



DOCTRINE

Tiffany LABATUT
Docteure en droit privé

L'arbitrage pour tous : est-ce possible ? 20114

Tous les justiciables aimeraient avoir la possibilité d'être jugés de manière rapide, à un coût abordable, avec toute l'attention, le temps et le dévouement qu'ils attendent. De plus, tous souhaiteraient avoir la possibilité d'organiser leur procédure en cas de litige, en choisissant : leur juge, la langue, le lieu, etc. Nul doute que, si cette justice sur-mesure existait, elle serait privilégiée par un grand nombre de citoyens. Or il existe déjà un mode juridictionnel de règlement des litiges, l'arbitrage, qui semble intégrer l'ensemble de ces avantages. Mais l'arbitrage est-il pour autant accessible à tous ? L'objet de la présente étude sera de répondre à cette question.

1. L'arbitrage est aujourd'hui le mode juridictionnel des conflits privilégié du monde des affaires. En effet, ce modèle de justice semble être le plus approprié pour résoudre les gros litiges. Mais l'arbitrage doit-il pour autant se résumer à ce milieu ? Ces dernières années, avec l'élargissement du régime juridique de l'arbitrage et l'utilisation de ce dernier sous de nouvelles formes, notamment numériques, l'on dénote une volonté du législateur de développer davantage cette justice. Cela a commencé avec la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, qui procède à une extension du domaine de validité de la convention d'arbitrage (C. civ., art. 2061)¹ et a continué avec la loi n° 2016-1574 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle, dont l'article 11, 3^o a modifié l'article 2061 du Code civil². Ainsi, l'on en parle peut-être moins souvent, mais l'arbitrage est aussi utilisé pour le règlement d'une succession ou encore d'une indivision conventionnelle. Enfin, plus récemment, l'article 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice est venu renforcer l'usage des plates-formes de résolution en ligne des différends.

2. Au regard, de ce bref exposé, rien ne semble arrêter le développement de l'arbitrage. Doit-on s'en réjouir ? Du côté du justiciable, il est certain que l'arbitrage présente, en théorie, des avantages que ne possède pas pour le moment la justice étatique : célérité, flexibilité, confidentialité, etc. Du côté de la justice étatique, il va sans dire que la création et le développement de l'arbitrage participent au désengorgement des tribunaux. Sous cet angle, il serait donc souhaitable que cette justice sur mesure continue de se développer afin qu'elle devienne accessible au plus grand nombre de citoyens. Nous employons ici le conditionnel car « l'arbitrage pour tous » est un idéal, mais il n'est pas

encore une réalité. En effet, pour atteindre cet objectif, il faudrait que l'arbitrage :

- soit connu de tous les citoyens ;
- recouvre de nombreux autres domaines du droit ;
- soit disponible à un coût accessible ;
- présente de nombreux avantages effectifs en pratique, comme la célérité, la confidentialité ou la flexibilité ;
- présente de nombreuses garanties comme la confiance, la transparence ou la proximité ;
- puisse s'adapter facilement aux évolutions de la société.

3. Or si l'arbitrage possède déjà certains de ces critères, il ne les possède pas tous. Parmi ceux que l'arbitrage détient d'ores et déjà, nous verrons qu'ils sont parfois soumis à certaines limites. Ces dernières expliqueront en partie pourquoi de nouvelles formes d'arbitrage ont été créées. En ce sens, nous focaliserons nos recherches sur l'arbitrage ordinaire (I), puis sur l'arbitrage en ligne (II). L'évaluation de ces deux formes d'arbitrage au regard de leurs atouts respectifs, leurs limites, mais aussi de leur capacité à pouvoir intégrer de nouveaux mécanismes destinés à rendre l'arbitrage plus accessible, nous permettra d'opter pour l'une de ces formes afin d'atteindre l'arbitrage pour tous.

I. L'arbitrage ordinaire = arbitrage pour tous ?

4. L'arbitrage ordinaire est la forme d'arbitrage la plus pratiquée. Toutefois, est-elle accessible à tous ? Répondre à cette question demande tout d'abord que l'on étudie la réglementation française du droit de l'arbitrage. Ensuite, à partir de cette étude, il sera possible de mettre en évidence les limites auxquelles cette forme d'arbitrage est confrontée (A). Ensuite, nous procéderons à l'analyse des nouvelles formes d'arbitrage, que sont l'arbitrage accéléré et l'arbitrage en ligne afin de savoir si l'une d'entre elles serait plus à même d'atteindre un public plus large (B).

¹ C. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP G 2001, I, p. 333.
² C. Jarrosson et J.-B. Racine, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », Rev. arb. 2017, p. 1.





A. Les limites inhérentes à l'arbitrage ordinaire

5. La réglementation française du droit de l'arbitrage permet-elle l'arbitrage pour tous ? Pour répondre à cette question, nous allons d'abord procéder à un bref état des lieux des textes déterminant le droit français de l'arbitrage. Le régime général de l'arbitrage en droit français est régi par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage et par les décrets n° 2019-966 du 18 septembre 2019³ et du 20 décembre 2019⁴ qui modifient la lettre de certains articles du Code de procédure civile⁵ dans le but de clarifier certaines difficultés pratiques⁶. À ces décrets s'ajoutent des dispositions spécifiques qui concernent, par exemple, l'arbitrage en droit de la consommation⁷ et en droit du travail⁸. À l'échelle européenne, nous prendrons en compte la convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 21 avril 1961), ratifiée par la France le 16 décembre 1966⁹. Au niveau international, nous prendrons en compte la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958¹⁰, ratifiée par la France le 26 juin 1959. Ces textes ont vocation à régler l'ensemble ou une partie de la procédure arbitrale. De manière globale, ces textes montrent que l'arbitrage français dispose de nombreux avantages comme la confidentialité, la flexibilité, la célérité, le choix de l'arbitre ou encore la faible intervention du juge étatique (en comparaison avec certaines législations étrangères), etc.

6. À ces avantages s'ajoute le fait qu'il est possible pour toutes personnes de se compromettre à l'arbitrage (C. civ., art. 1145 ; C. civ., art. 2059) et ce, dans des domaines variés : le commerce, la consommation, l'immobilier, internet, etc. (C. civ., art. 2061). Nous notons également que les parties ayant conclu une

convention d'arbitrage ont la possibilité de choisir entre un arbitrage *ad hoc* ou un arbitrage institutionnel. Sur ce point, nous considérons qu'au cours d'un arbitrage *ad hoc*, « les parties s'accordent de manière autonome sur les règles de procédure applicables à la solution du litige, alors que dans l'arbitrage institutionnel¹¹, les parties se soumettent à la procédure établie par un centre d'arbitrage »¹².

7. Si l'on s'en tient à ce bref exposé, l'arbitrage français, et donc l'arbitrage ordinaire, paraît être accessible à tous. Mais est-ce véritablement le cas ? Au fil des années, « certaines préoccupations ont été exprimées par les utilisateurs [de ce mode de règlement des conflits] au sujet de l'augmentation des coûts des formalités excessives et de l'allongement des délais, qui rendaient l'arbitrage plus lourd et similaire à la procédure judiciaire »¹³. En effet, en général, l'arbitrage est pratiqué dans les « litiges internationaux, ou à forts enjeux. Mais il demeure traditionnellement inaccessible, de par son coût élevé »¹⁵. De même, si l'arbitrage concerne de nombreux domaines, certains lui sont encore prohibés. Il en est ainsi des questions qui se rapportent à l'état et à la capacité des personnes et de celles qui sont « relatives au divorce et à la séparation des corps » ou aux « contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics » et plus généralement dans « toutes les matières qui intéressent l'ordre public »¹⁶. En conséquence, cette analyse vient contredire notre précédent raisonnement. En effet, ce phénomène peut s'expliquer car il existe un décalage d'appréhension entre la théorie et la pratique. En théorie, la réglementation française de l'arbitrage ordinaire semble être accessible à tous. En pratique, l'ensemble des difficultés auxquelles il est confronté est constitutif de limites qui font obstacle à l'arbitrage pour tous.

B. Les nouvelles formes d'arbitrage : un moyen efficace pour résorber les limites inhérentes à l'arbitrage ordinaire ?

8. Conscients de ces lacunes, de nombreux acteurs de l'arbitrage (institutions d'arbitrage, organismes internationaux, professionnels de l'arbitrage) ont travaillé

3 Décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : JO, 19 sept. 2019, n° 0218.

4 Décret n° 2019-1419 du 20 décembre 2019 relatif à la procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires : JO, 22 déc. 2019, n° 0297.

5 Il s'agit des articles 1448, 1459, 1460, 1469, 1487 du Code de procédure civile.

6 Parmi les grands changements, nous notons qu'à présent le juge d'appui n'est plus le président du tribunal de grande instance mais le président du tribunal judiciaire (CPC, art. 1459). Il ne statue donc plus « comme en matière de référé », mais selon « la procédure accélérée au fond » (CPC, art. 1460). Cette reformulation permet de clarifier le fait que le juge d'appui statue bien « au fond, au principal et non au provisoire » : M. Desplats et A. Grisolle, « Les interactions procédurales entre le juge français et les praticiens de l'arbitrage : rappels et considérations pratiques à la lumière de la réforme de la procédure civile », Les Échos exécutives 2020 : <https://lext.so/SBpIrN>.

7 C. consom., art. R. 212-2.

8 C. trav., art. L. 2524-1 à C. trav., art. L. 2525-2.

9 La convention de Genève du 21 avril 1961, est accessible au format PDF : <https://lext.so/PLZepa>.

10 La convention de New York de 1958 est accessible au format PDF : <https://lext.so/sfBMpC>.

11 Pour approfondir sur l'arbitrage institutionnel, v. B. Moreau, *L'arbitrage institutionnel en France*, 2016, Bruylant ; V. Schutze R. *Institutional Arbitration*, 2013, Bloomsbury Publishing PLC.

12 T. Labatut, L'intervention du juge étatique avant un arbitrage commercial international, étude comparée : France – Etats-Unis, thèse, 2018, Perpignan.

13 Propos extraits du document de travail du groupe II de la CNUDCI, « Règlement des différends commerciaux – Questions relatives à l'arbitrage accéléré », n° A/CN.9/WG.II/WP.207, assemblée générale des Nations unies, 69^e session, 4-8 févr. 2019, New York.

14 T. Labatut, « L'arbitrage accéléré : faut-il aller plus loin ? », LPA 26 juin 2020, n° 152u7, p. 10, §1.

15 Site d'arbitrage en ligne du cabinet d'avocats Avril & Marion : <https://lext.so/gICMfH>.

16 C. civ., art. 2060.



Famille du média : Médias professionnels
Périodicité : Mensuelle
Audience : N.C.
Sujet du média : Droit



Edition : Decembre 2021
Journalistes : Tifany Labatut
Nombre de mots : 5522

à l'élaboration de nouvelles formes d'arbitrage. C'est ainsi que sont apparus l'arbitrage accéléré et l'arbitrage en ligne, qui se distinguent de l'arbitrage ordinaire¹⁷. Concernant l'arbitrage accéléré, il s'agit d'un « type d'arbitrage effectué dans des délais plus courts et à un coût réduit, du fait d'une accélération et d'une simplification des aspects essentiels de la procédure afin de parvenir à une décision définitive sur le fond de manière rapide et économique »¹⁸. L'arbitrage accéléré est adopté par certains centres d'arbitrage. En général, « les dispositions relatives à la procédure accélérée figurent soit dans le règlement d'arbitrage ordinaire (intégrées dans les articles supplémentaires ou alors dans une annexe, un appendice), soit elles figurent dans un règlement qui leur est propre »¹⁹. À première vue, l'arbitrage accéléré est une bonne alternative pour résoudre les difficultés auxquelles fait face l'arbitrage ordinaire (augmentation du coût, augmentation des délais). Toutefois, une lecture plus approfondie des diverses dispositions permettant d'accélérer la procédure arbitrale contenue dans les règlements d'arbitrage (désignation d'un arbitre unique, limites sur la quantité de preuves, etc.) « révèle de nombreuses exceptions quant à la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage accélérée, ou à celle des mécanismes permettant d'accélérer la procédure d'arbitrage, dans un souci de flexibilité »²⁰. Dès lors, en pratique, nous pouvons nous demander si l'efficacité de l'arbitrage dit « accéléré » est vérifiée. En attendant, cette forme d'arbitrage ne semble pas être assez complète pour atteindre notre objectif, qui est l'arbitrage pour tous. Nous écarterons donc cette forme d'arbitrage de nos prochains développements.

9. Concernant l'arbitrage en ligne²¹, il s'agit d'une forme particulière de résolution des litiges puisque comme son nom l'indique, la résolution du litige dans sa totalité s'effectue en ligne, en utilisant internet. Dans ce cas, la procédure arbitrale est totalement dématérialisée. Le but recherché par cette forme d'arbitrage est de « démocratiser l'accès à l'arbitrage en le proposant en ligne, ce qui permet non seulement une efficacité toute particulière en termes de gestion du temps dans le conflit, mais également d'en maîtriser les coûts demandés aux parties, notamment en mettant en place des tarifs forfaitaires »²². Au premier abord, l'arbitrage en ligne pourrait

constituer un moyen permettant d'atteindre l'arbitrage pour tous. Par conséquent, nous allons maintenant focaliser nos recherches sur cette forme d'arbitrage.

II. L'arbitrage en ligne = arbitrage pour tous ?

10. L'arbitrage en ligne est une forme assez récente d'arbitrage et semble pouvoir être accessible à tous. Mais est-ce actuellement le cas ? Pour répondre à cette question, nous commencerons par concentrer nos recherches sur les lois applicables à l'arbitrage en ligne. Une fois cette étape effectuée, il nous sera alors plus aisé de mettre en évidence les limites inhérentes à cette forme d'arbitrage (A). Ensuite, à partir de nos constats, nous proposerons diverses méthodes pour faire de l'arbitrage en ligne un mode de résolution des conflits efficace et accessible à tous (B).

A. Le cadre législatif et les limites inhérentes à l'arbitrage en ligne

11. Tout d'abord, il faut remarquer que le cadre normatif, qu'il soit européen ou international, ne mentionne jamais spécifiquement l'arbitrage en ligne. Seuls certains organismes internationaux, tels que la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou l'International bar association (IBA)²³, ont élaboré des guides servant de ligne directrice sur des thématiques se rapportant à l'arbitrage en ligne. C'est le cas de la loi type sur la signature électronique de la CNUDCI (2001), ou encore du guide de bonnes pratiques sur l'utilisation de la liaison vidéo en vertu de la convention Preuves (18 mars 1970), publié par la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) en 2020²⁴. Ce constat se prolonge également au niveau national. Le droit français ne dispose pas de loi propre à l'arbitrage en ligne, et ce même si ce dernier existe bel et bien en France. Le Club des juristes, qui a publié en avril 2019 un rapport complet sur l'arbitrage en ligne²⁵, s'est interrogé sur la possible application de textes de loi pour réguler l'arbitrage en ligne. Il remarque qu'actuellement, « il est nécessaire d'aborder la question de la loi applicable à l'arbitrage en ligne sous plusieurs angles »²⁶. Ainsi, non seulement « l'arbitrage électronique n'échappe pas à la législation classique de l'arbitrage comme mécanisme de résolu-

17 Sur ce point, précisions que l'arbitrage est dit *ordinaire* lorsqu'il est fait application des dispositions prévu par le décret du 13 janvier 2011 ou lorsque les parties décident de l'application d'un règlement d'arbitrage.

18 A/CN.9/WG.II/WP.207, § 5.

19 T. Labatut, « L'arbitrage accéléré : faut-il aller plus loin ? », LPA 26 juin 2020, n° 152u7, p. 10, § 2.

20 T. Labatut, « L'arbitrage accéléré : faut-il aller plus loin ? », LPA 26 juin 2020, n° 152u7, p. 10, § 5.

21 V. gén. A. El Shakankiry, Le Règlement des litiges du commerce international par l'arbitrage électronique : une approche sur le droit de l'économie numérique, thèse, 2012, université Montpellier.

22 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 39-40 ; <https://lext.so/zXNaZJ>.

23 La loi type sur la signature électronique de la CNUDCI du 5 juillet 2001 est accessible au format PDF ; <https://lext.so/72Ou-h>.

24 Une version PDF du Guide de bonnes pratiques sur l'utilisation de la liaison vidéo en vertu de la Convention Preuves est accessible ; <https://lext.so/YlwU0x>.

25 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019 ; <https://lext.so/zXNaZJ>.

26 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 17 ; <https://lext.so/zXNaZJ>.





tion de conflits »²⁷ mais il devra également prendre en compte, d'un point de vue législatif, « d'autres dimensions que le seul champ arbitral [...], même s'ils ne sont pas directement liés à l'arbitrage »²⁸ : la protection des données, l'intelligence artificielle et la *legaltech*²⁹, le dispositif d'enregistrement électronique partagé ou encore la protection de données. Cependant, le problème soulevé par le rapport du Club des juristes est que les « évolutions législatives n'ont malheureusement pas le même rythme dans chacun de ces domaines »³⁰. De ce fait, l'arbitrage en ligne, « se trouve ainsi à la croisée d'évolutions législatives éparses et déséquilibrées »³¹. Par conséquent, sans une « réponse globale, cohérente et complète [du législateur français] face à la rapide transformation sociale et légale que la mutation technologique implique pour le droit, notamment dans son volet contentieux »³², l'arbitrage en ligne aura du mal à s'épanouir.

12. À partir de ce premier constat, nous continuons de penser que cette forme d'arbitrage peut être un bon moyen d'atteindre l'arbitrage pour tous. Néanmoins, pour le moment, cette forme d'arbitrage n'a pas été suffisamment pensée et travaillée d'un point de vue législatif pour atteindre cet objectif. De ce fait, nous allons maintenant étudier les répercussions de cette absence de cadre législatif sur les acteurs et les potentiels utilisateurs de l'arbitrage en ligne.

13. Actuellement, il existe des plates-formes dématérialisées dédiées à l'arbitrage en ligne. Celles-ci ont été mises en place par des réseaux de professionnels (*Madécision.com*³³), des sociétés privées (*Fast arbitre*³⁴, *Justicity*³⁵) ou encore des institutions d'arbitrage (*OMPI*³⁶, *ICC*³⁷). Ces acteurs de l'arbitrage en ligne utilisent exclusivement ou en partie des outils numériques. Dans tous les cas, les acteurs ayant fait le choix d'un arbitrage 100 % en

ligne sont à l'heure actuelle peu nombreux et « ont peu, ou n'ont pas, d'activités »³⁸. Pourtant, les sites qui proposent un arbitrage totalement dématérialisé sont pédagogiques et guident l'utilisateur de manière simple³⁹. Ce phénomène peut s'expliquer en considérant que le principal problème trouve sa source dans le manque de confiance des potentiels utilisateurs dans cette forme d'arbitrage. En effet, lorsqu'il s'agit d'arbitrage en ligne, la confiance peut être défiée par diverses variables : la confiance dans l'arbitre, le degré de protection des données et de confidentialité des échanges, etc. Or comme nous l'avons vu, chacun de ces domaines du droit est traité distinctement. Par conséquent, la création de ce lien de dépendance entre l'arbitrage en ligne et ces domaines connexes est source d'incertitude et peut générer des doutes chez les potentiels utilisateurs quant à la qualité du service proposé.

14. Conscient des effets négatifs que pouvait avoir le manque de confiance chez les potentiels utilisateurs de l'arbitrage en ligne, le législateur est intervenu afin de renforcer l'usage des plates-formes de résolution en ligne des différends. Tout d'abord, avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui élargit le régime juridique de l'arbitrage. Ensuite, avec l'article 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui prévoit les contraintes suivantes pour les services en ligne d'arbitrage : des obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité (article 4-2) ; l'obligation de ne pas « avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel » (article 4-3) ; l'obligation pour les personnes physiques et morales d'accomplir « leur mission avec impartialité, indépendance, compétence et diligence » (article 4-6) ; la possibilité pour ces services en ligne de demander une certification auprès d'un organisme accrédité (article 4-7). Sur ce dernier point, plusieurs décrets et arrêtés ont été pris. Tout d'abord, le décret n° 2019-1089 du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage. Celui-ci a été modifié récemment par le décret n° 2021-95 du 29 janvier 2021. Le décret n° 2020-1682 du 23 décembre 2020 relatif à la procédure d'accréditation des organismes certificateurs qui délivrent la certification des services en ligne fournissant des prestations de conciliation, de médiation et d'arbi-

27 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 17 : <https://lext.so/zXNaZJ>.
 28 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 17 : <https://lext.so/zXNaZJ>.
 29 M. Lartigue, « Quel avenir pour l'écosystème de la *legaltech* à l'horizon 2030 ? », *Gaz. Pal.* 4 déc. 2018, n° 338g9, p. 6.
 30 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 39-40 : <https://lext.so/zXNaZJ>.
 31 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 33 : <https://lext.so/zXNaZJ>.
 32 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 33 : <https://lext.so/zXNaZJ>.
 33 Site officiel de *Madécision.com* : <https://www.madecision.com>.
 34 Site officiel de *Fast arbitre* : <https://fast-arbitre.com/fr>.
 35 Site officiel de *justicity* : <https://justicity.fr>.
 36 Site officiel de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur l'arbitrage en ligne : <https://lext.so/Theurl>.
 37 M. Philippe, « NetCase : une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI », in *Spécial Supplément : La technologie au service du règlement des différends commerciaux*, 2004, p. 55.

38 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 14 : <https://lext.so/zXNaZJ>.
 39 À ce titre, nous trouvons sur ces sites les informations suivantes : un exemple de clause compromissoire à insérer, un règlement d'arbitrage, les tarifs exposés clairement en fonction du montant du litige, la durée de l'arbitrage, une liste d'arbitre et une liste des avantages de l'arbitrage en ligne.





trage et l'arrêté du 23 décembre 2020 portant sur l'approbation du référentiel d'accréditation des organismes certificateurs et du référentiel de certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage ont également été adoptés dans ce but. À présent, il sera donc possible pour chaque service en ligne d'arbitrage d'obtenir une certification dénommée « Certilis » auprès d'un organisme certificateur accrédité par le Comité français d'accréditation (COFRAC)⁴⁰. L'objectif de la certification est « de créer la confiance auprès des justiciables qui peuvent facilement en connaître au moyen d'un logo « Certilis » figurant sur le site du prestataire »⁴¹. L'usage de cette marque « garantit que le processus de résolution amiable des différends ou d'arbitrage fourni par le service en ligne respecte les obligations fixées par la loi »⁴². Le certificat est valable 3 ans.

15. La certification est certes un moyen permettant de renforcer la crédibilité de l'arbitrage en ligne, mais est-ce suffisant ? Si la certification peut conduire les potentiels utilisateurs à avoir davantage confiance dans l'arbitrage en ligne, elle ne règle pas pour autant les difficultés résultant des diverses utilisations et manipulations possibles des algorithmes intervenant pour garantir la confidentialité des échanges, la protection des données personnelles ou encore, selon les évolutions futures du numérique, la conduite partielle ou totale de la procédure arbitrale (cas du robot-arbitre). En effet, sur ce dernier point se poserait ici la question du degré d'intervention des algorithmes dans la conduite de la procédure arbitrale et par conséquent du degré d'intervention humaine dans la conduite de la procédure arbitrale. D'une plate-forme arbitrale à l'autre, il pourrait donc y avoir grandes différences. Dès lors, il serait difficile pour le potentiel utilisateur de s'y retrouver. En conséquence, ce manque de transparence nous ramène une nouvelle fois à la même conclusion : à savoir, la nécessité d'élaborer un « cadre juridique permettant d'institutionnaliser et de systématiser le recours au numérique dans les procédures arbitrales »⁴³.

B. L'arbitrage en ligne pour tous, c'est possible : propositions et recommandations

16. Il est certain qu'un cadre légal est requis pour que l'arbitrage en ligne soit accessible à tous. Or, pour

cela, il conviendrait d'élaborer une loi spécifique à l'arbitrage en ligne. En effet, « si l'arbitrage en ligne est techniquement praticable, juridiquement il soulève plusieurs questions et nécessite une émancipation par rapport à son cadre classique »⁴⁴. À partir de là, il reste à savoir quelles mesures devraient y figurer. Une possibilité serait d'introduire des mécanismes permettant de créer un lien de confiance entre les potentiels utilisateurs et la plateforme d'arbitrage en ligne (listes non exhaustive).

17. Concernant la plate-forme d'arbitrage en ligne, il conviendrait :

- d'identifier les intervenants (créateurs des algorithmes, localisation) ;
- de garantir la protection des données personnelles (utilisation de procédés de cryptage afin de sécuriser les échanges et sauvegardes de documents ; procédés utilisés pour assurer la véracité de la signature électronique de la sentence arbitrale) ;
- de déterminer les modalités de paiements ;
- de définir le degré d'intervention de l'intelligence artificielle dans la résolution du litige (labellisation des algorithmes, base de données utilisée par les arbitres pour rendre leur sentence, pourcentage minimum d'intervention de l'arbitre dans la procédure arbitrale à respecter, en prenant par exemple pour règle la motivation de la sentence effectuée obligatoirement par l'homme). Sur ce point, nous précisons que les outils numériques devraient être au service de l'humain et non le contraire⁴⁵. En effet, l'utilisation des outils numériques présente des avantages mais seulement lorsque l'intervention humaine contrôle ces outils. De ce fait, le degré d'intervention de l'intelligence artificielle dans la résolution du litige devrait toujours être inférieur à celui de l'intervention humaine⁴⁶.
- de conserver l'utilisation actuelle du procédé de certification « Certilis »

18. Concernant la procédure arbitrale en ligne, il conviendrait :

- de réglementer l'utilisation des outils numériques utilisés durant la procédure arbitrale (courriels, vidéoconférences, hologrammes). À ce propos, nous pourrions favoriser l'utilisation d'hologrammes ou la

40 COFRAC, « Exigences spécifiques pour les organismes procédant à la certification des services en ligne fournissant des prestations de conciliation, de médiation ou d'arbitrage. CERT CPS REF 47 - Révision 00 » : <https://tools.cofrac.fr/documentation/CERT-CPS-REF-47>.

41 C. Bléry et T. Douville, 10 févr. 21, « Certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage : déjà du nouveau... », Dalloz actualité, 10 févr. 2021.

42 Résolution en ligne des litiges : obtenir la marque Certilis : <https://lex.so/SrEPiW>.

43 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 121 : <https://lex.so/zXNaZJ>.

44 P. Ndiaye, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire, 2006, Montréal, Canada, p. 10.

45 S. Hardouin, « La transformation numérique au service de la justice », JCP G 2018, 1321.

46 Pour l'heure, un litige ne peut être réalisé entièrement à l'aide d'algorithmes. Cela serait inconstitutionnel. C'est du moins le constat que nous faisons en nous appuyant sur la décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles, considérant n° 71.





technique dite d'« holoportation »⁴⁷. En effet, la distance provoquée par la virtualité des échanges aurait tendance à réduire la confiance chez les potentiels utilisateurs dans ce mode de règlement des litiges. L'utilisation de l'holoportation permettrait ainsi d'éviter les mauvaises interprétations liées à l'impossibilité de visualiser les expressions corporelles ;

- de régler la dématérialisation des actes intervenant durant la procédure arbitrale (convention d'arbitrage électronique, assignation électronique, sentence arbitrale électronique) ;
- de supprimer la procédure d'exequatur. Nous rejoignons sur ce point le rapport du club des juristes, qui émet la possibilité « de se passer purement et simplement de l'exequatur par le biais par exemple de *smart contracts* qui permettent une exécution automatisée d'une commande (une sentence par exemple) dès lors que des conditions prédéterminées sont remplies (absence de recours par exemple) »⁴⁸ ;
- de rendre les sentences arbitrales publiques (pour les sentences émanant de plateformes d'arbitrage en ligne). Il conviendrait sur ce point de s'écarter de l'arbitrage ordinaire afin de garantir une totale transparence aux potentiels utilisateurs sur la fiabilité du service proposé par la plate-forme d'arbitrage en ligne. Cette transparence serait génératrice de confiance puisque dans cette démarche, la plate-forme prouverait aux potentiels utilisateurs qu'elle fonctionne et aboutit à un résultat concret. Cela permettrait également de créer des *databases* répertoriant les sentences arbitrales. À partir de celles-ci, de nouveaux algorithmes permettant d'établir des statistiques ou de faire des prédictions⁴⁹ sur la résolution de litiges (en pourcentage) pourraient être élaborés⁵⁰.

47 L'holoportation est un terme créé par Microsoft pour traiter des hologrammes. Sur l'utilisation actuelle des hologrammes voir « Microsoft Mesh, Here can be anywhere » : <https://lext.so/Ag2yqr> ; B. Lion, « Avec Mesh, Microsoft démocratise l'hologramme », 3 mars 2021 : <https://lext.so/PDguzB>.

48 Rapport de la commission *ad hoc* « le club des juristes », L'arbitrage en ligne, Groupe de travail présidé par le Pr. Thomas Clay, avr. 2019, p. 115-116. Cette idée figure également au sein de la recommandation numéro 9 du rapport *in* : <https://lext.so/zXNaZJ>.

49 Sur la notion de justice prédictive, voir B. Dondero, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », D. 2017, p. 532 ; A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G 2017, 31.

50 Une diffusion partielle de la sentence arbitrale pourrait également être mise en place, mais cela implique que « soit appliquée une méthode garantissant aux parties la préservation de leur anonymat, à l'image du *Guidelines for the anonymous publication of arbitral awards* édicté par la chambre arbitrale de Milan et l'université Carlo-Cattaneo », *in* T. Labatut, « Faut-il rendre publiques les sentences arbitrales ? », LPA 2 juill. 2020, n° 150k8, p. 11 ; v. égal. V. « Guidelines for the anonymous publication of arbitral awards » : https://lext.so/WG_aw3 ; E. Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 2019, Springer, p. 145 et s.

- d'autoriser l'appel de la sentence arbitrale en ligne. Il s'agirait d'un appel effectué auprès de la plate-forme d'arbitrage. En ce sens, un nouveau tribunal arbitral serait constitué afin de rendre une décision au fond. La création d'un second degré de juridiction arbitral se justifierait dans le contexte de l'arbitrage en ligne afin de susciter chez les parties une meilleure acceptation de la sentence arbitrale. En effet, « si une partie se montre réticente au premier niveau, l'appel aura pour effet, et ce même si la décision est confirmée, d'adoucir le sentiment d'injustice ressenti par la partie qui aura par deux fois dû succomber aux décisions arbitrales »⁵¹. En conséquence, l'exécution volontaire de celle-ci s'en trouverait facilitée.

19. Il est certain que, si l'ensemble de ces mesures venaient à être adoptées, cela viendrait renforcer l'utilisation des plates-formes d'arbitrage en ligne. En effet, les potentiels utilisateurs auraient davantage confiance dans ce mode de résolution des litiges. Toutefois, pour que l'arbitrage en ligne puisse atteindre tout le monde, il faudrait qu'il soit connu de tous et qu'il jouisse d'une bonne réputation. Ce sera là une difficulté majeure pour les plates-formes d'arbitrage en ligne.

20. En conclusion, il ressort de cette étude menée à propos de l'arbitrage pour tous qu'il s'agit d'un projet réalisable, qui présenterait de nombreux avantages pour les citoyens (notamment la réduction des délais et des coûts de procédure). Toutefois, le chemin à emprunter pour y parvenir n'est pas simple : si l'arbitrage en ligne semble être la forme d'arbitrage la plus à même d'y arriver, il ne remplit pas encore les conditions requises. En effet, notre analyse a démontré que les limites identifiées ont toutes un lien avec son absence de réglementation. Ainsi, seule une intervention législative comprenant un certain nombre de facteurs (seuil d'intervention de l'intelligence artificielle, suppression de l'exequatur, sentence arbitrale publique, etc.) permettrait d'ouvrir un chemin vers ce but. Cependant, ce ne serait qu'un début. Pour y parvenir, la diffusion (publicité) de ce mode de règlement des litiges auprès des citoyens serait indispensable. En conséquence, l'optimisation de l'arbitrage en ligne mettrait sûrement quelques années à se mettre en place. Mais cela n'en vaut-il pas la peine ?

51 P. Ndiaye, *Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique*, 2006, Mémoire, Montréal, Canada, p. 192.

