

COMMENT RÉGLER UN CONFLIT COMMERCIAL EN DEHORS DES TRIBUNAUX ?

Aspects théoriques et questions choisies

Jean-Pierre BUYLE

Bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles

Maître de conférences à l'ULB

Josette VAN ELDEREN

Ombudsman des assurances

Juge consulaire au tribunal de commerce de Bruxelles

Expert auprès de la Commission des Assurances

Pierre PROESMANS

Avocat au barreau de Bruxelles

Nicolas SCHMITZ

Conseiller de l'Ombudsman des assurances

Assistant au Centre de droit privé de l'UCL

PLAN

I. - INTRODUCTION	230
II. - DÉFINITIONS DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS (ADR)	233
III. - AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS LIÉS AU RECOURS AUX ADR	245
IV. - QUESTIONS CHOISIES	251
V. - L'ENTREPRISE FACE AUX ADR	273
VI. - OBSERVATIONS FINALES	278

SAMENVATTING

De buitengerechtelijke geschillenregeling (of A.D.R. – Alternative Dispute Resolution) kent, ondanks de verschillende voordelen, slechts een beperkte toepassing in de praktijk. Wegens diverse redenen blijft zij een uitzondering in vergelijking met de gerechtelijke procedures. De voordelen, die zij kan bieden voor de ondernemingen, de consument en het grote publiek, zijn nochtans talrijk. De buitengerechtelijke geschillenregeling verdient dan ook, door haar groot potentieel, een betere naam bekendheid.

Het eerste hoofdstuk geeft een overzicht van de meest voorkomende A.D.R.-systemen met elk hun eigen kenmerken. Hierbij wordt voornamelijk de aandacht toegespitst op de bemiddeling en op de functie van een Ombudsman. Het tweede hoofdstuk beschrijft de concrete voordelen van A.D.R. Deze worden eerst op een algemene manier besproken, daarna meer specifiek voor de ondernemingen en vervolgens voor de consument. De nadelen van buitengerechtelijke geschillenregeling worden eveneens vermeld. Tenslotte worden er een aantal specifieke vragen onderzocht, waaronder de mogelijkheden tot bevordering van een betere bekendheid van A.D.R. en de juridische problematiek van verjaring.

I. – INTRODUCTION

« Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser – in fees, expenses and waste of time »⁽¹⁾.

Qu'il s'agisse d'une réponse à certains manquements de la justice étatique ou d'une volonté d'éviter la rupture qu'une procédure judiciaire engendre, la recherche du compromis, de la négociation et de la transaction doit être privilégiée.

Dans le cadre des relations commerciales, cette volonté d'éviter le conflit ou de le résoudre rapidement est d'autant plus marquée que les opérateurs de la vie économique entendent, autant que faire se peut, préserver leurs relations avec un partenaire ou un client et s'épargner le coût, le temps et l'énergie d'un procès⁽²⁾.

(1) A. Lincoln, "Notes for a Law Lecture", 1^{er} Juillet 1850, cité par Bruce Bohle, *The Home Book of American Quotations*, Dodd, Mead, New York, 1967, p. 226.

(2) Voy. proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, doc. Par. / Chambre, 2003-2004, n° 51, 0327/001 : « Si la médiation s'avère particulièrement bien adaptée au règlement des problèmes sensibles, spécialement d'ordre émotionnel, qui entourent les conflits familiaux, il ne faut pas perdre de vue qu'elle peut aussi être utile dans tous les conflits, quelle que soit leur nature, entre parties qui sont appelées à maintenir des contacts entre elles. C'est assurément le cas pour les conflits qui naissent entre entreprises ou au sein même des entreprises, pour lesquels la médiation crée une ambiance positive rendant possible la continuation d'une relation d'affaires ».

Compte tenu de l'intérêt que les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC'S ou alternative dispute resolution – ADR⁽³⁾) représentent, le recours à ceux-ci est dans nombre de cas une solution à privilégier en vue de résoudre ou d'éviter un conflit.

Leur utilisation constitue par ailleurs un palliatif à l'arriéré judiciaire qui ne cesse de s'aggraver.

Les modes extrajudiciaires de résolution des conflits incarnent incontestablement la révolution prônée par certains⁽⁴⁾ et dont a besoin la justice afin de redorer son image et de contrer la lourdeur de certaines procédures judiciaires.

Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent plus que la privatisation d'un service public. Ils sont une autre forme de justice à côté d'une justice étatique qui « *exproprie le justiciable de son conflit, [qui] règle les comptes du passé, sans se soucier des projets du lendemain, [qui] solidifie les rancunes et décourage les réconciliations* »⁽⁵⁾.

Cependant, malgré les intérêts que d'aucuns leur reconnaissent, les modes extrajudiciaires de règlement des conflits trouvent un écho limité dans la pratique.

En Belgique, ils demeurent l'exception par rapport aux procédures judiciaires⁽⁶⁾.

Dans une note du 15 mars 2011, la Fédération des entreprises de Belgique indiquait : « (...) *les modes de résolution extrajudiciaires méritent d'être développés et coordonnés (...). Il importe que les acteurs, tant les consommateurs que les entreprises, aient*

(3) Dans la suite de l'exposé l'acronyme « ADR » sera utilisé.

(4) Voy. à cet égard P. MARTENS en préface de l'ouvrage *Droit et pratique de la médiation*, sous la direction de J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. V : « *On s'est beaucoup préoccupé de réformer la justice au cours des dernières années. On s'est soucié de ses retards, de son langage, de sa gestion, de son information. Et pourtant, malgré les efforts de modernisation, elle reste proche de la lanterne rouge dans les sondages qui interrogent les citoyens sur leurs institutions préférées. La raison en est peut-être que la justice n'a pas seulement besoin de réformes et qu'il lui faudrait davantage : une révolution.* »

(5) *Ibid.*, p. VI.

(6) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Paroles, paroles... », *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, sous la direction de P.-P. RENSON, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 7. , qui constate que près de 4 ans après l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2005 sur la médiation, celle-ci ne rencontrait que peu de succès ; O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, sous la direction de P.-P. RENSON, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 73 ; P.-P. RENSON, « Arbitrage, conciliation, médiation et droit collaboratif : comment régler un conflit efficacement et durablement, sans recourir à une procédure judiciaire ou administrative ? », www.justice-en-ligne.be, 28 février 2011.

bien conscience de ce que le recours aux tribunaux ordinaires ne constitue pas la voie unique de résolution des différends. Bien au contraire, une palette de processus, potentiellement infinie et à ce jour sous-exploitée, s'offre à eux »⁽⁷⁾.

Quel paradoxe ! Loués de toutes parts pour leurs mérites, les modes alternatifs de règlement des conflits ne trouvent pas encore la place que certains leur destinaient à côté ou en complément de la justice étatique.

Quelles sont les causes de cette frilosité à recourir à des modes alternatifs ?

Faut-il y voir un manque d'information au sujet des différentes procédures et des perspectives que celles-ci offrent ? Une crainte de l'inconnu ? La peur d'un dialogue difficile immédiat ?

Comment promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits ? Comment en assurer la vulgarisation ?

Bien que ceux-ci ne soient pas la panacée et que les voies de recours traditionnelles doivent conserver une place prépondérante dans la résolution de certains litiges, il importe que tant les entreprises que les consommateurs soient conscients des avantages et des opportunités que leur offrent ces procédures.

La présente contribution n'a pas vocation à dresser un tableau exhaustif de l'ensemble des questions que soulève la matière mais vise à développer certaines questions choisies, tant sous l'angle théorique que pratique.

C'est ainsi que, après les avoir définis, nous rappellerons les avantages reconnus à ces modes de résolution des conflits.

Nous tenterons de déterminer les moyens à utiliser afin d'en favoriser le recours.

Enfin, nous aborderons certaines questions spécifiques relatives à la prescription et aux rapports entre les ADR et le droit des contrats.

Afin de colorer cette étude d'une teinte de pragmatisme, nous analyserons ces questions au regard de réponses obtenues à une

(7) Note de la Fédération des entreprises de Belgique du 15 mars 2011 en réponse au document de consultation de la Commission européenne sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne, http://vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/Dossier/Law/20110316_consultation_ADR_final.pdf

enquête à laquelle a participé un panel d'entreprises et de juristes d'entreprises⁽⁸⁾.

II. – DÉFINITIONS DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS (ADR)

Les ADR désignent les techniques et voies extrajudiciaires de règlement des litiges qui visent à trouver une solution à un conflit en dehors des prétoires.

Différentes techniques ont été développées sous ce vocable au titre desquelles se trouvent entre autres l'arbitrage, la médiation et le droit collaboratif.

Par ailleurs, d'autres procédures, moins connues en Belgique, ont également été élaborées et/ou consacrées telles que l'executive mini-trial, le judicial mini-trial ou le summary jury trial.

Compte tenu de la variété des mécanismes alternatifs de règlement des litiges, la présente contribution se limitera à présenter ceux qui sont les plus souvent utilisées en Belgique, à savoir, l'arbitrage, la conciliation et la médiation, la transaction, l'Ombudsman, le droit collaboratif et le mini-trial.

Nous présenterons également les services internes de résolution des litiges.

1. – L'arbitrage

1.1. Définition

L'arbitrage est un mode volontaire de règlement des litiges par lequel deux ou plusieurs parties confient à un tribunal arbitral, composé d'un juge ou de trois juges, le soin de régler le différend qui les oppose.

Sur base des revendications des parties, le tribunal arbitral rend une décision qui s'impose à elles, la sentence arbitrale. Au besoin, cette sentence peut faire l'objet d'une exécution forcée.

Compte tenu du caractère volontaire et conventionnel de l'arbitrage, une triple option s'ouvre aux parties : le choix de

(8) Nous remercions vivement Madame Julie DROUGUET, chargée de communication et relations publiques au sein de l'Institut des Juristes d'Entreprise, et Madame Anne DE WOLF, directeur de l'Institut des Juristes d'Entreprise, pour leur collaboration et le temps consacré à la réussite de ce projet.

recourir à l'arbitrage par préférence à la justice étatique⁽⁹⁾ ou à un autre mode de règlement des conflits ; le choix de désigner les membres du tribunal arbitral ; le choix de la mission de l'arbitre déterminée dans la convention d'arbitrage.

A la différence du juge nommé par l'Etat, l'arbitre est investi de sa mission par les parties au litige et tient ses pouvoirs d'une convention privée sur base de laquelle il statue⁽¹⁰⁾.

Bien que ce soit une forme de justice privée, l'arbitrage n'en est pas moins calqué sur le principe de la procédure judiciaire : un éventuel échange de pièces et de conclusions, un débat contradictoire et une sentence rendue par l'arbitre qui s'impose aux parties.

L'arbitrage se distingue d'autres modes alternatifs de règlement des conflits :

- *la transaction* : la transaction suppose l'existence d'un accord conclu sur base de concessions réciproques. L'arbitrage quant à lui ne suppose pas l'existence de concessions : l'arbitre peut, comme le juge dans le cadre d'une procédure judiciaire ordinaire, donner raison à l'une des parties. Par ailleurs, malgré le caractère volontaire et conventionnel de l'arbitrage, la sentence rendue par l'arbitre est contraignante, les parties ne devant pas adhérer aux décisions qui s'imposent à elles ;
- *la médiation, la conciliation, le droit collaboratif* : à la différence de l'arbitre, ni le médiateur ni le conciliateur ni le tiers intervenant n'a de pouvoir juridictionnel : il ne tranche pas un litige mais tente d'en faciliter le dénouement ;
- *le mini-trial* : à la différence de l'arbitrage, le mini-trial ne vise pas à trancher un litige mais à transiger ou trouver un accord. A la différence des arbitres, les assesseurs désignés et le médiateur ne sont pas des tiers neutres mais représentent chaque partie⁽¹¹⁾.

1.2. Cadre réglementaire

L'arbitrage est consacré par les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 juillet 1972

(9) Dans les limites de l'arbitrabilité des litiges. Sont ainsi exclus de l'arbitrage les matières sur lesquelles il n'est pas permis de transiger (filialité, nationalité, autorité parentale, ...) ou les matières faisant l'objet de compétences exclusives (les matières relatives à l'impôt ou les matières relevant de la faillite ou de la réorganisation judiciaire au vu de l'article 574, 2° du Code judiciaire).

(10) Voy. Ph. de BOURNONVILLE, « Arbitrage », *Rép. Not.*, t. VIII, p. 55.

(11) Voy. *infra* II. 6.

approuvant la Convention européenne du 20 janvier 1966 portant la loi uniforme en matière d'arbitrage⁽¹²⁾.

La loi du 19 mai 1998⁽¹³⁾ a ensuite modifié plusieurs dispositions du Code judiciaire afin d'améliorer l'efficacité de l'arbitrage en tant qu'instrument de règlement des litiges en renforçant son caractère conventionnel⁽¹⁴⁾.

Cette réglementation établit les principes généraux relatifs à l'arbitrage, à la convention d'arbitrage, au tribunal arbitral, à la procédure arbitrale, au prononcé des sentences, leur rectification, interprétation, appel ou annulation, ...

Par ailleurs, les parties à un litige peuvent choisir de recourir à l'arbitrage en s'inscrivant dans le processus établi par une institution telle que le CEPANI⁽¹⁵⁾ ou la Chambre d'arbitrage et de Médiation⁽¹⁶⁾. Elles seront alors tenues de respecter le règlement établi par cette institution.

Enfin, concernant l'arbitrage international, la Belgique a signé différentes conventions qui ont essentiellement trait à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères⁽¹⁷⁾.

2. - La médiation et la conciliation

2.1. Définition

La médiation et la conciliation sont des processus par lesquels des parties en situation de conflit ou qui souhaitent en prévenir la survenance, confient à un tiers, qui reste neutre et indépendant, la mission de les aider à trouver un accord.

Tout comme pour l'arbitrage, la médiation et la conciliation revêtent un caractère volontaire, les parties choisissant elles-mêmes d'y recourir. Cependant, bien plus que pour l'arbitrage, ce caractère volontaire suppose que les parties s'impliquent activement dans le processus et la recherche de solution.

(12) *M.B.*, 8 août 1972, p. 8717.

(13) *M.B.*, 7 août 1998.

(14) *Doc. Parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1374/1, p. 2.

(15) <http://www.cepani.be>

(16) <http://www.arbitrage-mediation.be>

(17) Voy. e. a. : Convention belgo-française du 8 juillet 1899, approuvée par la loi du 31 mars 1900 ; Convention belgo-autrichienne du 26 juin 1959, approuvée par la loi du 10 août 1960 ; Convention de New York du 10 juin 1968 approuvée par la loi du 5 juin 1975.

Le médiateur ou le conciliateur n'a pour mission que de dégager une solution et n'est pas habilité à prendre de décision.

Cependant, à la différence du conciliateur qui peut proposer lui-même des solutions, le médiateur ne se prononce pas et, en principe⁽¹⁸⁾, ne rend pas d'avis quant aux propositions des parties. Il dirige les débats tout en laissant le soin aux parties de parvenir à une solution, le contentieux restant aux mains de celles-ci.

L'idée essentielle de la médiation et de la conciliation est d'éviter toute situation de clivage et de rétablir un dialogue.

Ainsi, à la différence de la justice étatique et de l'arbitrage, la médiation et la conciliation sont davantage des modes de gestion des conflits qu'un mode de règlement des conflits, le but étant de « (...) voir naître une nouvelle approche des litiges entré entreprises, où les coûts, le temps, le style seraient inspirés plus par la vie des affaires que par le souci de la procédure »⁽¹⁹⁾.

2.2. Cadre réglementaire

La conciliation est régie pas les articles 731 à 734 du Code judiciaire.

Elle est un préliminaire rendu obligatoire ou facultatif par de nombreuses dispositions légales et joue en conséquence un rôle non négligeable en matière de règlement des litiges⁽²⁰⁾.

La médiation est, depuis 2005, consacrée par la septième partie du Code judiciaire intitulée « La médiation » (articles 1724 à 1737)⁽²¹⁾⁽²²⁾.

(18) Dans certaines hypothèses on estime que le médiateur peut, comme le conciliateur, faire des recommandations aux parties en vue du règlement du différend. Voy. not. G. KEUTGEN, « Médiation et conciliation en matière économique », *J.T.*, 1999, p. 245.

(19) C. VERBRAEKEN et F. VINCKE, « Les méthodes alternatives de règlement des litiges », *J.T.*, 1996, p. 165.

(20) Voy. e. a. : L'article 59 de la loi sur le crédit hypothécaire du 4 août 1992 : « Toute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique doit, dans le cadre de la présente loi, être précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge de saisies (...) » ; L'article 1344 septies du Code judiciaire : « (...) Sans préjudice des articles 731, alinéa 1^{er}, 732 et 733 du Code judiciaire, le juge tente de concilier les parties (...) » ; l'article 1253 quater du Code judiciaire : « Lorsque les demandes sont fondées sur les articles 214, 215, 216, 221, 223, 1420, 1421, 1426, 1442, 1463 et 1469 du Code civil : a) Le juge fait convoquer les parties et tente de les concilier (...) ».

(21) Insérée par la loi du 21 février 2005, *M.B.*, 22 mars 2005, entrée en vigueur le 30 septembre 2005.

(22) Préalablement à l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2005, la médiation avait déjà reçu une consécration légale lors de l'adoption de la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans une procédure judiciaire, *M.B.*, 3 avril 2001.

Cette réglementation prévoit deux types de médiation :

- la médiation volontaire, dans la cadre de laquelle les parties choisissent de recourir à la médiation et désignent un médiateur (articles 1730 et suivants du Code judiciaire) ;
- la médiation judiciaire, dans le cadre de laquelle le juge saisi d'un litige ordonne une médiation, avec l'accord des parties (articles 1734 et suivants du Code judiciaire).

Outre ces deux types de médiation existe également la médiation « libre » qui se déroule lorsque les parties choisissent de recourir à la médiation en toute liberté, sans l'intervention d'un juge et sans respecter de formalités particulières ou sans signer de protocole de médiation.

Cette réglementation établit en outre les principes généraux de la médiation, fixe les règles relatives aux clauses de médiation, à l'agrément des médiateurs, à la commission générale de médiation et aux principes régissant la médiation volontaire et la médiation judiciaire.

Le législateur européen a, quant à lui, adopté la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontaliers⁽²³⁾.

Par ailleurs, les médiateurs agréés doivent respecter le Code de bonne conduite établi par la Commission générale⁽²⁴⁾ ainsi que les éventuelles règles déontologiques qui leur sont applicables⁽²⁵⁾.

Enfin, signalons que, comme pour l'arbitrage, les parties peuvent recourir à la médiation suivant le règlement d'une institution (CEPANI, B-Mediation⁽²⁶⁾, Chambre d'arbitrage et de Médiation), en telle sorte que le médiateur et les parties seront tenus par les dispositions de ce règlement.

3. - La transaction

La transaction est *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître*⁽²⁷⁾.

(23) J.O.U.E., L 136.

(24) Instituée sur base de l'article 1727 du Code judiciaire.

(25) Voy. pour les avocats le règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation.

(26) <http://www.bmediation.eu/>

(27) Art. 2044 du C. civ.

Il s'agit d'un contrat synallagmatique, à titre onéreux, par lequel les parties, placées dans une situation contentieuse, terminent ou préviennent par des concessions réciproques un litige né ou à naître⁽²⁸⁾.

La transaction se présente davantage comme le résultat d'une intervention non-contraignante d'un tiers, ou d'une conciliation, que comme un mode autonome de règlement des litiges⁽²⁹⁾.

4. - L'ombudsman

4.1. Définition

L'Ombudsman est un terme suédois qui désigne une personne de confiance qui est la porte-parole d'un groupement. Ce terme n'est pas traduit de manière uniforme dans la langue française. On le désigne aussi sous le nom d'arbitre, de médiateur, de conciliateur. Or, la compétence de ces trois voies alternatives de règlement des conflits aux tribunaux est différente. La portée de la compétence de l'Ombudsman est spécifique.

L'Ombudsman n'est pas un **arbitre**. En effet, l'arbitre est désigné par les parties pour un litige précis. Il va trancher et sa solution a force contraignante. En cas de contestation de la décision, le dossier pourra être traité par les tribunaux qui seront saisis du litige en degré d'appel dans l'hypothèse où les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage⁽³⁰⁾.

L'Ombudsman a quant à lui une mission étendue dans le temps. C'est une instance reconnue par les acteurs d'un secteur d'activités qui peut être saisie à tout moment par une personne privée (consommateur, client, victime, ayant-droit) ou morale afin d'intervenir pour apporter une solution équitable à un litige qui découle de l'exécution d'un contrat existant ou du respect des

(28) J. DE GRAVE, « Les contrats spéciaux - Examen de jurisprudence (1976-1980) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 428 et s.

(29) A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, « Les modes de pacification extra-judiciaires, heurs et malheurs », *Les règlements judiciaires et extra-judiciaires des conflits commerciaux*, 46^e séminaire C.D.V.A., 18 et 19 sept. 1997, Coll. Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, pp. 39 et s., cité par Ph. de BOURNONVILLE, « Arbitrage », *Rép. Not.*, t. VIII, p. 67.

(30) Voy. art. 1703 C. jud. : « Il ne peut être interjeté appel contre une sentence arbitrale que si les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage. Sauf stipulation contraire, le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la signification de la sentence. » ; voy. également art. 1704 C. jud. concernant les possibilités d'annulation de la sentence devant le Tribunal de première instance.

codes de bonne conduite établis par le secteur. L'Ombudsman formule une solution qui a une autorité morale. L'Ombudsman peut également avoir une mission dans le cadre de service public. Ainsi, des Ombudsmans sont désignés pour répondre aux griefs du citoyen à l'encontre d'administrations (Ombudsman fédéral, Ombudsman des pensions, Ombudsman de la Région Wallonne, Vlaamse Ombudsman...) ⁽³¹⁾. Cependant, le plaignant insatisfait garde l'accès aux tribunaux avec le maintien du double degré de juridiction. Dans certains cas exceptionnels, l'Ombudsman peut être désigné de commun accord par les parties comme arbitre.

L'Ombudsman n'est pas non plus un médiateur au sens de la loi du 21 février 2005 ⁽³²⁾. En effet, le médiateur est désigné dans une convention par les parties à la cause. Le médiateur met les parties en présence et par un jeu de questions, il les amène à retrouver le dialogue et à dégager entre elles une solution qui pourra être la leur.

Par sa mission, l'Ombudsman est chargé d'examiner les plaintes et de proposer une solution. Il doit intervenir pour faciliter la résolution amiable de litiges qui font l'objet d'une plainte ⁽³³⁾. Il a donc un rôle actif. Il mène une enquête, rassemble des informations et les examine au regard du droit, des dispositions du contrat, de la doctrine et de la jurisprudence. Sur cette base, il formule un avis qui donne raison à l'une ou l'autre partie ou qui peut être, dans des cas susceptibles d'interprétations variées notamment au regard de la jurisprudence, une solution de compromis qu'il suggère aux parties qui l'ont interrogées. Il appartient aux parties d'y adhérer. Elles peuvent également de commun accord l'aménager, et même peut-être le rejeter.

Mais la mission de l'Ombudsman est plus large. En effet, l'Ombudsman est le garant du respect des codes de conduite des acteurs du secteur ⁽³⁴⁾. Ce volet est important, car ces codes traduisent les engagements que les acteurs ont pris mais leur non-

(31) Voir <http://www.ombudsman.be>

(32) Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005, entrée en vigueur le 30 septembre 2005.

(33) A.R. du 21 juin 2006 modifiant le traitement des plaintes dans le secteur des assurances, défini dans l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances et dans l'arrêté royal du 25 mars 1996 portant exécution de la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances, *M.B.*, 4 juillet 2006, art. 2, §2 1° et 2°.

(34) Voy. A.R. 21 juin 2006, art. 2, §2 3°.

respect n'est pas assorti de sanctions spécifiques. Cette compétence de l'Ombudsman renforce les mesures d'autorégulation prises par les acteurs d'un secteur d'activités qui, en l'absence de sanctions, ne pourraient être qu'un recueil de bonnes intentions.

La portée de la mission de l'Ombudsman est encore plus large puisqu'il n'intervient pas uniquement lorsque le litige est né. Il joue un rôle de prévention dans la survenance de litiges. Ainsi, sur base des plaintes répétitives, il formule des recommandations à l'attention des acteurs du secteur. Ces recommandations identifient des manquements, des lacunes, des erreurs, des inadéquations dans les usages et les textes légaux. Elles proposent une solution. Elles sont également des invitations aux pouvoirs publics de prendre des mesures adéquates pour éviter des litiges futurs. A l'égard des consommateurs, elles sont des mises en garde non contraignantes.

Dans le cadre de ce rôle de prévention, l'Ombudsman est aussi interrogé par les consommateurs qui cherchent à objectiver des informations qu'ils ont recueillies. Ces demandes, il les traite dans le respect du rôle des services et des responsables de l'Administration, des acteurs du secteur (intermédiaires financiers ou agent d'assurances, assureur Protection Juridique, administration...) et des conseillers indépendants (avocats, experts financiers...). En tout état de cause, l'Ombudsman ne répond à des demandes d'information qu'à la condition que formulées d'une manière différente, elles deviendraient des réclamations. Ainsi par exemple dans le règlement d'un sinistre d'assurance RC vie privé, il répond à la question de savoir si l'assureur peut déduire une franchise de l'indemnité qu'il verse en réparation du dommage. En effet, cette demande peut être transposée sous la forme d'une plainte introduite à l'encontre de l'assureur RC Vie privée qui déduit une franchise de l'indemnité versée.

A la différence de l'arbitrage et de la médiation, l'intervention de l'Ombudsman est gratuite pour le plaignant.

Enfin, l'arbitre et le médiateur qui sont chargés d'un dossier agissent généralement seuls. L'Ombudsman est désigné pour un ensemble de doléances, de litiges « potentiels ». Il exerce sa mission quotidienne assisté d'une équipe de collaborateurs. Ces collaborateurs instruisent et analysent les dossiers. Ils formulent un projet d'avis qu'ils soumettent à l'Ombudsman pour qu'il le valide. L'Ombudsman le ratifie mais il peut également l'amender voir

même le rejeter. L'agrément de l'Ombudsman est important pour garantir le traitement identique de tous les plaignants plus particulièrement dans les cas où ils n'obtiennent pas gain de cause.

4.2. Fonctionnement

Le fonctionnement de l'Ombudsman dépend de la réglementation ou des statuts qui sous-tendent sa création. L'objectif est de créer une structure indépendante et pour les Ombudsmans du secteur privé d'y prévoir une représentation des consommateurs. A titre d'exemple, nous citons le service de Médiation en Assurances.

La législation impose que l'Ombudsman et son équipe exercent leur activité sous la forme d'une personne morale distincte⁽³⁵⁾. Dans la structure indépendante, les consommateurs sont représentés. Ils ont ainsi deux représentants dans la gestion journalière au sein de l'organe de gestion dénommé « conseil de surveillance ». Ce conseil a pour mission de veiller à l'indépendance et l'impartialité de l'Ombudsman ainsi qu'au bon fonctionnement de son service.

La gestion financière appartient au conseil d'administration⁽³⁶⁾.

L'accès pour le plaignant est aisé. Il suffit d'un écrit formulant brièvement le grief. Les moyens de communication modernes mettent à sa disposition des formulaires de réclamation en ligne. Le grief doit concerner en principe l'exécution d'un contrat existant. L'intervention de l'Ombudsman est gratuite et rapide. De nombreux différends sont réglés dans le mois de la saisine.

L'Ombudsman travaille en réseau. Il participe à la Concertation Permanente des Ombudsmans et Médiateurs (CPMO) en Belgique. Ce groupement rassemble l'ensemble des Ombudsmans des différents secteurs⁽³⁷⁾. Sur base d'un protocole d'accord, si un des Ombudsmans reçoit une doléance de la compétence d'un de ses collègues Ombudsman, il lui transmet le dossier pour suivi.

De même, au niveau européen, lorsque l'Ombudsman est saisi d'une plainte transfrontalière, il transmet le dossier à son homologue compétent dans le pays concerné pour qu'il enquête et émette un avis motivé. En effet, les Ombudsmans du réseau financier ont adhéré à un réseau européen dénommé FIN-NET⁽³⁸⁾.

(35) Voy. A.R. 21 juin 2006, art. 2, §1.

(36) Pour de plus amples informations à ce sujet, voy. www.ombudsman.as

(37) Voy. www.ombudsman.be

(38) Voy. http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_en.htm

5. – Le droit collaboratif

Le droit collaboratif est un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation.

Essentiellement utilisé pour la résolution de conflits familiaux, le droit collaboratif présente plusieurs particularités liées tant à la mission spécifique confiée à l'avocat collaboratif, qui doit trouver un terrain d'entente entre les parties, qu'à la participation active des parties qui doivent exprimer leurs intérêts et points de vue sur tous les points abordés durant la négociation.

Un des piliers du droit collaboratif est la confidentialité des négociations.

Cette confidentialité vise à inciter les parties à rechercher un accord et a pour corollaire l'obligation pour les avocats collaboratifs de se déporter en cas d'échec des négociations et d'introduction d'une procédure contentieuse ultérieure.

Compte tenu de l'intérêt que représente le droit collaboratif, l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles a récemment élaboré un protocole de négociation visant à permettre aux parties à un litige et à leurs avocats de résoudre le conflit par la négociation.

En signant le protocole, les parties s'engagent à « *s'écouter mutuellement, à tenter de comprendre les intérêts, les motivations et les besoins de l'autre partie et à rechercher des solutions transactionnelles qui rencontrent ceux-ci* »⁽³⁹⁾.

Les parties s'engagent également à collaborer de manière loyale, à suspendre les procédures en cours et à communiquer les documents.

Enfin, tout en imposant aux parties une obligation de confidentialité - les parties s'engagent à ne pas dévoiler des informations qui auront été divulguées au cours du processus de négociation - ce protocole n'impose pas une obligation de retrait des avocats en cas d'échec du processus.

En France, le législateur a récemment mis en place la « *convention de procédure participative* »⁽⁴⁰⁾ qui est « *une conven-*

(39) Art. 1 du Protocole de négociation, <http://www.barreaudebruxelles.be>

(40) Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, *J.O.*, 23 déc. 2010, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011, art. 37 insérant un nouveau titre XVII au sein du Code civil français (art. 2062 et s. du C. civ.).

tion par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend »⁽⁴¹⁾.

Cette nouvelle procédure de résolution des conflits, consacrée dans un nouveau titre du Code civil français, a vocation à s'appliquer à tous les domaines du droit, à l'exception du droit du travail.

Cette procédure consacre la place de l'avocat dans les modes alternatifs de règlement des conflits en confiant à celui-ci le monopole d'assister les parties dans cette procédure. A la différence du droit collaboratif, aucune obligation de retrait n'est imposée à l'avocat en cas d'échec du processus et, étonnamment, aucune obligation de confidentialité n'a été prescrite par le législateur.

6. – Le mini-trial

6.1. Définition

Le mini-trial est un processus qui vise à rechercher une solution à un litige entre entreprises et qui présente la caractéristique d'associer les responsables des entreprises en conflit à la recherche de cette solution.

Chaque partie désigne un responsable qui a le pouvoir de négocier et transiger. Une troisième personne neutre est également désignée avec pour mission d'amener les parties à souscrire un accord mettant fin au litige.

La procédure de mini-trial comprend généralement deux phases : une phase d'information au cours de laquelle chaque partie présente brièvement ses griefs ; s'en suit alors une seconde phase de concertation/négociation au cours de laquelle le médiateur négocie soit avec les deux représentants soit avec chacun d'eux séparément en vue d'aboutir à une solution transactionnelle.

6.2. Cadre réglementaire

Le mini-trial ne fait l'objet d'aucune réglementation étatique.

(41) Nouvel art. 2062 du C. civ. Fr.

Le Centre belge de l'arbitrage et de la médiation (CEPANI) a consacré dans son règlement une section relative au mini-trial⁽⁴²⁾.

Cette section décrit les règles applicables à l'introduction de la procédure, au comité dans lequel siègeront les représentants et le médiateur, ainsi que la procédure de mini-trial, l'accord et la fin du mini-trial⁽⁴³⁾.

7. – Les services internes de résolution des litiges

Bien qu'ils ne soient pas à proprement parler des modes alternatifs de règlement des conflits, les services internes de résolution des litiges jouent un rôle prépondérant dans la gestion et le règlement des litiges entre les consommateurs et les entreprises, qu'elles soient privées ou publiques.

En effet, comme le souligne une note de la Fédération des entreprises de Belgique, la très vaste majorité des litiges de consommation sont réglés directement entre l'entreprise et ses clients par les services de réclamations⁽⁴⁴⁾.

Ces services permettent de solutionner un litige ou de parvenir à un accord sans devoir introduire de procédure devant les juridictions étatiques.

A cet égard, la Belgique, ses administrations et ses entreprises disposent d'un ensemble de services de médiation ou d'instances auxquels peuvent s'adresser les consommateurs⁽⁴⁵⁾.

Pour les litiges résiduels qui n'auraient pas été réglés par les services internes, il ne sera pas nécessaire d'introduire systématiquement une procédure devant le juge. En effet, les modes de résolution extrajudiciaires offrent des solutions en vue de régler les conflits lorsque le service clientèle ou de réclamations n'est pas parvenu à apporter une solution au consommateur.

*

(42) Section III du Règlement CEPANI en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2005, <http://www.cepani.be/FR/Default.aspx?PID=751>

(43) Nous renvoyons le lecteur à ce règlement pour le surplus.

(44) Note de la Fédération des entreprises de Belgique du 15 mars 2011 en réponse au document de consultation de la Commission européenne sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne, http://vbo-feb.be/media/uploads/public/_custom/Dossier/Law/20110316_consultation_ADR_final.pdf

(45) Voy. http://www.ecbelgium.be/20100531/alternative-dispute-resolution-in-belgium-Attach_s_58921.pdf; Travel Disputes Commission, Legibel G.I.E.-E.S.V., Construction Reconciliation Commission,...

III. – AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS LIÉS AU RECOURS AUX ADR

1. – Les avantages du recours aux ADR

1.1. Considérations introductives

Les parties engagées dans des relations commerciales perçoivent fréquemment leur différend comme un incident de parcours qu'il y a lieu de surmonter rapidement afin de ne pas entraver la bonne exécution des conventions ou les relations pour l'avenir⁽⁴⁶⁾.

Les modes non judiciaires de règlement des conflits, en ce qu'ils sont pour la plupart étrangers à l'idée de clivage, évoquent l'idée de dialogue et de paix et favorisent l'émergence d'une solution négociée ou d'une transaction⁽⁴⁷⁾.

En les comparant à la justice étatique, les modes alternatifs de règlement des conflits offrent, tant pour l'entreprise que les consommateurs, un nombre important d'avantages liés tant à l'esprit dans lequel les parties y recourent qu'au mode de fonctionnement de ces mécanismes.

1.2. Les avantages pour l'entreprise

1.2.1. Un client mécontent fait du bruit... Un client satisfait est en général plus silencieux. Lorsqu'on se base sur des enquêtes de satisfaction, on constate qu'elles montrent qu'un client content en informe trois autres consommateurs. Par contre, le client insatisfait en parlera à onze autres qui le répètent à cinq autres et ainsi soixante-sept clients sont sensibilisés.

L'entreprise a tout intérêt à lui donner la possibilité d'exprimer son insatisfaction en son sein. L'accueil organisé des réclamations permet à l'entreprise commerciale non seulement de renouer avec son client mais aussi de récolter des informations utiles.

L'attention que portera l'entreprise au client déçu lui permet de recevoir des signaux. En effet, elle pourra recevoir des informations sur des éventuels dysfonctionnements de ses services, sur des imperfections voire des défauts dans ses produits, des erreurs

(46) G. KEUTGEN, « Conclusions générales », *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 151 et s. cité par Ph. de BOURNONVILLE, « Arbitrage », *Rép. Not.*, t. VIII, p. 78.

(47) Voy. au sujet de l'arbitrage : Ph. de BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 78.

ou des inaptitudes de certains de ses collaborateurs, et plus largement sur les attentes de ses clients. Mais, pour pouvoir être utilisées, les informations récoltées doivent être enregistrées. Leur analyse permet de définir des lignes de conduite, des actions de redressement.

Par ailleurs, à l'occasion du traitement d'une réclamation, l'entreprise a un contact avec son client. La majorité des consommateurs insatisfaits tournent le dos. Quand un consommateur exprime son mécontentement, c'est le signe qu'il ne veut pas rompre sa relation avec la société. Grâce au contact que le client provoque ainsi, l'entreprise a l'occasion de renouer et de renforcer la relation qui l'unit à lui. Des études témoignent de ce que, dans un conflit avec un client, les sociétés qui le résolvent renforcent la confiance et la fidélité du client. Il est rassuré pour le futur, car s'il rencontrait plus tard des difficultés, il sait qu'il pourra être entendu.

Que ce soit par le biais des services internes de réclamation ou d'une autre procédure alternative, le dialogue avec le client est préservé, ce qui est de nature à instaurer un climat de confiance propice au rapprochement des parties et à l'aboutissement d'une transaction⁽⁴⁸⁾.

Une entreprise commerciale cherche toujours à optimiser ses profits. Elle dispose à cet effet de différentes voies. Elle peut grandir en produisant plus, en prenant des parts de marché mais elle peut également augmenter ses bénéfices en réduisant ses coûts. Or, l'acquisition de nouveaux clients présente un coût. Il est donc préférable de garder ses clients et de les fidéliser. L'accueil des clients mécontents et le traitement de leur réclamation est une arme de fidélisation.

La gestion des clients insatisfaits fait partie intégrante de la culture de l'entreprise. Le client qui exprime sa déception ne doit pas être considéré comme dérangeant. Le client qui manifeste son insatisfaction offre au contraire une opportunité à l'entreprise.

Le client est roi. L'approche d'un client mécontent se réalise ainsi à différents niveaux. C'est la direction à partir du plus haut niveau qui doit donner le ton. D'abord par les membres du personnel qui font partie des services opérationnels et qui sont char-

(48) G. HORSMANS, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, XVIII. cité par Ph. de BOURNONVILLE, « Arbitrage », *Rép. Not.*, t. VIII, p. 78.

gés du contact quotidien. Ensuite, l'entreprise peut décider en son sein de confier l'accueil des clients mécontents à une structure centralisée de type « service clientèle », « service de réclamations »... L'accueil doit être de qualité. L'écoute attentive est importante. Il faut laisser le client s'exprimer. Mais cette écoute doit être assertive, c'est-à-dire qu'il faut reformuler, résumer son problème. Une telle approche permet d'être certain d'avoir bien cerné le motif de son insatisfaction.

Une gestion bien organisée de l'accueil des réclamations permet également de réduire les coûts de gestion. Grâce à l'intervention d'un service spécialisé et indépendant de la gestion journalière, les équipes dans les structures opérationnelles évitent des entretiens et discussions vaines. Il y a un gain de temps et donc de productivité. Le recours à une autre instance, une autre personne permet également d'évacuer le côté émotionnel du conflit et d'y jeter un regard neuf et objectif. Une gestion productive des réclamations exige un suivi aux mesures de leur traitement, un délai strict de réponse ainsi qu'un relevé des motifs d'insatisfaction. Ainsi, lorsque la réclamation est formulée dans un écrit, il faut absolument à bref délai en confirmer la réception. Il faut tout mettre en œuvre pour qu'il n'y ait pas une deuxième plainte qui trouverait son origine dans l'absence de réaction.

D'autre part, la recherche de la satisfaction d'un client passe par le choix d'un service de qualité. Dans un marché compétitif saturé, la qualité des prestations est un atout qui permet de différencier l'entreprise de ses concurrents. En effet, comment attirer et fidéliser des clients lorsque de nombreuses autres entreprises vendent le même produit. Les études de marché montrent de manière répétitive qu'il est plus difficile de conserver un client que d'en acquérir de nouveaux. En vue de fidéliser la clientèle, l'accueil des clients insatisfaits et l'efficacité du traitement de leurs doléances est primordial. Une gestion constructive des plaintes permet de transformer l'image négative que le client a de l'entreprise.

Bien que la satisfaction soit difficile à mesurer surtout dans des entreprises qui vendent du service, il existe des « normes objectives pour évaluer la qualité d'un service » (les normes ISO). Leur application nécessite cependant un investissement de la Direction Générale. Cette dernière doit décliner et soutenir les mesures à

prendre pour la réalisation des objectifs fixés et mettre à la disposition des équipes les moyens nécessaires pour les réaliser.

A cet égard, il est important de souligner que les responsables du traitement de réclamations doivent être investis de pouvoirs adéquats à l'égard notamment des services opérationnels pour que les engagements qu'ils prennent soient respectés, comme par exemple le délai dans lequel une réponse sera donnée.

Si, au sein de l'entreprise, aucune solution au différend ne peut être trouvée, le consommateur se tournera en principe vers les tribunaux. La procédure est longue et coûteuse et dans une certaine mesure, le résultat aléatoire. Un juge va trancher et il donnera raison ou tort. Il y aura en tout état de cause une partie perdante et une partie gagnante. C'est pourquoi les modes alternatifs de règlement des conflits doivent, dans une relation commerciale, être mis en avant. Par ces moyens de règlement, les parties en litige sortent toutes les deux gagnantes. Ces voies permettent de trouver des solutions de compromis.

1.2.2. En outre, contrairement aux procédures mues devant les juridictions étatiques, les modes alternatifs de règlement des conflits permettent une plus grande discrétion.

Cette discrétion et la confidentialité des procédures est également de nature à sauvegarder les relations entre les différentes parties et à ne pas exacerber les clivages.

Ainsi, dans l'arbitrage, les arbitres sont tenus à une discrétion absolue, les parties sont entendues à huis clos et la sentence arbitrale n'est en principe publiée qu'avec l'accord des parties.

En matière de médiation, l'article 1728 § 1^{er} du Code judiciaire prévoit que « *Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation.* »

Il s'agit en conséquence de tout ce qui est produit ou se produit dans le cadre de la procédure ainsi que les propos qui sont échangés et les propositions qui sont formulées⁽⁴⁹⁾.

Le même souci de discrétion se retrouve également dans les procédures de droit collaboratif et de mini-trial ainsi qu'au sein des services de l'Ombudsman⁽⁵⁰⁾.

Cette confidentialité est de nature à permettre la réussite de la procédure, faute de quoi les parties seraient moins enclines à faire certaines propositions ou révélations, craignant que celles-ci puissent être utilisées dans le cadre d'une procédure judiciaire subséquente.

La confidentialité, couplée à la discrétion des procédures et le climat de confiance qui y règne, permet de sauvegarder l'avenir des relations entre parties.

1.2.3. On peut également mentionner la flexibilité des procédures et le libre choix des tiers spécialisés qui interviennent.

Les parties peuvent en effet choisir l'arbitre, le médiateur, le conciliateur et l'Ombudsman en fonction de la nature du contrat et/ou du litige ce qui constitue un avantage non négligeable lorsqu'il s'agit de matières spécifiques et complexes.

La flexibilité a, quant à elle, une importance considérable compte tenu de ce que les parties ne sont pas enfermées dans le carcan d'une procédure judiciaire. Dans les contrats internationaux plus spécifiquement, la flexibilité est essentielle. Outre le choix du tiers qui interviendra, les parties peuvent choisir le droit applicable, la langue ou le lieu de la procédure, ce qu'elles ne pourraient pas faire devant un tribunal.

A la différence des procédures judiciaires, les parties gardent la maîtrise du règlement de leur différend alors que devant les tribunaux le litige est aux mains d'avocats, d'experts et de juges.

1.2.4. Enfin, outre ces différents avantages, la rapidité des procédures⁽⁵¹⁾ ainsi que, dans la plupart des cas, son coût modéré, voire gratuit, doivent être mis en avant.

(49) Notons cependant que la confidentialité ne s'étend pas nécessairement aux documents qui ont été échangés dans le cadre de la médiation lorsque les parties détenaient déjà ces pièces auparavant ou lorsqu'elles auraient eu la possibilité de les obtenir par ailleurs, et ce afin de ne pas compromettre le droit des parties de produire ces documents dans le cadre d'une procédure judiciaire.

(50) Voir pour l'Ombudsman des assurances, la charte de l'Ombudsman, <http://www.ombudsman.as/fr/service/charte.asp>

(51) Selon le CEFANI, une procédure d'arbitrage auprès de cet organisme durerait en moyenne de 8 mois à 2 ans, voy. <http://www.cepani.be/FR/Default.aspx?PId=750>.

1.3. Les avantages pour les consommateurs

Les avantages que représentent les ADR pour les entreprises peuvent être transposés aux consommateurs : dialogue, flexibilité, gain de temps, d'énergie et d'argent, ...

Outre ces avantages, il importe de rappeler le rôle joué par l'Ombudsman.

En effet, il existe au sein de certains secteurs d'activités (Assurances, Banques, Intérims) une structure permanente à laquelle le consommateur peut s'adresser à tout moment lorsqu'il veut formuler son mécontentement et trouver une solution à une situation litigieuse. C'est l'Ombudsman.

L'accès est facile. La procédure est simple. Un écrit précisant les références du dossier et mentionnant succinctement le motif d'insatisfaction suffit. La procédure est gratuite. Le traitement est rapide. Le plaignant garde l'accès à la justice et à tous ses degrés de juridiction. Si l'Ombudsman est incompétent, il le mettra en contact avec l'organisme qui peut l'appuyer dans des démarches tant en Belgique qu'au niveau européen (FIN-NET).

2. - Les inconvénients du recours aux ADR

A côté des avantages qu'ils offrent, les modes alternatifs peuvent présenter certains inconvénients.

Les ADR sont, par nature, volontaires et consensuels⁽⁵²⁾. Le succès de ces procédures est donc largement tributaire de la bonne volonté des parties. Le temps et le coût de certaines procédures peuvent ainsi varier de façon significative en fonction du degré de collaboration des parties, par suite d'un processus mal défini ou en raison du manque d'expérience des parties.

En outre, contrairement à la voie judiciaire, où une décision tranche définitivement le différend qui oppose les parties, la plupart des procédures menées dans le cadre des ADR n'imposent pas de solution aux parties. Il est donc possible qu'aucune solution ne puisse être envisagée au terme d'une procédure alternative de règlement de conflits.

(52) Voy. *infra*, IV, 2.1.

Par ailleurs, les ADR peuvent ne pas convenir à certains conflits. Il importe en conséquence de ne pas en faire usage en toutes circonstances.

Enfin, les ADR étant, par définition, des procédures se déroulant en dehors des tribunaux étatiques, les garanties du procès équitable visées à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas applicables⁽⁵³⁾.

IV. - QUESTIONS CHOISIES

1. - Les ADR, leur promotion et leur développement

Les avantages des modes alternatifs de règlement des conflits sont nombreux, tant dans le cadre des rapports entre particuliers que dans les relations commerciales. Il convient d'en assurer la promotion auprès du grand public en général, et des partenaires commerciaux en particulier. Ce devoir d'information appartient à tous les acteurs de justice, aux entreprises, aux fédérations et groupements divers.

Quels sont les moyens mis en œuvre pour informer les citoyens, les consommateurs et les entreprises de leur existence et des possibilités de recours qui sont offertes ?

Dans les lignes qui suivent, nous ferons la synthèse de ces moyens, en envisageant successivement les émetteurs, les récepteurs et les canaux de communication les plus répandus. Sur la base de ces constats, nous dresserons un bilan général des mesures de promotion des ADR. Nous émettrons, enfin, quelques propositions visant à inciter le recours effectif à ces modes alternatifs de règlement de conflits.

D'une manière générale, les acteurs du secteur (services de médiation, Ombudsmans, ...) sont conscients de l'importance de faire connaître, tant à leur public cible qu'aux services à l'égard desquels ils sont compétents, leur existence, leur fonctionnement et les avantages qu'ils présentent sur les modes traditionnels de règlement des conflits. Ce constat se vérifie, *a fortiori*, lorsqu'il

(53) Certains auteurs estiment que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme devrait s'appliquer par extension aux ADR. Voy. M. DELMAS-MARTY, « Introduction », *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998

s'agit d'un service de médiation institutionnelle. La plupart des acteurs investissent d'initiative dans la promotion de leurs services auprès des consommateurs et des entreprises.

1.1. Emetteurs

La publicité émane, en priorité, des services de médiation, d'arbitrage, des Ombudsmans, ...⁽⁵⁴⁾

Les moyens de communication mis en œuvre par le groupe-ment dont ils font partie⁽⁵⁵⁾, par les services à l'égard desquels ils sont compétents, par des services publics, ou par des associations de consommateurs sont également très utilisés.

Un certain nombre d'acteurs économiques se voient par ailleurs imposer, souvent dès la conclusion du contrat qui les lie au consommateur, une obligation d'information portant sur les modalités de règlement (y compris amiable) des conflits. Cette obligation trouve son fondement dans des sources d'origines diverses, telles que la loi⁽⁵⁶⁾ ou le règlement⁽⁵⁷⁾, un code de bonne conduite ou un protocole d'accord⁽⁵⁸⁾.

Enfin, les acteurs de justice ont également un devoir d'information à l'égard des justiciables. A cet égard, les avocats doivent jouer un rôle considérable afin de conseiller à leurs clients de

(54) Voy. également la mission de promotion de bmediation, <http://www.bmediation.eu/index.php/fr/a-propos-de/mission>.

(55) Voy. par exemple, la Concertation Permanente des Médiateurs et Ombudsmans (CPMO).

(56) Voy. not. les articles 108 et 136 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (*M.B.*, 20 juin 2005), qui imposent cette obligation d'information aux opérateurs et aux prestataires de services en matière de télécommunications ; voy. également la loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (*M.B.*, 15 juin 2011), qui impose notamment aux prestataires de services postaux l'obligation d'informer les utilisateurs, sur leur site internet et sur tous les contrats commerciaux, de la possibilité de recours auprès du service de médiation pour le secteur postal. Les membres du personnel doivent également être informés de l'existence du service de médiation ; en matière d'assurance, voy. ég. l'art. 15, §1, a), 3° de l'A.R. du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances (*M.B.*, 11 avril 1991), qui impose à l'assureur, pour le groupe d'activités non-vie, d'indiquer au preneur d'assurance, avant la conclusion du contrat, que « toute plainte au sujet du contrat peut être adressée au service ombudsman assurances, avec mention de son adresse, sans préjudice de la possibilité pour le preneur d'assurance d'intenter une action en justice » ; une obligation similaire s'impose à l'intermédiaire d'assurances, en application de l'article 12bis, §1, 5° de la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en en réassurances et à la distribution d'assurances, *M.B.*, 14 juin 1995.

recourir, lorsque les circonstances le permettent, à un mode alternatif de règlement des conflits.

Le barreau a également un devoir d'information et de promotion.

C'est ainsi que, conscients de l'intérêt que représentent les ADR, les deux Ordres des avocats du barreau de Bruxelles et la Chambre du Commerce et de l'Industrie de Bruxelles ont, dès 1998, pris l'initiative de mettre en place l'A.S.B.L. Brussels Business Mediation Center (devenue en septembre 2011 bMediation) qui a pour but la promotion, l'utilisation et le développement de méthodes non judiciaires de résolution de différends entre entreprises ou personnes⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾. Alors que l'objectif initial était essentiellement la formation de médiateurs, bMediation gère à présent des procédures de médiation⁽⁶¹⁾.

De la même manière, les deux Ordres des avocats du barreau de Bruxelles et le CEPANI sont également à l'origine d'un projet nommé « *Bruxelles capitale de l'arbitrage* » visant à promouvoir Bruxelles comme capitale européenne de l'arbitrage.

Finalement, les juges doivent aussi jouer un rôle de promotion des ADR en suggérant aux parties à un litige de se concilier ou d'éventuellement recourir à un mode alternatif de règlement des conflits⁽⁶²⁾.

(57) Voy. not. le décret wallon du 22 décembre 1994 portant création de l'institution de médiateur de la Région wallonne (*M.B.*, 19 janvier 1995), qui impose que « *Tous les documents quelconques émanant des autorités administratives de la Région wallonne, à destination de l'information du public, mentionnent l'existence des services du Médiateur* », abrogé et remplacé par l'Accord de coopération conclu le 3 février 2011 entre la Communauté française et la Région wallonne portant création d'un service de médiation commun à la Communauté française et à la Région wallonne (*M.B.*, 19 septembre 2011).

(58) Voy. not. le protocole d'accord conclu entre le service de médiation pour les télécommunications et les différents opérateurs, qui impose aux opérateurs de mentionner, dans leurs conditions générales, la possibilité d'introduire une plainte auprès du service de médiation, en précisant les coordonnées de ce dernier.

(59) Voy. l'acte constitutif de l'A.S.B.L. BRUSSELS BUSINESS MEDIATION CENTER, http://www.comind.be/bbmc/shared/documents/statuts_1.pdf

(60) Depuis septembre 2011, l'Institut des Juristes d'Entreprises a rejoint la Chambre de Commerce et de l'Industrie de Bruxelles et les deux Ordres des avocats comme membre fondateur de bMediation.

(61) Voy. <http://www.bmediation.eu/index.php>.

(62) Voy. *infra*.

1.2. Récepteurs

La plupart du temps, le message promotionnel s'adresse directement au grand public, en leurs qualités de citoyens, de consommateurs ou de justiciables.

Il s'adresse également aux avocats ou aux juristes d'entreprises qui sont en première ligne lors de la survenance d'un conflit.

Il n'est cependant pas rare que les renseignements soient également destinés à un intermédiaire, chargé de les relayer auprès du public cible. Le monde politique⁽⁶³⁾ et associatif⁽⁶⁴⁾, de même que le barreau sont ainsi invités à assurer la promotion de divers ADR.

1.3. Canaux

1.3.1. Internet

L'internet est le moyen de communication privilégié pour assurer la promotion des ADR. Toutes ses potentialités sont exploitées, du site Web aux réseaux sociaux. En plus d'une page web individualisée, les centres de médiation, d'arbitrage ou les Ombudsmans sont aussi tous présents, via des liens, sur les sites web de groupements, de services publics ou d'associations de consommateurs divers.

1.3.2. Publications

Le rapport annuel d'activités, aujourd'hui disponible en ligne, constitue une source d'informations et une vitrine de services non négligeable.

Le dépliant demeure également un canal de communication très usité. Conçus et/ou distribués par les services de médiation ou d'arbitrage, par les Ombudsmans ou par les groupements dont ils font partie, ces dépliants sont disposés sur des présentoirs dans des lieux publics (magasins, centres administratifs, bureaux de police, cabinets médicaux, ambassades, consulats belges à l'étranger, établissements pénitentiaires...). Ces dépliants explicatifs peuvent aussi être joints en annexe à un courrier adressé à un plaignant. Ces documents sont aussi remis à l'occasion de cam-

(63) Par exemple par la présentation du rapport annuel au conseil communal ou aux Chambres législatives, aux Ministres compétents ainsi qu'à la Banque nationale.

(64) Selon les compétences du service de médiation considéré, il peut s'agir des services sociaux des villes et communes, les CPAS, les maisons de justice, les mutualités, les maisons de repos,...

campagnes d'information menées régulièrement, lors d'actions de promotion plus ponctuelles ou à la suite de débats, de conférences ou d'exposés organisés sous l'égide d'un ou de plusieurs services de médiation.

1.3.3. Clauses

Un certain nombre de renseignements sur les services de médiation figurent également, sous forme de clauses informatives, dans la correspondance échangée entre les acteurs privés ou publics qui entrent dans la sphère de compétence du service concerné et le citoyen, le consommateur ou l'entreprise, ainsi que dans certains documents administratifs⁽⁶⁵⁾.

Les conditions générales (de vente ou d'assurance par exemple) et les factures peuvent aussi constituer une source d'informations et de promotion importante pour leurs destinataires⁽⁶⁶⁾.

1.3.4. Médias

Les médias occupent également une place importante dans la politique de communication des ADR. La presse écrite, à diffusion locale, régionale ou nationale, est régulièrement utilisée, annuellement ou à des moments clés. La radio et la télévision également, mais dans une moindre mesure.

1.3.5. Evénements

Des campagnes d'information sont régulièrement menées pour assurer la promotion des ADR. Elles prennent la forme d'actions de promotion, régulières⁽⁶⁷⁾ ou plus ponctuelles. Elles se concrétisent également dans des rencontres, des débats, des conférences ou des exposés organisés, à des échelles diverses et à destinations de publics variés, sous l'égide des services de médiation.

Des permanences régulières sont également tenues par certains services⁽⁶⁸⁾.

(65) Voy. à cet égard le décret wallon du 22 décembre 1994 portant création de l'institution de médiateur de la Région wallonne qui impose que « Tous les documents quelconques émanant des autorités administratives de la Région wallonne, à destination de l'information du public, mentionnent l'existence des services du Médiateur », abrogé et remplacé par l'Accord de coopération conclu le 3 février 2011 entre la Communauté française et la Région wallonne portant création d'un service de médiation commun à la Communauté française et à la Région wallonne (M.B., 19 septembre 2011).

(66) Voy. *infra* 2.2. Les ADR et les clauses contractuelles.

(67) Voy. par exemple « la semaine de la médiation » organisée par le médiateur de la Région wallonne.

(68) Le Médiateur fédéral tient ainsi des permanences régulières dans différentes villes belges, en collaboration avec les médiateurs régionaux et locaux.

D'autres participent, en y tenant un stand, aux soirées d'accueil des nouveaux habitants, organisées par les pouvoirs publics.

Des bourses (« Ombudsbeurs ») sont par ailleurs organisées.

1.3.6 Bouche à oreille

A côté des moyens de masse utilisés, le bouche à oreille ne doit pas être négligé⁽⁶⁹⁾.

1.4. Bilan et perspectives

Le bilan global des politiques de communication mises en œuvre pour assurer la promotion des ADR auprès du public peut paraître satisfaisant.

Malgré les efforts développés, au plan de la promotion, par les acteurs des modes alternatifs de règlement des conflits et nonobstant les avantages incontestables qu'ils présentent, les ADR ne semblent pas rencontrer le succès qui leur était promis.

Mais au-delà de l'information du grand public, qu'il convient de ne pas négliger, ne doit-on pas également inciter au recours à ces méthodes alternatives de règlement de conflits, en réservant à ceux qui les mettent en œuvre l'un ou l'autre avantage ?

Ne pourrait-on pas insérer, par exemple dans le contrat qui lie les partenaires commerciaux aux consommateurs, une clause de médiation, d'arbitrage (ou autre) qui ferait échapper à une sanction d'ordre économique ou financier si elle était appliquée ?

A cet égard, l'initiative du groupement LEGIBEL, qui gère les risques de protection juridique pour le compte de compagnies d'assurances, nous paraît devoir être saluée. Souhaitant encourager le recours à une procédure de médiation, LEGIBEL a ainsi inséré une clause dans ses conditions générales d'assurance, prévoyant que le plafond de garantie et la franchise prévus dans le cadre des procédures judiciaires ne seraient pas applicables aux procédures extrajudiciaires de médiation.

(69) Le Médiateur fédéral précise à cet égard que selon une enquête menée en 2010 par une étudiante de la K.U.Leuven sur le profil et la satisfaction du plaignant auprès de ses services, le citoyen aurait eu connaissance de l'existence du Médiateur fédéral par le bouche à oreille dans 28% des cas.

Un incitant similaire a été inséré dans les conditions spéciales d'assurance de l'assureur protection juridique ARAG. Dans leur version « all in », ces conditions spéciales prévoient, sous le titre « Avantages liés à la médiation », que tous les coûts liés à une procédure de médiation extrajudiciaire seront pris en charge par l'assureur, sans que ces sommes ne soient imputées aux montants assurés.

L'assureur protection juridique LAR met également un point d'honneur à inciter le recours aux ADR, en prévoyant, dans certaines conditions générales d'assurance, qu'en cas de recours par l'assuré à une procédure de règlement du sinistre par voie de médiation, le montant assuré sera majoré de 10 %, quel que soit le résultat de la médiation.

Ne pourrait-on pas également imaginer que la clause pénale qui prévoit, de manière anticipée et forfaitaire, la sanction applicable en cas de manquement à une obligation contractuelle, soit automatiquement réduite s'il était recouru, dans un premier temps, à un moyen extrajudiciaire de règlement du litige, sans préjudice, évidemment, d'un recours en justice ultérieur ?

On le voit, outre l'information au public, la promotion des ADR passe par des mécanismes contractuels destinés à inciter leur utilisation, voire à rendre leur recours obligatoire. Nous aborderons dès lors dans la section suivante les rapports étroits entre les ADR et le droit des contrats.

2. – Les ADR et le droit des contrats

En Belgique, les modes alternatifs de règlement des conflits sont un processus volontaire : le recours aux ADR implique que les parties se soient accordées en vue d'y recourir.

Que cet accord intervienne lors de la conclusion d'un contrat ou après la naissance d'un litige⁽⁷⁰⁾, qu'il s'agisse de l'accord par lequel les parties décident de recourir aux ADR ou de l'accord qui en résulte et qui met fin au litige⁽⁷¹⁾, que cet accord soit encadré

(70) Voy. Art. 1734 du Code judiciaire en vertu duquel « (...) le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, (...) ».

(71) Dans le cadre de la médiation, de la transaction, du droit collaboratif, de la conciliation ou du mini-trial.

par une loi ou purement contractuel, force est de constater que le caractère conventionnel des ADR en est un élément déterminant.

Par ailleurs, les modes alternatifs de règlement des litiges, au-delà de leur finalité première – le règlement d'un conflit – sont également un mode de régulation des rapports contractuels : lors de la conclusion d'un contrat d'une part, les parties peuvent prévoir la désignation d'un tiers investi d'une mission contractuelle de recommandation ou d'interprétation de la convention⁽⁷²⁾, lors de la survenance d'un litige d'autre part, ils permettent de sauvegarder les relations contractuelles en évitant l'inévitable clivage engendré par la résolution d'un conflit devant les juridictions étatiques.

Ce lien étroit entre les ADR et le droit des contrats n'est pas sans soulever un ensemble de questions relatives à la validité des clauses ou des contrats, à leur contenu, à leur effet à l'égard des tiers, à leur force obligatoire ou encore aux sanctions résultant du non-respect de celles-ci.

Ce caractère volontaire et conventionnel suscite également des interrogations tenant à la nature même des ADR : faut-il exclure qu'un juge puisse imposer aux parties le recours à un mode alternatif de règlement des litiges ? Pire encore, un texte de loi pourrait-il empêcher des parties en litige de recourir aux ADR et ce en dépit du principe du consensualisme ?

Enfin, le recours aux ADR soulève des questions relatives à la privatisation de la Justice : faut-il voir dans les modes alternatifs de règlement des litiges une contractualisation de la justice voire une privatisation de celle-ci ? Quelle est la place des ADR dans une société marquée par la judiciarisation des conflits ?

2.1. Le caractère volontaire et consensuel des ADR

2.1.1. Un des traits marquant des ADR est leur caractère volontaire et consensuel.

Volontaire, car les parties font choix d'une méthode non juridictionnelle en vue de régler leurs conflits.

Consensuel car, à l'exception de l'arbitrage, le litige ne prend pas fin par une décision qui tranche un litige en accordant ou refu-

(72) Voy. O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, p. 565 et s. ; Ph. de BOURNONVILLE, « Arbitrage », *Rép. Not.*, t. VIII, p. 67 et s.

sant des droits. Le conflit prend fin par une décision négociée, consensuelle.

En ce sens, il s'agit *a priori* de la meilleure forme de justice compte tenu de ce que, tant dans le choix d'y recourir que dans la solution qui en découle, elle suppose l'adhésion des parties qui participent elles-mêmes à la résolution des conflits qui les opposent et permet de rétablir la paix ou d'éviter le clivage.

2.1.2. Faut-il pour autant considérer que le juge n'a plus aucun pouvoir d'intervention ? L'autonomie de la volonté se suffit-elle à elle-même et exclut-elle qu'un juge puisse imposer aux parties d'y recourir ou, *a contrario*, qu'une loi ne leur interdise d'y recourir ?

A priori, il semble que le caractère volontaire du recours aux ADR exclut qu'on impose à des justiciables d'y recourir.

Bien qu'il soit toujours préférable de tenter de résoudre un conflit par une solution négociée ou même en dehors des prétoires au moyen de l'arbitrage, la position dominante considère qu'il convient de préserver la nature volontaire des ADR.

Faire des ADR un mécanisme obligatoire, éventuellement comme préalable à une saisine des tribunaux, serait contraire à leur nature et les priverait de leur efficacité.

Par ailleurs, imposer dans certaines circonstances le recours aux ADR irait à l'encontre du droit fondamental de chacun de se mouvoir devant les tribunaux étatiques⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾, sauf si ce recours n'est imposé que comme préalable obligatoire à l'introduction d'une procédure judiciaire.

2.1.3. Cependant, bien que cette position soit généralement défendue⁽⁷⁵⁾ et, en ce qui concerne la médiation, consacrée par le Code judiciaire⁽⁷⁶⁾, il semble qu'une intervention contraignante du juge ne soit pas totalement à exclure.

(73) Art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 nov 1950 : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...). »

(74) *A contrario*, voy. Livre vert de la Commission sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, p. 9 : « Les ADR s'inscrivent pleinement dans le contexte des politiques sur l'amélioration de l'accès à la justice. Les ADR jouent en effet un rôle complémentaire par rapport aux procédures juridictionnelles, dans la mesure où les méthodes mises en œuvre dans les ADR sont souvent mieux adaptées à la nature des litiges. Les ADR peuvent ainsi permettre aux parties d'engager un dialogue, qui aurait été sans cela impossible, et d'évaluer par elles-mêmes l'opportunité de saisir les tribunaux. »

Ainsi, la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale⁽⁷⁷⁾ n'écarte pas totalement toute intervention du juge.

Le texte législatif prévoit à cet égard que les juridictions devraient pouvoir attirer l'attention des parties sur la possibilité d'une médiation chaque fois qu'elle est appropriée.

Et la directive d'aller plus loin en reconnaissant la possibilité aux législations nationales de rendre le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, « pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire »⁽⁷⁸⁾.

De la même manière, en réponse au document de consultation de la Commission européenne sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges⁽⁷⁹⁾, la Fédération des entreprises de Belgique a précisé que l'utilisation des ADR doit être fermement encouragée auprès des entreprises mais ne doit pas être rendue obligatoire dans tous les cas⁽⁸⁰⁾, ce qui laisse penser que, nonobstant le carac-

(75) Voy. rapport de M. WAGEMANS, « Médiation et droit des contrats », *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, ouvrage collectif sous la direction de L. CADIEU, Paris, LexisNexis, 2005, p. 415 : « S'agissant d'un processus essentiellement volontaire, une médiation obligatoire, ou établie sur injonction du juge, n'est pas concevable. » ; N.-E. TOUJGANI, « Modes alternatifs des conflits et l'accès au droit et à la justice », http://www.cdcc.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=27:modos-alternativos-de-reglamento-de-conflitos&catid=3:articulos&Itemid=5 : « Il ne peut être question de forcer l'une ou l'autre des parties à entrer dans un tel processus. En effet, faire des ADR un mécanisme obligatoire, préalable à une saisine de la justice, serait contraire à leur esprit et les priverait de toute efficacité. » ; K. METAYER, « L'accès à la justice : un droit fondamental/Le point de vue de l'avocat », *Conférence « Vers un meilleur accès des citoyens à la justice », Bruxelles, 24-26 octobre 2002*, p. 3, http://jure.juridat.just.fgov.be/jpdfapp/download_blob?idpdf=F-20040505-15 : « Il est (...) important de souligner que les ADR ne peuvent se substituer aux procédures judiciaires. Les ADR offrent des moyens supplémentaires aux parties pour résoudre un conflit. En ce sens, ils peuvent apporter un complément utile au système judiciaire traditionnel. Cependant en aucun cas les ADR ne peuvent servir de solution de remplacement. »

(76) Voy. l'article 1734 § 2 du Code judiciaire qui organise la médiation judiciaire et en vertu duquel la décision qui « ordonne » une médiation doit mentionner expressément l'accord de parties.

(77) Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.*, L 136/4, 13^{ème} considérant : « Aucune disposition de la présente directive ne devrait affecter une législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire ; Art. 3 de la directive : « a) médiation : un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre. »

(78) *Ibid.*, 14^{ème} considérant.

(79) http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/adr_consultation_paper_18012011_fr.pdf

tère volontaire des ADR, une place est laissée au pouvoir du juge d'imposer le recours aux ADR.

2.1.4. Différents pays, principalement de common-law, ont mis en place des procédures obligatoires, surtout en matière de médiation.

Tout en reconnaissant le fait qu'une procédure alternative de règlement des conflits imposée semble *a priori* être une contradiction, d'aucuns insistent sur les avantages du recours aux ADR, sur le fait qu'ils ne sont pas utilisés en suffisance et qu'en conséquence il importe de les promouvoir autant que possible, et si nécessaire par la contrainte. Ce recours obligatoire aux ADR ne priverait pas les justiciables de leur droit fondamental de se mouvoir en justice, il ne ferait que le différer, compte tenu de ce qu'ils auraient toujours la possibilité d'introduire une procédure devant les juridictions étatiques lorsque la procédure n'a pu aboutir.

Aux Etats-Unis, depuis l'adoption de l'*Administrative Dispute Resolution Act* ⁽⁸¹⁾, des pistes de réflexion ont été suggérées en vue d'inciter les juridictions fédérales à mettre en place des programmes alternatifs de résolution des conflits.

Nombre de tribunaux ont ainsi développé des mécanismes d'incitation, notamment par le biais de médiations ou d'arbitrages imposés, certaines juridictions allant même jusqu'à interdire l'introduction d'une procédure judiciaire lorsque les parties n'ont pas au préalable tenté une médiation ⁽⁸²⁾.

En Floride plus particulièrement, les juges ont la possibilité de renvoyer les affaires civiles vers une procédure de médiation ou d'arbitrage, tout en laissant aux parties la possibilité de contester ce renvoi dans un certain délai ⁽⁸³⁾.

Bien que cette possibilité laissée aux tribunaux américains d'imposer le recours aux ADR fasse encore l'objet de nombreux débats, un

(80) Voy. la note de la Fédération des entreprises de Belgique du 15 mars 2011 en réponse au document de consultation de la Commission européenne sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne, p. 3 : « *L'utilisation des ADR doit être fermement encouragée auprès des entreprises mais ne doit pas être rendue obligatoire dans tous les cas. (...)* »

(81) ADRA, 1990, PL. 101-552, 104 Stat. 2736.

(82) P. VAN LEYNSEELE, *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, 46^{ème} séminaire du 18 et 19 septembre 1997, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, p. 145.

(83) FLA. R. CIV. P. 1.710(b) : « *if the judge determines the action to be of such a nature that mediation could be of benefit to the litigants or the court.* »

courant semble tout de même se dégager en ce sens, pour certaines affaires et moyennant le respect de certaines conditions⁽⁸⁴⁾ :

- une appréciation au cas par cas par le juge saisi initialement du litige afin de ne pas imposer une procédure dans des hypothèses où elle n'aurait que peu d'intérêt ou de chance d'aboutir ;
- un régime de sanction souple en cas de non-respect de la procédure afin que les parties n'aient pas le sentiment de devoir se conformer à la décision du juge alors qu'elles étaient initialement opposées au principe du règlement alternatif du différend ;
- une marge de liberté importante laissée aux parties par le juge qui doit éviter de surveiller de trop près la procédure ;
- une possibilité pour les parties de se retirer de la procédure dans certaines hypothèses.

Au Canada, l'Ontario a introduit depuis 1999 une procédure obligatoire de médiation pour certaines procédures civiles⁽⁸⁵⁾. C'est ainsi que la plupart des poursuites civiles intentées à Toronto, à Windsor et à Ottawa font l'objet d'une médiation obligatoire. Certaines poursuites civiles, telles que les affaires de droit de la famille, sont cependant exclues de la médiation obligatoire.

En Angleterre, le législateur a également mis en place des procédures visant à inciter les parties à recourir aux ADR et plus spécifiquement à la médiation. C'est ainsi qu'en 2004 a été mis en place un projet nommé « *Automatic Referral Mediation Program* » au sein de la Central County London Court. Cette procédure impliquait un renvoi presque automatique vers la médiation. Cependant, cette procédure de renvoi automatique ne laissait pas assez de possibilités aux parties de sortir du processus de médiation (« opt out ») en tel sorte que le projet n'a pas eu le succès escompté.

Outre ce projet, les règles de procédure civile anglaise autorisent le juge à encourager la médiation et éventuellement à imposer des sanctions à une partie qui refuserait de participer au processus de médiation sans justification raisonnable⁽⁸⁶⁾ (87).

(84) D. QUEK, « Mandatory mediation : an oxymoron ? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11:479, 2010, p. 479 et s.

(85) Règles 24.1 et 75.1 des Règles de procédures civiles.

(86) CIV. PROC R. 1.4(e) : « Active case management includes : (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure. »

En Italie enfin, compte tenu de l'arriéré judiciaire et de l'engorgement des tribunaux, le gouvernement a édicté en 2003 des décrets obligeant les parties à recourir à la médiation dans certains conflits en matière de société⁽⁸⁸⁾.

2.1.5. Aux antipodes des développements qui précèdent et à contresens de la tendance actuelle d'encourager le recours aux ADR, le législateur belge a récemment consacré une entorse au caractère volontaire et consensuel des ADR.

C'est ainsi que la loi du 2 juin 2010⁽⁸⁹⁾ répute non écrites les clauses d'arbitrage en vue de trancher les conflits en matière de copropriété forcée.

Au delà des questions qu'elle suscite, cette loi, qui met un terme à une controverse relative à la validité des clauses d'arbitrage, démontre qu'en dépit du caractère volontaire des ADR, toute intervention du législateur n'est pas exclue.

2.1.6. Faut-il imposer le recours aux ADR pour inciter les parties à y recourir ? Doit-on au contraire en préserver le caractère volontaire et exclure catégoriquement toute intervention du juge ? Ne pourrait-on pas imaginer que le juge, usant de son pouvoir d'appréciation, puisse ordonner aux parties de s'engager dans une procédure alternative de règlement des conflits, ne fut-ce que comme préalable à une procédure judiciaire ?

D'aucuns refuseront catégoriquement cette possibilité, voyant dans l'interventionnisme d'un juge une entrave au caractère volontaire des ADR : en effet, comme le veut l'expression anglaise, « on peut conduire un cheval à l'abreuvoir, mais on ne peut le forcer à boire »⁽⁹⁰⁾.

Il convient cependant de rappeler que la législation belge connaît déjà des exemples de procédures obligatoires, notamment

(87) L'arrêt *Dunnet vs. Railtrack*, (2002), 2 All ER 453 a sanctionné financièrement une partie pour avoir refusé une médiation alors même qu'il n'existait pas de clause de médiation ; L'arrêt *Virani Ltd vs. Manuel Revert y cia SA* (CA 18 juillet 2003) a condamné la partie perdant la procédure à une pénalité supplémentaire pour avoir refusé une médiation.

(88) Legge delega 3 ottobre 2001, n°366, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2004.

(89) Loi du 2 juin 2010 modifiant le Code civil afin de moderniser le fonctionnement des copropriétés et d'accroître la transparence de leur gestion, *M.B.*, 28 juin 2010.

(90) « *You can lead a horse to water, but you can't make it drink.* »

dans les matières relatives aux contrats de travail⁽⁹¹⁾, aux conflits entre époux⁽⁹²⁾, aux saisies immobilières⁽⁹³⁾,...⁽⁹⁴⁾

Compte tenu des avantages reconnus aux ADR et de l'arriéré judiciaire, il pourrait s'avérer opportun d'ordonner aux justiciables d'entamer une procédure alternative de règlement du conflit, dans certaines circonstances et moyennant certaines balises. A cet effet, le juge pourrait tantôt proposer, tantôt inciter, tantôt convaincre les parties à la cause de recourir à un mode alternatif.

2.2. Les ADR et les clauses contractuelles

2.2.1. On l'a dit, la principale caractéristique des ADR est la prédominance de leur caractère volontaire et consensuel.

La liberté du consentement s'exprime à toutes les étapes de leur mise en œuvre. Les parties en relations contractuelles peuvent anticiper un éventuel litige en insérant dans leur contrat des clauses par lesquelles elles conviennent de recourir à un mode alternatif en vue de régler leur différend. Si aucune clause n'a été insérée dans le contrat, elles ont la possibilité de convenir, après la naissance d'un litige, un accord sur l'utilisation d'un ADR, avec ou sans l'aide du juge.

L'insertion de clauses ADR dans des contrats, des conditions générales ou des statuts est une pratique qui tend à se développer⁽⁹⁵⁾. De telles clauses peuvent également être introduites dans les actes introductifs d'instance⁽⁹⁶⁾. Par l'insertion d'une telle

(91) Art. 734 du C. jud. : « Devant le tribunal du travail, tout débat relatif à une des demandes prévues à l'article 578 doit être précédé, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation, actée au procès-verbal d'audience. »

(92) Art. 1253 quater du C. jud. : « Lorsque les demandes sont fondées sur les articles 214, 215, 216, 221, 223, 1420, 1421, 1426, 1442, 1463 et 1469 du Code civil : a) le juge fait convoquer les parties [2 ...]² et tente de les concilier. »

(93) Art. 59 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, M.B., 19 août 1992 : « § 1. Toute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique doit, dans le cadre de la présente loi, être précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge de saisies, qui doit être actée à la feuille d'audience. »

(94) Il convient de noter que l'échec de la procédure de conciliation obligatoire en matière locative (ancien art. 1344 septies du C. jud.) n'est pas dû au caractère obligatoire de la conciliation mais à l'objet même de la matière. En effet, les propriétaires perdaient un temps considérable en raison des lenteurs de la procédure et de l'engorgement des tribunaux alors que ces matières doivent faire l'objet d'un traitement rapide.

(95) Exemples de clauses : « En cas de litige entre les parties relatif à la validité, à l'interprétation ou à l'exécution de la présente convention, qui ne pourrait être résolu à l'amiable, les parties tenteront de résoudre ce litige par la médiation conformément au règlement de médiation de... » ; « Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le règlement d'arbitrage de... par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement. »

clause, les parties conviennent qu'en cas de différend, elles devront soumettre celui-ci à la procédure ADR choisie.

La validité de ces clauses ne soulève pas de difficulté : en vertu de l'article 1108 du Code civil, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation⁽⁹⁷⁾.

Compte tenu du caractère consensuel des ADR, il convient de s'interroger sur l'intérêt de conférer aux clauses ADR un caractère contraignant. En effet, de telles clauses ne sont-elles pas de nature à altérer le caractère volontaire des ADR ? N'est-il pas inutile de contraindre quelqu'un de participer à une procédure contre son gré alors que le succès de celle-ci dépend essentiellement de la volonté des parties ? Les clauses rendant obligatoire un arbitrage, une médiation ou toute autre procédure sont-elles valides ?

2.2.2. Lorsque l'ensemble des conditions de validité sont réunies, la convention est valablement formée et, en vertu de l'article 1134 du Code civil, elle forme la loi des parties.

En conséquence, en cas de non-respect des obligations résultant d'un accord, il convient de rechercher la volonté des parties. Lorsque celles-ci ont prévu une clause de recours obligatoire à un mode alternatif préalablement à toute procédure judiciaire, la saisine des tribunaux doit être sanctionnée en tant qu'elle constitue une violation d'une obligation contractuelle. Nonobstant le caractère consensuel des ADR, les clauses de recours obligatoire doivent donc être considérées comme valides et le juge saisi d'une demande portant sur l'exécution d'autres dispositions du contrat doit se déclarer incompétent.

En Belgique, cette solution a été consacrée par le Code judiciaire pour la médiation et l'arbitrage⁽⁹⁸⁾.

(96) Il est par exemple possible d'intégrer dans une citation une clause de médiation de type : « Les requérants proposent qu'il soit recouru à une médiation. Elles sollicitent dès lors qu'à l'audience d'introduction les parties soient renvoyées devant un médiateur judiciaire, la cause étant pour le surplus remise à date fixe conformément à l'article 1734, § 2 du Code judiciaire sous le bénéfice de l'article 735 du même code. » <http://www.bmediation.eu/index.php/fr/conseillers/clause-de-mediation>

(97) Pour l'arbitrage, l'art. 1677 du Code judiciaire stipule que « toute convention d'arbitrage doit faire l'objet d'un écrit » mais l'écrit n'est exigé qu'*ad probationem* et non *ad validitatem* (voy. en ce sens G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence, L'arbitrage 1993-2003 », *J.T.*, 2004, p. 430.)

En France, la Cour de cassation a considéré que « *la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* »⁽⁹⁸⁾.

En outre, les récentes règles relatives à la nouvelle convention de procédure participative française prévoient que « *Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige* »⁽¹⁰⁰⁾.

2.2.3. L'insertion de clauses de médiation ou d'arbitrage (ou autres) obligatoires ne doit pas être considérée comme contraire au caractère volontaire des ADR. Lors de la conclusion du contrat, les parties ont en effet librement négocié leur convention et ont fait le choix de recourir à un mode alternatif.

Cependant, l'insertion de telles clauses de recours obligatoire ne doit pas avoir pour effet de priver le justiciable de son droit de porter le litige devant les juridictions étatiques, éventuellement après avoir tenté de régler le différend au moyen d'un mode alternatif.

De la même manière, les clauses qui imposeraient aux parties d'entrer dans un processus alternatif sans possibilité de l'interrompre ou d'en sortir doivent être écartées, car elles induiraient une procédure sous contrainte.

La question peut néanmoins se poser dans l'hypothèse d'une issue positive de la procédure alternative : si un accord intervient entre parties, la mise en œuvre de cet accord peut-elle être subordonnée à un abandon de tout recours ultérieur devant les tribunaux ? Il ne peut être question de priver quelqu'un de son droit de se mouvoir devant les juridictions traditionnelles. Néanmoins, dans l'hypothèse où l'accord est effectivement mis en œuvre, le recours devant les tribunaux devrait être considéré comme non-fondé.

(98) Voy. art. 1679 C. jud. : « *Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare incompétent à la demande d'une partie (...)* » ; art. 1725 C. jud. : « *Le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie (...)* »

(99) Cass. fr. (ch. mixte), 14 fév. 2003, *Bull. civ.*, 2003, n° 1.

(100) Nouvel art. 2065 C. civ. fr.

Enfin, l'insertion de clauses de recours obligatoire, bien que ne remettant pas en cause le caractère volontaire des ADR, pose question dans certaines circonstances.

En effet, au moment de la signature de la clause ou de la convention, il peut y avoir un déséquilibre entre parties ce qui peut mener à des abus de la part de celle qui est en position dominante. Celle-ci pourrait être tentée d'imposer un mode alternatif de règlement des conflits, ou tel ADR plutôt qu'un autre, ou encore tel arbitre ou médiateur. Sous le couvert d'un ADR, peut se cacher un procédé visant à atteindre les intérêts de la partie la plus faible⁽¹⁰¹⁾.

Il convient dès lors d'accorder une attention particulière à la protection des contractants faibles, tels le salarié face à l'employeur, le locataire face au bailleur, l'assuré face à l'assureur, le consommateur face au professionnel, le commerçant face au grand distributeur, le producteur face à la centrale d'achat, voire l'associé - actionnaire minoritaire - face à la société⁽¹⁰²⁾.

Le juge saisi d'un litige devra en conséquence prêter attention à la volonté initiale de chaque partie et à l'équilibre contractuel.

2.3. Les ADR et la justice étatique

L'indépendance par rapport à la justice étatique est un autre trait caractéristique des modes alternatifs de règlement des conflits.

Quelque soit la qualification employée – modes alternatifs de règlement des conflits, règlement alternatif des différends, solution de rechange au règlement des conflits, modes non-judicieux de règlement des litiges – les modes alternatifs constituent une justice consensuelle, une alternative à la justice étatique.

En ce sens, il s'agit d'une forme de privatisation de la justice compte tenu de ce que l'Etat ne dispose plus du monopole de la justice. Les justiciables ont la possibilité de régler leur différend autrement et de choisir la façon dont ils le régleront.

Les ADR, dans une société marquée par la judiciarisation des affaires, sont une alternative à la justice étatique, une justice « hors l'Etat », une justice consensuelle.

(101) V. d'HUART, « La procédure de médiation », *Actes du colloque du Centre de médiation de l'Ordre des avocats de Liège*, p. 94.

(102) Livre vert de la Commission sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2002/com2002_0196fr01.pdf, p. 27.

Cette indépendance par rapport à l'Etat et à la justice étatique, bien qu'elle ne soit pas totale, compte tenu de ce qu'un contrôle du juge reste possible dans certaines circonstances, est un remède efficace contre l'engorgement des tribunaux et la lenteur de la justice.

En conséquence, les ADR ne doivent pas se comprendre comme une voie concurrente à la justice traditionnelle mais comme une nouvelle opportunité offerte de résoudre les différends.

3. – Les ADR et la prescription

3.1. Position de la question

Le recours aux ADR est susceptible d'affecter le droit d'accès à la justice dans la mesure où les délais de prescription pour saisir les tribunaux ne sont pas interrompus. A l'issue de la procédure alternative de règlement de conflits, et dans l'hypothèse d'un échec de celle-ci, les justiciables pourraient voir leur action éteinte par l'écoulement du temps.

Consciente de cette difficulté, la Commission européenne a soulevé cette question dans le Livre vert relatif aux modes alternatifs de règlement des conflits⁽¹⁰³⁾ ainsi que dans le document de consultation sur le recours aux ADR⁽¹⁰⁴⁾ : faut-il édicter des règles en matière de prescription ou harmoniser les dispositions relatives à la suspension des délais de prescription ?

3.2. La prescription : aperçu général⁽¹⁰⁵⁾

3.2.1. La prescription est régie par les articles 2219 et s. du Code civil.

Ces dispositions ne sont pas d'ordre public⁽¹⁰⁶⁾. Les parties sont donc en principe autorisées à y déroger par convention.

(103) Livre vert de la Commission européenne sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, p. 28 et s., http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2002/com2002_0196fr01.pdf

(104) Document de consultation de la Commission européenne sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne, http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/adr_consultation_paper_18012011_fr.pdf, n° 22.

(105) Dans certains domaines, le régime de la prescription obéit à des règles spécifiques. Pour une analyse récente de cette problématique en droit des assurances, voy. not. B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « La prescription en droit des assurances », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.702.

(106) Art. 2223 C. Civ. : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »

En vertu de l'article 2219 du Code civil : « *La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi* ».

Le libellé du texte indique qu'il existe deux sortes de prescriptions. D'une part, celle qui permet d'acquérir un droit, la prescription *acquisitive* ou encore *usucapion*. D'autre part, celle qui permet de « se libérer », c'est-à-dire d'éteindre un droit dont on subit les effets, la prescription *extinctive* ou encore *libératoire*.

« *De toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social* »⁽¹⁰⁷⁾.

Le fondement de la prescription est la sécurité juridique. En effet, la prescription acquisitive permet, en matière de propriété, d'écarter les revendications imprécises et rend plus aisée la preuve du droit en dispensant de prouver l'existence du droit dans le chef des auteurs successifs (*probation diabolica*). La prescription extinctive permet également de préserver l'ordre social et l'intérêt général en évitant la naissance de procès difficiles à trancher compte tenu de l'écoulement du temps et de l'éloignement des faits.

3.2.2. Le Code civil prévoit, aux articles 2251 et suivants, certaines causes qui suspendent le cours de la prescription.

Ces causes de suspension ne sont pas nombreuses. Le Code civil rappelle d'ailleurs que la prescription court contre toutes personnes, « *à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi* » (art. 2251).

Il s'agit de la minorité⁽¹⁰⁸⁾ et du mariage⁽¹⁰⁹⁾. Par ailleurs, la prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend

(107) J.-J. BIGOT DE PREAMENEU, Exposé des motifs du Code civil, LOCRÉ, éd. belge, t. VIII, p. 344.

(108) Art. 2252 C. civ. : « *La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi.* »

(109) Art. 2253 C. civ. : « *Elle ne court point entre époux* » ; Art. 2254 C. civ. : « *La prescription court contre celui des époux qui est dessaisi de la gestion de ses biens, sauf son recours contre son conjoint ou le mandataire en cas de négligence* » ; Art. 2255 C. civ. : « *Néanmoins elle ne court point, pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformément à l'article 1561, au titre du Contrat de mariage et des Droits respectifs des Époux* » ; Art. 2256 C. civ. : « *La prescription est pareillement suspendue pendant le mariage :*

1° *Dans le cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté ;*

2° *Dans le cas où le mari, ayant vendu le bien propre de la femme sans son consentement, est garant de la vente, et dans tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari.* »

d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive, à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé⁽¹¹⁰⁾ ou encore contre l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession⁽¹¹¹⁾.

La suspension de la prescription a pour effet de prolonger « la durée de la prescription du temps pendant lequel elle a été tenue en suspens »⁽¹¹²⁾. La Cour de cassation énonce à cet égard que « Lorsque la cause de suspension de la prescription de l'action (...) disparaît, le délai de prescription reprend cours, sa date d'échéance étant reportée d'une période égale à celle durant laquelle il a été suspendu »⁽¹¹³⁾.

3.3. Les ADR et la suspension des délais de prescription

3.3.1. L'objectif principal de la prescription est la sécurité juridique. Elle permet de sauvegarder l'intérêt général en évitant la naissance de procès difficiles à trancher compte tenu de l'écoulement du temps.

Le recours aux ADR ne peut cependant entraver le droit des justiciables à la justice. Or, une procédure de médiation, d'arbitrage ou de tout autre mode alternatif peut, dans certaines hypothèses, prendre un certain temps. Durant cette période, les parties perdent petit à petit une chance d'introduire une procédure devant les juridictions. Par ailleurs, il convient d'éviter que le recours aux ADR soit utilisé à des fins dilatoires, pour « gagner du temps ».

L'intérêt que suscitent les ADR est en conséquence inévitablement compensé par la perte d'une chance de se mouvoir en justice ou à tout le moins par une diminution du délai pour introduire une procédure.

La promotion des ADR pourrait ainsi passer par la modification des règles de procédure civile en matière de délais de prescription, prévoyant que le délai pourrait être suspendu lorsque

(110) Art. 2257 C. Civ.

(111) Art. 2258 C. Civ.

(112) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. VII, n° 1242.

(113) Cass., 15 mars 2000, *J.T.*, 2000, p. 557, note A. JACQBS ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1121, note A. JACOBS.

débute la procédure pour recommencer à courir à compter du moment où la procédure s'est achevée sans règlement⁽¹¹⁴⁾.

3.3.2. Certains Etats ont prévu dans leur législation que le recours à certaines procédures alternatives agréées emporte suspension du délai de prescription relatif à la demande soumise aux ADR⁽¹¹⁵⁾.

La directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation civile et commerciale prévoit également que pour encourager les parties à recourir à la médiation, les États membres devraient veiller à ce que leurs règles de prescription n'empêchent pas les parties de saisir une juridiction ou un arbitre si leur tentative de médiation échoue⁽¹¹⁶⁾.

En Belgique, la loi relative à la médiation a également prévu une suspension du cours de la prescription dans l'hypothèse où les parties recourent à la médiation volontaire.

Le Code judiciaire prévoit que le cours de la prescription est suspendu dès l'envoi de la proposition de médiation pendant un mois⁽¹¹⁷⁾. Par ailleurs, la signature du protocole de médiation par les parties suspend le cours de la prescription durant la médiation. La suspension de la prescription prend fin un mois après la notification par lettre recommandée faite par l'une des parties ou par le médiateur à l'autre ou aux autres parties de leur volonté de mettre fin à la médiation⁽¹¹⁸⁾.

Pour ce qui est de la médiation judiciaire, celle-ci se déroule conformément aux articles 1731 et 1732 du Code judiciaire relatifs à la médiation volontaire⁽¹¹⁹⁾, en telle sorte que la signature du protocole suspendra également le cours de la prescription.

3.3.3. En matière d'arbitrage, on considère que la notification introduisant l'instance arbitrale sur base de l'article 1683 du Code judiciaire peut être assimilée à un exploit introductif

(114) Livre vert de la Commission européenne sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, p. 28, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2002/com2002_0196fr01.pdf

(115) Voy. e. a. Sec. 203 du Code civil allemand ; art. 2238 C. civ. fr. en ce qui concerne la convention de procédure participative.

(116) Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.*, L 136/4, 24^{ème} considérant et art. 8.

(117) Art. 1730 C. jud.

(118) Art. 1731 C. jud.

(119) Art. 1736 C. jud. : « La médiation (judiciaire) se déroule conformément aux dispositions des articles 1731 et 1732. »

d'instance, même en l'absence de constitution du tribunal arbitral⁽¹²⁰⁾.

La notification interrompt en conséquence le cours de la prescription qui ne commencera à courir à nouveau que lorsque la mission des arbitres aura pris fin, conformément à la règle de droit commun en procédure civile⁽¹²¹⁾.

A cet effet, bien qu'aucune forme ne soit imposée, il est conseillé d'adresser la notification par envoi recommandé ou exploit d'huissier afin de se ménager la preuve d'un acte interruptif de prescription.

3.3.4. En revanche, une plainte déposée auprès de l'**Ombudsman** ne suspend ni n'interrompt le délai de prescription.

3.3.5. En dépit des règles existantes, demeure un ensemble de questions relatives à la suspension du cours de la prescription lorsque les parties font usage d'un mode alternatif de règlement des conflits.

En effet, ne conviendrait-il pas de prévoir un régime général uniforme visant à réguler la suspension de la prescription en cas de recours aux ADR, quels qu'ils soient ? Ne pourrait-on pas envisager la suspension automatique des délais de prescription en cas de recours à un mode alternatif ? Outre l'effet incitant qui en résulterait, cela permettrait d'apporter une sécurité juridique aux acteurs, en particulier dans les différends entre entreprise et consommateur.

Cette suspension généralisée supposerait qu'une loi définisse plus précisément les conditions dans lesquelles le recours aux ADR entraînerait une suspension des délais.

Une autre formule serait de prévoir dans une loi que les délais de prescription sont suspendus par la volonté commune des parties en conflit⁽¹²²⁾. La suspension ne serait en conséquence pas automatique ni obligatoire, l'option étant utilisée ou non en fonction du temps qu'on entend se réserver pour régler le différend.

(120) G. KEUTGEN, G-A DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, 2^{ème} éd., p. 305 ; J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge* - extrait du répertoire pratique de droit belge, T. VII, Bruxelles, Bruylant, 1991, n°231 ; Ph. de BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 172.

(121) A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1937, p. 67 ; DE PAGE, t. VII, p. 1067, n° 1173 cité par Ph. de BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 172.

(122) Voy. Forum des droits sur internet, « Les modes alternatifs de règlement des différends », 17 juin 2002, www.foruminternet.org

3.3.6. Compte tenu des intérêts en présence et de la nécessité d'inciter les justiciables à recourir aux ADR, il semble opportun, voire indispensable, de légiférer en la matière.

Sans aucun doute, il convient de se prononcer en faveur d'une intervention législative visant à suspendre les délais de prescription lorsque les parties à un conflit font choix de recourir aux ADR.

En effet, l'efficacité des ADR et leur promotion dépendent des mesures qui sont prises pour en inciter l'utilisation. Une de ces mesures doit passer inévitablement par une réglementation des règles relatives à la prescription. A défaut, la possibilité de recourir à des modes alternatifs de règlement des conflits serait de nature à empêcher les justiciables d'exercer leur droit fondamental d'accès à la justice.

V. – L'ENTREPRISE FACE AUX ADR

1. – Introduction

Nous l'avons indiqué, le recours aux ADR présente de nombreux avantages.

Cependant, malgré ces avantages, les ADR ne constituent pas encore la voie privilégiée de règlement des litiges.

Afin d'évaluer l'intérêt que suscitent réellement les modes extrajudiciaires de règlement des conflits, il nous a semblé opportun d'interroger l'entreprise et ses juristes sur leur perception des ADR.

Quelle est l'expérience des entreprises ? Quelles entreprises font appel aux ADR ? Quels sont les besoins des entreprises ?

2. – Remarque liminaire : entreprises ayant participé à l'enquête

Le questionnaire comprenait 22 questions et a été adressé à l'été 2011 à l'ensemble des membres de l'IJE, soit près de 1500 juristes.

113 juristes y ont répondu de manière anonyme, 68 néerlandophones et 45 francophones.

Le questionnaire complété ne comprenait pas toujours de réponses à l'ensemble des questions. Par ailleurs, certaines personnes ont parfois coché plusieurs options de réponse.

Les entreprises interrogées sont actives dans différents secteurs (17 % banques-assurances ; 28 % services divers ; 32 % industrie ; 10 % commerce ; 2,5 % fédérations professionnelles ; 10,5 % autres).

La majorité des entreprises (87,5 %) ayant répondu au questionnaire sont des entreprises employant plus de 100 personnes.

53 % des entreprises interrogées sont actives dans le monde, 16 % en Europe et 31 % uniquement en Belgique.

3.- L'expérience des entreprises face aux ADR

3.1. Les juristes d'entreprise et les ADR - Aperçu

Premier constat, la grande majorité des juristes d'entreprise ont déjà entendu parler des ADR (95 %) ⁽¹²³⁾. Par ailleurs, 57 % d'entre eux ont déjà eu recours aux ADR.

A la question « comment réagissez-vous quand vous voyez des clauses de médiation ou d'arbitrage (ou autre) dans un contrat ou dans des conditions générales », 51 % des juristes ont répondu de manière positive, qu'ils aient eu recours ou non aux ADR.

27 % des juristes sont plus réservés et indiquent que leur réaction dépend du type de contrat. A cet égard, les clauses ADR semblent appréciées quand il s'agit de contrats internationaux et de contrats complexes.

23 % réagissent négativement, le plus souvent à l'égard des clauses d'arbitrage, en raison du coût important de la procédure et de la qualité des arbitres.

D'une manière générale, l'arbitrage est la procédure à laquelle les entreprises ont le plus souvent recours. Vient ensuite la médiation puis la conciliation. Certains juristes ont fait état de recours à des procédures *ad hoc* ou à des expertises externes.

(123) A la question « avez-vous déjà entendu parler des modes alternatifs de règlement des conflits ? » 107 personnes ont répondu « oui », 3 ont répondu « non » et 4 n'ont pas répondu.

3.2. L'expérience des juristes d'entreprise

Afin d'évaluer l'expérience des juristes d'entreprise, il leur a été demandé d'indiquer les types de contrats pour lesquels ils faisaient le choix de recourir aux ADR (3.2.1.), de quoi dépendait le choix du type d'ADR (3.2.2.), et enfin, si leur entreprise disposait d'une procédure interne en vue d'accueillir les demandes des clients mécontents (3.2.3.).

3.2.1. Près de 53 % des entreprises indiquent qu'elles font le choix de recourir aux ADR dans le cadre de contrats internationaux.

Les autres critères importants sont la nature de la question litigieuse et la complexité du contrat.

La qualité du partenaire commercial a également son importance ainsi que le pays dans lequel le contrat sera exécuté et dans une certaine mesure le risque du contrat.

Enfin, on constate que les entreprises font également le choix de recourir aux ADR dans le cadre de contrats nationaux.

3.2.2. La majorité des entreprises estiment que le choix du type d'ADR dépend du type de contrat, du caractère national ou international du contrat, du partenaire commercial et dans une moindre mesure de la nature de la question litigieuse⁽¹²⁴⁾.

3.2.3. Environ 60% des entreprises ont indiqué disposer d'une procédure interne en vue d'accueillir les demandes des clients mécontents⁽¹²⁵⁾. Il s'agit de services clients, de services de gestion des plaintes, d'Ombudsmans et de call center.

3.3. La pratique des juristes d'entreprise

Afin d'évaluer la pratique des entreprises et leur rapport aux ADR, nous avons tenté de déterminer quels types de litiges elles envisageaient de résoudre avec des ADR (3.3.1.), si elles inséraient des clauses ADR dans les contrats ou les conditions générales (3.3.2.) et à quel moment elles décidaient de conclure des conventions ADR (3.3.3.).

(124) Le questionnaire comportait 4 questions auxquelles les entreprises devaient répondre par oui ou par non. Un nombre important (de l'ordre de 20 %) des entreprises n'y ont pas répondu.

(125) Rappelons à cet égard que 87,5 % des entreprises ayant répondu emploient plus de 100 personnes.

3.3.1. A la question, « *quels types de litiges réglez-vous/pourriez-vous envisager de régler au moyen d'un ADR* », le questionnaire laissait la possibilité de choisir entre un litige avec un client/consommateur, avec un partenaire commercial, avec un établissement de crédit, avec une compagnie d'assurances ou d'autres litiges, avec la possibilité de sélectionner plusieurs réponses.

Une grande majorité d'entreprises (de l'ordre de 70 %) règle ou envisage de recourir aux ADR pour régler un litige avec un partenaire commercial.

En deuxième position, les entreprises font état des litiges avec un client/consommateur. En troisième lieu, les entreprises ont mentionné les litiges avec une compagnie d'assurances.

3.3.2. Une façon déterminante d'évaluer la pratique des entreprises en matière d'ADR est d'étudier si elles ont recours à ces procédures volontairement.

Nous avons indiqué quels étaient les rapports entre les ADR et le droit des contrats et l'intérêt qu'il pouvait y avoir à insérer des clauses ADR dans les contrats ou les conditions générales. Qu'en est-il en pratique ?

Concernant les contrats, on constate que 37 % des entreprises insèrent souvent des clauses ADR dans leurs contrats alors que 50 % ne le font que rarement et 13 % n'en insèrent jamais.

Concernant les conditions générales, 21 % des entreprises en insèrent souvent, 31 % rarement et 48 % jamais, généralement car elles ont des conditions générales préétablies.

3.3.3. A quel moment les entreprises font-elles des conventions ADR ?

Près de 50 % des entreprises concluent de telles conventions avant la naissance d'un litige alors que 33 % indiquent le faire avant ou après.

3.4. La perception des juristes d'entreprise

Quelle est la perception des entreprises et de leurs juristes sur les ADR ? Le recours aux ADR devrait-il être favorisé, voire rendu obligatoire dans certaines hypothèses ? Quels sont les inconvénients liés aux ADR ?

Il ressort de l'enquête que, en comparaison avec les tribunaux étatiques, les ADR sont considérés comme étant plus rapides. Par

ailleurs, ils sont également considérés comme étant plus avantageux pour la discrétion.

Au sein de l'entreprise, les juristes considèrent généralement que le recours aux ADR ne doit pas être favorisé pour régler les conflits internes (avec le personnel, avec la direction, entre administrateurs, ...). En effet, 54 % des entreprises estiment qu'il ne faut pas en favoriser le recours dans ces hypothèses, indiquant que les tribunaux sont plus efficaces, qu'il ne faut pas multiplier les procédures et que les ADR sont trop chers pour ce type de conflits ⁽¹²⁶⁾.

A la question de savoir si le recours aux ADR devrait être rendu obligatoire, 83 % des juristes ont répondu par la négative, soulignant le caractère conventionnel des ADR.

Quels sont, selon les juristes d'entreprise, les inconvénients liés au recours aux ADR ?

Un nombre important de juristes mentionnent le prix de ces procédures. En outre, il est également fait référence au manque de spécialisation des arbitres et des médiateurs. Enfin, l'absence de possibilité de faire appel et l'absence de jurisprudence sont mentionnés.

Comme moyens en vue de remédier aux inconvénients liés au recours aux ADR, les entreprises mentionnent la limitation des coûts ainsi qu'une meilleure promotion et information.

3.5. Conclusions

Il ressort des résultats de l'enquête que, bien que les juristes d'entreprise connaissent les ADR, ceux-ci ne semblent pas encore y avoir recours systématiquement, seuls certains litiges étant réglés en dehors des tribunaux, notamment dans le cadre des contrats internationaux ou des contrats complexes et techniques.

Les résultats de l'enquête tendent à démontrer que les entreprises interrogées n'ont pas une connaissance extrêmement développée de l'ensemble des procédures existantes et des possibilités que celles-ci offrent. En effet, la grande majorité des entreprises ayant entendu parler des ADR et/ou ayant eu recours à ces procé-

(126) Il convient cependant d'indiquer qu'il existe une différence entre les entreprises francophones ou ayant répondu au questionnaire en français et les entreprises néerlandophones. En effet, les entreprises francophones estiment à 52 % qu'il convient de favoriser le recours aux ADR pour régler les conflits internes.

dures ne mentionnent que l'arbitrage, la médiation, la conciliation et l'Ombudsman, à savoir les procédures ayant fait l'objet d'une intervention législative. Les entreprises pointent d'ailleurs, dans les moyens visant à remédier aux inconvénients liés au recours aux ADR, une meilleure promotion de ceux-ci.

Il importe également d'indiquer que les ADR, et l'arbitrage en particulier, sont dans nombre de cas perçus négativement en raison du coût de ceux-ci. Il semble que, en dépit des avantages que les juristes leur reconnaissent, ceux-ci sont réticents à y recourir en raison de leur caractère onéreux.

La qualité et l'expérience des arbitres et médiateurs est également remise en cause de telle sorte qu'il est indispensable de mettre en place des systèmes de formation efficaces et de promouvoir auprès des justiciables la qualité des procédures et des tiers intervenants.

D'une manière générale, les entreprises interrogées voient dans les ADR des procédures accessoires et semblent ne pas leur octroyer une véritable place à côté des procédures judiciaires. A l'exception de certaines questions spécifiques, les entreprises préfèrent ainsi laisser aux tribunaux le soin de régler leurs conflits et semblent exclure tout recours obligatoire aux procédures alternatives, soulignant leur caractère alternatif et consensuel.

VI. - OBSERVATIONS FINALES

En matière commerciale, les modes extrajudiciaires de règlement des conflits constituent des alternatives à privilégier.

En dépit des avantages qu'ils présentent, le recours aux ADR est encore marginalisé en raison du manque de connaissance de ces procédures ou de la crainte d'appréhender le conflit en dehors du cadre convenu que constitue la justice étatique.

En ce sens, la promotion des procédures alternatives est un préalable indispensable à leur développement.

Que cette promotion passe par une meilleure information de la part des professionnels du secteur (centres de médiation et d'arbitrage, Ombudsmans, médiateurs, arbitres, ...) ou des acteurs de justice (avocats, juges, ...), par un conseil avisé de l'avocat à son client ou encore par une intervention du juge saisi d'un litige, force est de constater, au regard des résultats de

L'enquête menée auprès des membres de l'Institut des Juristes d'Entreprise, que des efforts en termes d'information et de pédagogie doivent encore être accomplis.

Par ailleurs, afin d'inciter entreprises et consommateurs à recourir aux ADR, il ne faut pas exclure une intervention législative en vue d'harmoniser les règles relatives à la suspension des délais de prescription.

En outre, ne pourrait-on pas également envisager une telle intervention, à la lumière des solutions retenues dans certains pays, en vue de rendre le recours à certaines procédures alternatives obligatoire ? Bien qu'un tel recours contraignant suscite de nombreuses questions et semble ne pas emporter l'adhésion des entreprises consultées, toute intervention ne doit pas être écartée, moyennant le respect de certaines balises et du droit fondamental de chacun de se mouvoir en justice.

Enfin, il convient d'inciter les entreprises à insérer tant dans leurs contrats que dans leurs conditions générales des clauses visant à inciter, voire imposer, le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits.

Il importe, à la lumière des résultats de l'enquête et des développements que nous avons consacrés à certaines questions choisies, de mettre en œuvre les moyens visant à changer les mentalités et de rappeler que dans nombre de cas, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès...