispositifs existants. Derrière l'expression imprécise de « médiation en ligne » se cache, en effet, des pratiques très différentes allant de la médiation par visioconférence à la médiation par mail en passant par la médiation par messagerie instantanée pour n'en citer que quelques-unes. Partant de ce constat, à quelles conditions peut-on considérer qu'un processus de médiation est en ligne ? Faut-il que le processus soit complètement en ligne, partiellement en ligne ? en partie automatisé, totalement automatisé et confié à des algorithmes ? intégrée dans une plateforme numérique ou une application ? La question reste entière en l'absence de définition précise de cette nouvelle expression. Pour ne pas limiter de manière excessive notre présentation du sujet, nous retiendrons aujourd'hui une appréhension volontairement large de la médiation en ligne, en y associant tous les processus partiellement ou totalement dématérialisés par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord avec l'aide d'un tiers, le médiateur.

Quels que soient les débats qui peuvent exister sur l'appréhension de ce terme en ligne, le développement de ces nouvelles pratiques de médiation n'est en tout cas pas récent. Aux États-Unis, le développement des plateformes d'*Online Dispute Resolution* (ODR) remonte ainsi au début des années 1980. Depuis cette période se sont multipliées les plateformes numériques de règlement amiable des différends qui soit renvoient vers des personnes physiques sans aucune intervention automatisée de systèmes algorithmiques, soit gèrent automatiquement le conflit, via des algorithmes, sans aucun recours à des personnes physiques. En France, la première initiative de médiation en ligne est, elle aussi, ancienne avec la création en 2001 du Médiateur du Net développé au sein du Forum des droits sur l'internet. Financées à plus de 80% par les pouvoirs publics, les activités principales de cette structure étaient à la fois des activités d'information et de sensibilisation du public et des activités de médiation en ligne. Son champ de compétence était lui-même assez vaste puisqu'il recouvrait quatre catégories de litige avec au moins un particulier, personne physique, partie prenante : les litiges entre une entreprise et un consommateur (BtC), les litiges intervenant sur des plates-formes d'enchères en ligne, de petites annonces... (CtC), les litiges liés aux noms de domaine en .fr, les litiges entre personnes hors liens commerciaux (droits d'auteur...). Arrêté en 2011, le travail de cette plateforme de médiation en ligne fut assez conséquent puisqu'entre 2004 et 2010, 22 000 demandes furent reçues et 12 000 cas traités. Parmi toutes ces demandes, 94% concernait des litiges liés aux achats en ligne et à la fourniture d'accès internet.

¹ L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 21.

Il est aujourd'hui repris à travers de nombreuses plateformes spécialisées seulement ou non dans les litiges de la consommation. En effet, le règlement en ligne des litiges est une tendance à la hausse en France, et dans le monde entier, aussi bien dans le secteur public que privé. Environ 95% de la population mondiale vit dans une zone couverte par un réseau cellulaire mobile, avec plus de 4,1 milliards de personnes maintenant connectées à Internet. Il n'est donc pas surprenant que ce processus de résolution soit en train de devenir la méthode privilégiée pour résoudre les litiges de commerce électronique transactionnels.

Nous essayerons, lors de cette présentation, d'identifier tout d'abord les raisons précises qui expliquent ce développement de la médiation en ligne (I), puis de nous interroger sur l'encadrement de cette nouvelle forme de médiation (II).

I. Le développement de la médiation en ligne

Constaté au niveau national et international, le développement de la médiation en ligne est aujourd'hui favorisé par une double dynamique institutionnelle (A) et professionnelle (B).

A. La dynamique institutionnelle

L'accès à la justice est considéré depuis de nombreuses années comme un enjeu majeur par les institutions internationales. L'Organisation des Nations unies reconnaît que celui-ci est essentiel pour atteindre les objectifs de développement durable adoptés en 2015 par l'ensemble des états-membres de l'organisation dans le cadre du Programme de développement durable². Dans le prolongement de cette idée, l'Assemblée générale des Nations Unies observe que le règlement en ligne des différends peut aider les parties à résoudre leur différend de manière simple, rapide, flexible et sécurisée, sans nécessiter de présence physique à une réunion ou à une audience. Une véritable dynamique semble donc naître au niveau international pour favoriser le développement de ces nouveaux modes de résolution des litiges. Elle se retrouve au niveau européen puisque l'Union européenne a adopté en 2013 deux textes importants pour favoriser l'essor de la médiation en ligne dans le domaine de la consommation.

Le premier de ces textes est le règlement n° 521/2013 du 21 mai 2013³ relatif au règlement en ligne des litiges de consommation. Il instaure une plateforme de règlement en ligne des litiges de la consommation transfrontaliers. Avec une moyenne de plus de 225 000 visiteurs par mois, la plateforme de règlement en ligne (RLL) est actuellement très utilisée par les acheteurs en ligne. Plus de 2000 plaintes sont déposées chaque mois et 68 658 plaintes ont été déposées jusqu'à présent. Sur ce nombre, 6688 plaintes ont été déposées par les consommateurs français depuis le lancement de la plateforme en 2016. Dans l'ensemble de l'UE, plus de 4500 plaintes ont été déposées contre des entreprises françaises. Les difficultés les plus fréquemment invoquées sur cette plateforme de règlement en ligne sont les problèmes de livraison, de non-conformité du produit par rapport à la commande ou de défectuosité du produit.

² Repris dans l'Agenda 2030 de l'Organisation des Nations Unies.

³ Règlement (UE) n° 524/2013 du parlement européen et du conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC).

Le second texte est la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013⁴ relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation qui oblige les Etats membres à mettre en place des dispositifs de médiation de la consommation. La France a transposé cette directive par une ordonnance du 20 août 2015⁵ et un décret du 30 octobre 2015⁶. Cette ordonnance favorise le développement de dispositifs de médiation en ligne. Elle oblige les médiateurs de la consommation à mettre en place un site internet consacré à la médiation et fournissant un accès direct aux informations relatives au processus de médiation. Par l'intermédiaire du site, les consommateurs doivent également pouvoir déposer en ligne une demande de médiation accompagnée des documents justificatifs. Depuis l'adoption du texte, plusieurs modèles de plateforme se sont ainsi développés. Le modèle utilisant le plus les technologies de l'information et de la consommation est celui de Médicys (plateforme des huissiers de justice). Il permet aux consommateurs de saisir directement en ligne un médiateur et de résoudre en intégralité leur litige à distance. Il est aujourd'hui repris pas d'autres organismes de médiation, comme la Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation.

L'objectif de cette législation européenne favorisant la médiation en ligne dans le domaine de la consommation est bien entendu de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, incluant le marché unique numérique. Il est aussi de permettre aux consommateurs et aux professionnels de l'UE de résoudre leurs litiges d'une manière simple, amicale et bon marché, en respectant la diversité des procédures de règlement en ligne existant dans les Etats membres de l'Union européenne.

B. La dynamique professionnelle

Toutefois, la promotion de nouveaux modes de règlements amiables des différends en ligne n'est pas le seul fait des pouvoirs publics. Elle répond aussi aux besoins des acteurs économiques du marché, et notamment des petites et moyennes entreprises de trouver des mécanismes de résolution des litiges commerciaux plus rapides et plus efficaces.

Ce besoin de développer de nouvelles formes de règlement des litiges trouve son origine dans l'internationalisation des échanges. Jusqu'à présent la mondialisation de l'économie avait surtout profité aux très grandes entreprises. Désormais la participation des petites et moyennes entreprises a des chaînes de valeur mondiale est en forte expansion. Ce phénomène permet aux PME d'étendre leur marché, de soutenir leur croissance et d'accroître leur taux de survie. Cependant cette ouverture à l'international n'est pas sans risque pour ces entreprises qui peuvent très vite se retrouver en difficultés et connaître des problèmes de liquidités en cas de problèmes de paiement (notamment lorsque ces PME se retrouvent dans un litige au sein d'une chaîne d'approvisionnement).

Dans ce contexte, il devient primordial pour ces petites et moyennes entreprises de prévoir des processus de résolution des litiges efficaces et rapides, qui leur garantissent leur rentabilité, leur croissance et même leur survie et leur permettent de maintenir de bonnes relations commerciales avec des partenaires souvent essentiels. Cette nécessité de trouver des dispositifs de résolution des litiges souples et sécurisées est renforcée

⁴ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du conseil 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE.

⁵ Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

⁶ Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation.

par les difficultés que rencontrent les entreprises de petite taille ou de taille moyenne lorsqu'elles sont engagées dans des procédures judiciaires. Le recours aux tribunaux étatiques en cas de conflit n'est, en effet, pas toujours une option viable pour la plupart des PME qui ont tendance à s'accorder sur une solution amiable beaucoup plus souvent que les grandes entreprises, car elles ont plus intérêt à régler rapidement un litige. Et l'on comprend mieux ainsi l'intérêt des petites et moyennes entreprises pour des mécanismes alternatifs de résolution des conflits tels que la médiation et l'arbitrage dont la dématérialisation renforce l'accessibilité et surtout l'efficacité en termes de rapport coût/temps. Aux Etats-Unis, c'est pour cette raison d'ailleurs que se sont multipliées depuis une dizaine d'années des plateformes de règlement en ligne (FairClaims, RapidRuling, Risolvionline pour ne citer qu'elles). S'il s'agit plus souvent de plateformes d'arbitrage en ligne, le développement de ces plateformes de règlement en ligne des litiges commerciaux apparaît à nouveau comme un moyen de répondre aux attentes des entreprises en cas de conflit.

II. L'encadrement de la médiation en ligne

L'encadrement de ces plateformes de médiation en ligne paraît nécessaire à la fois pour contrôler les activités de médiation réalisées (A) et les opérations en ligne qui sont effectuées (B).

A. L'encadrement de l'activité de médiation

Même si la profession de médiation ne fait pas aujourd'hui partie des professions réglementées et tarder encore à se structurer, le développement de la médiation en ligne soulève deux questions essentielles.

Cette évolution de la pratique de la médiation pose tout d'abord une question d'ordre ontologique. Peut-on encore qualifier la médiation en ligne de médiation ? L'interrogation est régulièrement soulevée par certains praticiens pour qui la médiation est d'abord conçue comme un moyen de rétablir du lien entre des personnes en conflit. Or, comment réaliser cette mission sans aucun contact physique avec les médiés ? Le questionnement paraît légitime mais doit être nuancé selon le mode de médiation en ligne envisagé. Opportun en présence d'une médiation qui se ferait uniquement par échanges de mails, il paraît moins pertinent pour une médiation réalisée par visioconférence. De la même manière, d'aucuns pourraient se demander si la médiation a du sens et un intérêt pour des litiges qui sont souvent strictement économiques alors que ce processus est d'abord conçu pour s'occuper de conflits plus personnels (psychologiques). Ici encore, des distinctions doivent être faites entre les litiges de consommation qui opposent des personnes qui ne se connaissent pas vraiment et les litiges commerciaux qui peuvent impliquer des partenaires économiques dont la relation est ancienne et souvent personnelle.

Ce développement de la médiation en ligne pose ensuite une question éthique. Quelle déontologie ces nouveaux médiateurs doivent-ils appliquer ? Est-il possible de transposer à la médiation en ligne toutes les règles de comportement qui s'appliquent à la médiation présentielle ? L'exemple de la médiation de la consommation montre, en effet, qu'il n'est pas toujours facile de respecter le cadre déontologique et les principes fondamentaux structurant la médiation traditionnelle. On prendra deux illustrations pour le justifier.

En principe, le médiateur doit respecter un principe de neutralité. Il ne doit pas susciter un résultat, une solution au litige (le médiateur a une posture de tiers). Tel n'est pas le cas cependant du médiateur de la consommation qui aujourd'hui a l'obligation de proposer une solution ⁷.

Le médiateur est tenu également de respecter un principe de confidentialité. Les constatations qu'il fait et les déclarations qu'il recueille au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties. Néanmoins l'avis formulé par le médiateur de la consommation n'est pas soumis à la confidentialité comme l'a indiqué une décision du TGI Paris, 5ème chambre, 1ère section, 23 octobre 2018, n° 18/10041.

Ces différentes dérogations au cadre originel de la médiation peuvent interpeller sur la possibilité de préserver la même déontologie en matière de médiation en ligne. Pour autant, la dématérialisation de ce processus amiable ne s'accompagne pas nécessairement d'un abandon de tout encadrement éthique et déontologique comme le confirme l'analyse du fonctionnement de certaines plateformes développées actuellement aux États-Unis ou au Canada. Certaines plates-formes de règlement en ligne des règles exigent ainsi de leurs intervenants qu'ils adhèrent à un code d'éthique promulgué par une association ADR. La plateforme FairClaims prévoit par exemple dans ses règles de procédure que tous les arbitres membres doivent adhérer aux normes d'éthique applicables aux arbitres neutres dans l'arbitrage contractuel adoptées par le Judicial Council of California. D'autres plates-formes de règlement des litiges en ligne fournissent, elles, un cadre éthique adapté à leurs plates-formes, avec leur propre ensemble de règles de procédure. Par exemple, les services de résolution d'arbitrage (ARS) fournissent des règles relatives à la confidentialité, à l'impartialité et à la bonne foi. La plateforme Youstice a des règles stipulant que ses intervenants doivent être indépendants, qualifiés et impartiaux.

Il semble donc parfaitement envisageable d'encadrer sur un plan éthique et déontologique l'action des acteurs sur ces plateformes que ce soit par contrat ou même par la loi. C'est d'ailleurs ce que réalise finalement le code de consommation à travers certaines règles consacrant l'indépendance du médiateur, notamment l'article L. 613-2 du Code de la consommation qui interdit au médiateur d'entreprise (employé par le professionnel) d'avoir un quelconque lien hiérarchique ou fonctionnel avec le professionnel qui l'emploie.

B. L'encadrement de l'activité en ligne

Si la mise en place de normes éthiques ou déontologiques pour contrôler l'activité des médiateurs paraît nécessaire pour préserver le cadre et les principes fondamentaux de la médiation, elle ne suffit pas, en revanche, à protéger les données personnelles des médiés dont la sécurité et la confidentialité doivent être également garanties par ces nouveaux acteurs de la résolution amiable des litiges.

En effet, les plateformes de médiation en ligne collectent, stockent et utilisent des données personnelles. Ces données personnelles permettent souvent d'aider les médiés dans la résolution de leurs différends. A titre d'illustration, la plate-forme Modria propose à ses utilisateurs une technologie capable d'énumérer une série de résultats à partir de cas similaires traités précédemment. Ces résultats sont établis à partir de cas antérieurs négociés sur la plate-forme et sont basées sur les informations fournies par les parties au moyen d'un court questionnaire à choix multiples sur leur différend. À l'aide d'un diagramme, les parties peuvent ainsi visualiser

⁷ Art. R. 621-4 du Code de la consommation.

le résultat de cas similaires, ce qui les aide à définir des attentes raisonnables et à être en meilleure position pour évaluer la valeur de l'offre de l'autre partie, qu'elle soit supérieure ou inférieure au résultat moyen du règlement⁸.

L'incorporation d'un tel outil dans une plateforme de règlement en ligne des communications répond, à l'évidence, aux besoins de certains utilisateurs. Il pose néanmoins beaucoup de questions sur le terrain de la vie privée et de la protection des données personnelles.

Aux Etats-Unis, l'utilisation de ces données personnelle est généralement encadrée par une politique de confidentialité établi par la plateforme de règlement en ligne. Par exemple, la plateforme Concilianet utilise des données pour l'enregistrement des utilisateurs et l'administration de la procédure, mais permet également aux utilisateurs de demander des restrictions. De la même manière, le site Web du tribunal de résolution des affaires civiles indique qu'il recueille et utilise uniquement les données nécessaires pour aider les parties à régler leur différend via la plate-forme. Cependant, lors de l'affichage de leurs politiques de confidentialité, seuls quelques plateformes s'efforcent d'expliquer leur politique de confidentialité dans une interface conviviale visant à aider les utilisateurs à comprendre le type d'information collectée et son utilisation. Quelques plateformes seulement ont mis en place des procédures pour traiter les problèmes de sécurité ou des mécanismes de sécurité pour protéger les données collectées.

Ces engagements actuels pris par ces plateformes de règlement en ligne des litiges paraissent bien entendu insuffisants lorsqu'on les confronte aux exigences établies désormais par le règlement général sur la protection des données⁹ qui s'applique également aux entreprises établies en dehors de l'Union européenne. Rappelons qu'en vertu de ce texte, l'usage de cookies sur un site ne se peut se faire sans le consentement exprès des utilisateurs du site. Si le RGPD a pour principal objectif d'assurer une protection efficace de la vie privée des ressortissants de l'Union européenne, son respect et son application stricte pourraient donc à l'avenir remettre en cause le développement de ces plateformes. En effet, pour mettre en place des dispositifs d'aide à la décision, il est nécessaire de disposer d'une quantité suffisante de données pour permettre la génération de résultats statistiquement fiables. Or, comment concilier ce besoin avec le droit à l'oubli ou à l'effacement offert également aux citoyens de l'UE par ce même règlement ?

⁸ D'autres plates-formes, telles que FairClaims ou Smartsettle, offrent également une assistance à la négociation avec des suggestions de solutions potentielles. Une autre initiative prometteuse est le guide de l'utilisateur fournissant des explications et des conseils pour réussir la négociation ou la médiation. Le Tribunal des autorités de condominium au Canada fournit de tels outils aux utilisateurs et aux représentants qui gèrent des différends par la négociation, la médiation ou l'arbitrage.

⁹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.