

AVRIL 2019

RAPPORT

L'ARBITRAGE EN LIGNE

Groupe de travail présidé par Thomas Clay,
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1)



L'ARBITRAGE EN LIGNE

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission ad hoc
AVRIL 2019



4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél.: 01 53 63 40 04
www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR    

SOMMAIRE

COMPOSITION DE LA COMMISSION	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE	6
I. DÉFINITIONS	6
II. QUALIFICATIONS	7
III. ENJEUX	9
IV. PRÉSENTATION DU RAPPORT	14
PARTIE I - L'ARBITRAGE EN LIGNE AUJOURD'HUI : UNE RÉALITÉ MODESTE	16
CHAPITRE 1. SOURCES	17
I. La nécessaire application du régime général du droit de l'arbitrage	17
II. Le cas particulier de l'arbitrage en ligne	21
III. La pertinence des lois relatives aux <i>legaltech</i> , aux <i>start-up</i> et à l'intelligence artificielle	23
IV. La réglementation en matière d'enregistrement électronique partagé	25
V. Une réglementation abondante en matière de protection des données	27
VI. Le droit des « données ouvertes »	28
VII. Le droit applicable à la dématérialisation	30
CHAPITRE 2. PRATIQUES EN VIGUEUR	33
I. Les acteurs installés et l'arbitrage en ligne, une utilisation secondaire du numérique dans la procédure	34
II. Les nouveaux acteurs et l'arbitrage en ligne, le numérique au cœur de la procédure arbitrale	39
III. Les acteurs potentiels	42
CHAPITRE 3. COMPARAISON DE L'UTILISATION DU NUMÉRIQUE DANS L'ARBITRAGE ET DANS LA JUSTICE ÉTATIQUE	44
I. Le rôle limité des outils numériques dans l'arbitrage	45
II. Un recours croissant aux outils numériques dans la justice étatique	47

PARTIE II – L'ARBITRAGE EN LIGNE DEMAIN : UNE MAÎTRISE NÉCESSAIRE	54
CHAPITRE 1. QUELLE VOCATION POUR LA SOLUTION ALGORITHMIQUE : AIDER/ASSISTER/REPLACER L'ARBITRE ?	55
I. L'identification et le choix de l'entité arbitrale algorithmique	56
II. Le contrôle de la procédure arbitrale algorithmique	66
III. Le destin de la sentence arbitrale algorithmique	69
CHAPITRE 2. LE CENTRE D'ARBITRAGE	71
I. Une dualité des offres d'arbitrage	71
II. Les garanties relatives aux centres d'arbitrage : certification ou agrément	75
III. La sécurisation de la procédure et des données garantie par le centre d'arbitrage	77
CHAPITRE 3. LA PROCÉDURE	78
I. L'intelligence artificielle et assistance à la procédure d'arbitrage international	79
II. L'intelligence artificielle, une aide précieuse à la décision qui doit rester sous contrôle	84
III. L'impact du Règlement général de la protection des données sur l'arbitrage	92
IV. Un bouleversement plus profond de l'arbitrage ?	105
CHAPITRE 4. LA SENTENCE ARBITRALE	108
I. La rédaction de la sentence et l'aide à la décision	108
II. La sentence numérique	112
III. La signature numérique	114
IV. Impact du numérique sur l'exequatur, sur l'exécution, sur les recours	115
CONCLUSION GÉNÉRALE	117
RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL	130
12 recommandation (synthèse)	131
12 recommandation (liste)	134
BIBLIOGRAPHIE	136
TABLE DES MATIÈRES	149

COMPOSITION DE LA COMMISSION

- **François Ancel**, Magistrat, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris
- **Thomas Andrieu**, Directeur des affaires civiles et du Sceau
- **Tristan Azzi**, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris-I)
- **Valérie-Laure Benabou**, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
- **Loïc Cadiet**, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris-I), Responsable du pôle « Justice/Procès » du Club des juristes
- **Françoise Catton**, Magistrat, Direction des affaires civiles et du Sceau
- **Suyay Chiappino**, Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris-I)
- **Thomas Clay**, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris-I, Président du groupe de travail
- **Louis Degos**, Avocat associé, KL Gates, Président de la Commission prospective et innovation du Conseil National des Barreaux
- **Valérie Delnaud**, Directrice adjointe des affaires civiles et du Sceau
- **Christiane Féral-Schuhl**, Présidente du Conseil National des Barreaux, Avocate associée, Féral-Schuhl et Sainte-Marie
- **Jean-Yves Garaud**, Avocat associé, Cleary Gottlieb
- **Jean-Pierre Grandjean**, Avocat associé, Grandjean Avocats
- **Aurélien Hamelle**, Group General Counsel, Total
- **Emmanuel Jolivet**, Conseiller général à la Chambre de Commerce Internationale
- **Élie Kleiman**, Président de « Paris Place d'Arbitrage », Avocat associé, Jones Day
- **Catherine Peulvé**, Avocate associée, CPLaw, Avocats Conseils d'Entreprises
- **Philippe Pinsolle**, Avocat associé, Quinn Emanuel Urqhart & Sullivan
- **Sophie Sontag Koenig**, Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre, Secrétaire générale du groupe de travail
- **Patrice Spinosi**, Avocat aux Conseils, Spinosi et Bureau
- **Guillaume Verdier**, Doctorant à l'Université Paris-Saclay, Vice-président de la Clinique de l'arbitrage

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Entre le « code » normatif et le « code » numérique, il y a bien plus qu'une homonymie. Dans les deux cas, il s'agit de traduire dans un langage spécifique une prescription délivrée, soit à un individu, soit à une machine. L'encodage, commun aux deux opérations, n'est finalement qu'une forme de translittération, qu'elle soit classique ou moderne. À l'heure où les codes se multiplient, et où il faudra bientôt un code des codes ou un code pour accéder aux codes, les codeurs informatiques apparaissent comme étant les nouveaux détenteurs du capital de la connaissance, comme l'étaient jadis les codes qui avaient avant tout pour fonction de compiler les règles. Écriture juridique et écriture numérique obéissent ainsi aux mêmes logiques. Les mathématiques ne sont d'ailleurs pas loin¹. Il n'y a donc pas de contradiction ontologique entre le droit et le numérique. Au contraire.

Ce qui est vrai pour le droit l'est-il également pour la justice ? Épouse-t-elle aussi les logiques du numérique ? Est-elle soluble dans le numérique ? Ou ne doit-elle l'utiliser qu'avec prudence et parcimonie ? Comment, en somme, articuler au mieux la justice et le numérique ? C'est à cette question que veut tenter de contribuer à répondre le présent rapport.

Mais, plutôt que de s'attacher au modèle classique de justice, celle qu'incarne l'institution judiciaire, l'étude ici proposée s'est concentrée sur l'autre forme de justice, l'arbitrage. Ce choix, dont la paternité revient aux responsables du Club des juristes, permet à la fois de sortir des sentiers battus et de s'intéresser à un mode de résolution des litiges plus souple, lequel pourrait *a priori*, par sa dimension souvent internationale, par les moyens dont il profite parfois et par son adaptabilité, offrir le terreau d'expérimentation idéal du numérique dans la justice.

I. Définitions

Avant, cependant, d'entrer dans l'analyse, il convient de cerner le champ de l'étude, ce qui suppose pour commencer de s'entendre sur ses termes. « L'arbitrage » est un concept parfaitement stabilisé depuis des siècles. On peut le définir comme l'institution reposant sur un accord de volontés

1. L. Cadiet, « Retour sur l'open data des décisions de justice. À propos d'un signal faible des relations entre la justice et les mathématiques », in *Études en l'honneur du Professeur Marie-Laure Mathieu. Comprendre : des mathématiques au droit*, éd. Bruylant, 2019, p. 137.

qui investit un tiers de trancher un litige². C'est donc une justice privée, d'origine conventionnelle, à laquelle des litigants choisissent de recourir au lieu de la justice étatique, et qui offre les garanties dues par toute justice, c'est-à-dire celles du procès équitable.

« En ligne » s'entendra comme tout procédé numérique ou dématérialisé, *lato sensu*. Cela recouvre donc aussi bien le simple échange de documents par voie électronique dans une instance arbitrale qui reste essentiellement physique, que la dématérialisation partielle avec la constitution de *data rooms* ou la dématérialisation totale dans des procédures où les arbitres et les parties ne se rencontrent plus ni même ne se parlent entre eux, voire des procédures où les arbitres sont carrément remplacés par des algorithmes générés par l'intelligence artificielle³.

« L'arbitrage en ligne » concerne donc le mode privé juridictionnel de résolution des litiges par le numérique. Il n'y a d'ailleurs aucune corrélation entre la source du litige et son mode de résolution. Le litige peut être né en ligne et être résolu par un mode classique ou, inversement, être né hors ligne et résolu en ligne. La nature numérique de l'arbitrage n'est pas liée à l'origine du litige : seul le mode en ligne de résolution du litige importe ici.

Cependant, si la notion d'arbitrage est unique, les variétés d'arbitrages sont nombreuses. Elles ont, pourtant, toutes vocation à entrer dans le champ de la présente étude, dès lors qu'il s'agit bien d'arbitrage. Il en va ainsi pour l'arbitrage commercial bien sûr, l'arbitrage d'investissement, l'arbitrage interne, international, l'arbitrage portant sur les petits litiges, l'arbitrage sériel, l'arbitrage dans le contentieux du travail, de la famille, du sport, etc. Dès lors que les critères de définition de l'arbitrage sont remplis – à savoir qu'il s'agit d'une justice à laquelle on a recours volontairement, qui permet de choisir soi-même un arbitre et qui parvient à une décision impérative rendue au terme d'une procédure respectueuse des principes fondamentaux du procès équitable – il s'agit bien d'arbitrage et cela entre dans le champ de l'étude.

II. Qualifications

Ce rappel des critères de qualification de l'arbitrage permet d'écartier deux types d'objets qui ne remplissent pas ces critères. Ainsi on n'évoquera pas, dans ce rapport, les procédures qui n'ont d'« arbitrage » que le nom puisqu'il leur manque un des éléments constitutifs, à savoir le choix volontaire d'y recourir et le choix volontaire de l'arbitre. C'est le cas par exemple de l'« arbitrage » du bâtonnier ou de la commission « arbitrale » des journalistes qui n'ont pas leur place ici. On pourrait d'ailleurs faire dès maintenant une première recommandation, qu'on trouvera à la fin du

2. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, éd. PUF, coll. Thémis-droit privé, 2016, spéc. n° 7.

3. Sur la question, cf. J. El-Ahdab J. et M. Mako, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », *Revue Droit et Affaires*, 2018, p. 49.

présent rapport : que les procédés de résolution des litiges qui ne sont pas de l'arbitrage n'en empruntent plus le nom.

De la même manière, n'ont pas vocation à nourrir les pages qui suivent les modes alternatifs amiables de résolution des conflits, comme la médiation ou la conciliation. S'il est vrai qu'on a tendance à souvent les apparier avec l'arbitrage, en réalité celui-ci a beaucoup plus à voir avec la justice étatique, avec laquelle il partage le caractère impératif de la décision, qu'avec les modes amiables qui reposent avant tout sur une adhésion volontaire à la solution. La vraie ligne de partage se situe non pas dans l'origine étatique ou conventionnelle de la mission, qui finalement importe peu pour qui doit exécuter la décision, mais entre les modes contractuels et les modes juridictionnels, fussent-ils procédés d'un contrat. La source du pouvoir compte moins que l'effet de la décision. Le jugement et la sentence arbitrale ont ceci en commun qu'ils s'imposent, alors que le résultat d'une médiation ou d'une conciliation, qui peut prendre la forme d'une transaction, est toujours le produit d'un accord. D'un côté, une solution imposée, de l'autre une solution négociée. La césure est donc bien entre, d'un côté, les modes juridictionnels et, de l'autre côté, les modes amiables. Il ne sera donc pas question de médiation ici⁴.

Pourtant, au-delà de cette affirmation liminaire, il n'est pas toujours facile de bien distinguer l'arbitrage de modes alternatifs hybrides qui s'en rapprochent tellement qu'ils finissent par brouiller les modèles, alors qu'ils n'offrent pas les mêmes garanties que l'arbitrage.

Tel est le cas, notamment, du mode de résolution des litiges en matière de noms de domaine sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Lors de l'audition par le groupe de travail de Monsieur Ignacio de Castro, directeur adjoint de Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI⁵, il s'est confirmé que, pour efficace que soit le dispositif de résolution des litiges relatif aux noms de domaine, qui traite environ 3 000 cas par an, il ne peut revêtir la qualification d'arbitrage⁶. La raison dirimante est que c'est une procédure imposée à laquelle les parties ne peuvent pas déroger. À cela s'ajoute le fait que la décision peut être contestée devant les tribunaux étatiques et qu'elle n'entre pas dans le champ de la Convention de New York sur l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales. Aussi, même si cela s'apparente à l'arbitrage, s'agit-il plutôt d'une procédure administrative sans audience de résolution des litiges.

Plus compliqué est l'arbitrage en matière sportive tel qu'il est organisé par le Tribunal arbitral du sport (TAS) siégeant à Lausanne, car les parties n'ont bien souvent pas le choix de ne pas y recourir. En outre, comme l'a relevé récemment la Cour européenne des droits de l'homme,

4. On pourra se référer en dernier lieu au récent rapport du club des juristes *Médiation et entreprise. L'opportunité de l'autodétermination : une liberté créatrice de valeur*, sous la dir. de P. Servan-Schreiber, févr. 2019.

5. Audition du 6 juin 2018.

6. V. *infra*, chapitre 2. Pratiques en vigueur

les fédérations internationales pèsent d'un poids excessif dans la constitution des listes d'arbitres officiant au TAS⁷. Mais il s'agit là d'une problématique générale, qui n'est pas propre à l'arbitrage en ligne, même si le numérique est évidemment utilisé dans l'arbitrage sportif. Il l'est cependant surtout pour la transmission des documents et donc de manière non spécifique. Tant que la qualification d'arbitrage sera retenue en droit positif pour cet arbitrage sportif, celui-ci entrera dans le champ de la présente étude.

De manière générale, les critères de qualification de l'arbitrage sont largement admis, sinon universellement, au point sans doute de constituer des règles d'ordre public international, susceptibles de s'opposer à l'exequatur de décisions qui ne seraient pas le produit d'une véritable procédure arbitrale, indifféremment de la question de savoir si elles ont été rendues en ligne ou non.

L'arbitrage offre un chemin juridiquement balisé, dont les concepts sont autant de marqueurs solides et intègres, dont on ne sort pas sans risque.

En résumé sur ce point, il faut comprendre que le rapport présenté ici concernera tout l'arbitrage, mais uniquement l'arbitrage.

III. Enjeux

Produit de la révolution numérique, l'arbitrage en ligne mérite qu'on tente de cerner le phénomène en s'efforçant d'en mesurer les enjeux. Ceux-ci sont nombreux et peuvent être ramenés à quatre catégories : juridiques, juridictionnels, éthiques et économiques.

Les enjeux juridiques, premièrement, consistent à éprouver la robustesse des concepts pour savoir s'ils résistent à la vague numérique. Sont-ils adaptés ou au contraire obsolètes ? Vont-ils évoluer, se maintenir, se transformer ? C'est une partie des questions qui seront traitées dans les pages qui suivent. D'autant qu'il convient de distinguer entre les concepts de l'arbitrage et les concepts dans l'arbitrage. *A priori*, si le concept d'arbitrage est robuste et résiste à la forme numérique qu'il peut emprunter, certains concepts dans l'arbitrage, eux, doivent s'adapter. Ainsi en est-il, par exemple, de l'exigence d'écrit *ad validitatem* pour la convention d'arbitrage interne. Cette condition doit être remplie, quand bien même l'écrit n'existerait que sous forme électronique. Sur ce point, il n'est pas interdit de s'inspirer de ce que prévoit le Règlement Bruxelles I *bis* pour la clause attributive de juridiction (article 25 § 2)⁸. Le droit civil admet d'ailleurs déjà l'écrit électronique au même titre de l'écrit papier, même quand il est exigé pour la validité de l'acte.

7. CEDH 2 oct. 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, JCP 2018.1121, obs. L. Milano ; *Global Arbitration Review* 4 oct. 2018, obs. T. Jones ; D. 2018.2457, obs. Th. Clay.

8. « Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite. »

Il en va de même pour la reconnaissance de la sentence arbitrale rendue sous forme électronique. On sait que les articles 1487 et 1515 du Code de procédure civile prévoient que l'exequatur ou la reconnaissance d'une sentence arbitrale interne, internationale ou rendue à l'étranger nécessite la production de l'« original » de la sentence et de celui de la convention d'arbitrage ou de leurs « copies. » La règle est d'ailleurs la même selon la Convention de New York (article IV).

Or, ces notions d'original et de copie sont inadaptées à l'arbitrage en ligne qui peut ne générer ni original ni copie dès lors que les documents n'existent que sous forme électronique. Il faut donc adapter les concepts, et même les règles, pour prendre en compte l'arbitrage en ligne. C'est d'ailleurs ce que prévoit le nouvel article 4-2 de la loi Justice du XXI^e siècle, modifié par l'article 4 de la loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019⁹ qui énonce que « la sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties. » Ainsi donc, on voit bien que l'arbitrage en ligne oblige à revisiter les concepts et charrie des enjeux juridiques importants.

Au-delà de ceux-ci, il existe des enjeux juridictionnels, deuxièmement. C'est toute une manière de rendre la justice qui est bouleversée. Avec la multiplication des modes alternatifs de règlement des conflits, on a assisté à ce que le professeur Loïc Cadiet a appelé l'avènement d'une « offre plurielle de justice. » Il a en effet bien montré, et depuis longtemps¹⁰, que « le droit français parvenait à articuler modes judiciaires et modes extrajudiciaires de règlement des conflits. À chaque type de conflit, son mode de solution appropriée, les uns n'excluant pas les autres et, pour un même conflit, susceptible d'évoluer dans le sens d'un apaisement ou, au contraire, d'une aggravation, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre. L'État de droit doit garantir cette offre de justice plurielle dans un système global de justice¹¹. »

Aussi, à une offre plurielle de justice par ses modèles (justice étatique, justice arbitrale, modes alternatifs de règlement des conflits) répond désormais une offre plurielle par la forme (physique ou virtuelle). On assiste ainsi à une hybridation totale des schémas : la justice peut désormais aussi bien être obtenue après audience physique devant un tribunal de grande instance que par une transaction obtenue en ligne sans jamais que les protagonistes ne se soient rencontrés. Il y a désormais mille et une manières de résoudre les conflits et l'arbitrage en ligne en est une.

9. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 26), JO 24 mars 2019, texte n° 2.

10. L. Cadiet, « Les tendances contemporaines de la procédure civile », in *Mélanges Georges Wiederkehr*, éd. Dalloz, 2009, p. 65.

11. L. Cadiet, « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », in Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson, Fl. Renucci et S. Zientara-Logeay (dir.) : *États généraux de la recherche sur le droit et la justice, États généraux de la recherche sur le droit et la justice*, éd. LexisNexis, 2018, p. 727, spéc. p. 742.

Cela invite évidemment à des réflexions plus spécifiques sur l'impact, dans le procès arbitral, de la dématérialisation de la procédure. Ainsi, pourra-t-on se demander si un arbitrage en ligne ne pourrait pas être plus facilement accessible pour régler les petits litiges et si, du même coup, cela n'ouvrirait pas un droit à l'aide juridictionnelle, alors qu'elle n'est pas autorisée pour l'arbitrage classique. Et, dans l'affirmative, compte tenu de la simplification de la procédure et des démarches, cette aide juridictionnelle pour l'arbitrage numérique doit-elle être calculée de la même manière que pour une procédure classique ou au contraire être réduite, alors même qu'on sait qu'elle est déjà très faible ?

Autre interrogation sur les conséquences juridictionnelles de l'arbitrage en ligne : le recours à la justice prédictive. Si l'expression est aujourd'hui galvaudée au point de ne plus signifier grand-chose, l'audition par le groupe de travail de Jacques Lévy-Véhel, chercheur à l'INRIA, et créateur de Case Law Analytics, véritable banque de données jurisprudentielles et outil statistique, a montré que cela pouvait influencer celui qui prend la décision¹². Y a-t-il pour autant une corrélation entre le caractère numérique de l'arbitrage et la justice prédictive ? *A priori*, aucune, car la question dépasse, et de beaucoup, la seule justice en ligne. Mais celle-ci, par sa nature même, peut être plus naturellement encline à utiliser les outils numériques, ce qui permet de lancer la réflexion, à travers l'analyse de l'arbitrage en ligne, sur l'utilisation du numérique, dans la justice d'une manière générale. C'est donc bien la manière dont la justice est rendue qui est questionnée avec l'arbitrage en ligne.

Ce questionnement ne fera pas l'économie, troisièmement, d'une interrogation sur les enjeux éthiques. La dématérialisation, parce qu'elle s'écarte des modèles originaires, peut avoir tendance à repousser certaines limites comportementales, ce qui impose de poser de nouveaux garde-fous. C'est en ce sens qu'il faut comprendre que la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe ait adopté fin 2018 une Charte éthique énonçant des principes relatifs à l'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires¹³. Cette charte, qui vise à accompagner et même à encourager la justice en ligne, pose cinq principes qui devront être respectés : les droits fondamentaux et la protection des données personnelles, les droits de l'homme et la non-discrimination, la qualité et la sécurité des données, la transparence des méthodologies et des techniques, et la maîtrise par l'utilisateur, ce qui signifie qu'il doit être en mesure de faire des choix éclairés.

Derrière cet inventaire un peu général se manifeste surtout la volonté de ne rien céder des principes fondamentaux sur l'autel de la modernité ou de la dématérialisation. Il s'agit, comme l'énonce la CEPEJ elle-même, d'un « point de référence concret pour les professionnels de la justice. »

12. Audition du 13 septembre 2018.

13. Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée par la CEPEJ, 3-4 déc. 2018, [en ligne] < <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b> >.

Et même si les sentences arbitrales ne sont pas, à proprement parler, rendues par des professionnels de la justice, nul doute que ces principes s'appliquent aussi à l'arbitrage en ligne. La justice est elle-même un principe, qui doit s'imposer quel que soit son mode de réalisation.

Outre les aspects juridiques, juridictionnels et éthiques, l'arbitrage en ligne emporte aussi, enfin et quatrièmement, des enjeux économiques. L'appétence pour le numérique et la dématérialisation est telle que la quête d'un nouveau modèle économique pour la justice est lancée, dont l'un des mérites, et non des moindres, est aussi un progrès écologique : moins de déplacements, moins de papier, malgré, peut-être, plus de procès.

Nouvel eldorado de la résolution des conflits, l'arbitrage en ligne attire des acteurs économiques qui y voient une source de profits. C'est toute une génération née avec le numérique arrivant maintenant à maturité qui est visée. Pour cette classe d'âge, le numérique est naturel, et il est donc normal que la justice emprunte aussi ces canaux. C'est presque le contraire qui apparaît contre nature.

Du coup, c'est le modèle économique de la justice qui est en proie au bouleversement. Avec l'arrivée de nouveaux acteurs, type eJust ou FastArbitre, qui ont l'un et l'autre été auditionnés par le groupe de travail¹⁴, la justice dans son ensemble, et la justice arbitrale plus spécifiquement, sont sans doute en train de connaître un de leurs bouleversements les plus importants. D'autant que celui-ci se double d'un recours de plus en plus systématique aux modes alternatifs de règlement des conflits pour lesquels la faveur des pouvoirs publics ne se dément pas. Voilà en effet plus d'une vingtaine d'années que ceux-ci portent un discours récurrent valorisant le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits. Leur intérêt ne vient pas seulement des parties, des juridictions ou de la Chancellerie, mais aussi du ministère des finances qui les promeut au nom de la modernisation des politiques publiques. C'est le triomphe de la logique du porte-monnaie qui l'emporte sur la logique juridique ou sociale. Paradigmatiques, à cet égard, sont la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Macron », qui étend considérablement les possibilités de règlement conventionnel des litiges en matière prud'homale, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui consacre un de ses huit titres, et quelques autres de ses dispositions, ailleurs dans le texte, à l'objectif assumé de « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » ou encore la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2021 et de réforme pour la justice qui entend « Développer la culture du règlement amiable des différends. » Le message est clair : les modes alternatifs sont bien conçus comme un mode de régulation des flux¹⁵.

14. Auditions du 6 juin 2018.

15. Th. Clay : « Médiation et conciliation : un espoir de régulation des flux ? », in L. Flise et E. Jeuland (dir.) : *Les instruments procéduraux de régulation des flux*. Éditions de l'IRJS, 2018, p. 13.

Et le numérique est le moyen d'y parvenir. D'ailleurs la même loi du 23 mars 2019 consacre à la fois les procédures dématérialisées et la médiation en ligne. Celle-ci devient un moyen, parfois obligatoire, de résoudre les litiges. En cela, la nouvelle loi met en œuvre une partie des préconisations du Livre blanc publié en janvier 2018 par le consortium eJustice, affilié au parti la République en marche, sur le règlement en ligne des petits litiges, qui défendait une dématérialisation totale des litiges de faible importance¹⁶.

Aussi, le double phénomène de promotion des modes alternatifs et d'arrivée à maturité du numérique a-t-il pour conséquence une transformation en profondeur de l'économie de la justice, telle qu'on la connaît depuis toujours.

À cela s'ajoutent d'autres éléments qui donnent à la numérisation de la justice toute son ampleur, comme les actions de groupe, autorisées depuis 2014¹⁷, élargies depuis 2016¹⁸, lesquelles sont en pratique grandement facilitées par l'utilisation du numérique. On pourra encore citer les *small claims*, ou les procès sériels, c'est-à-dire ces procès reproduits à l'infini ou presque sur des questions très répétitives, à faibles enjeux et qui encombrant les juridictions. Le bon exemple est l'abondant contentieux du dédommagement des retards aériens. L'arbitrage en ligne serait évidemment une solution, à la condition d'imaginer un dispositif de prise en charge des frais qui ne pèse pas *a priori* sur les consommateurs. Cela n'est d'ailleurs nullement interdit, et il existe déjà des cas de financements asymétriques de l'arbitrage en faveur de la partie faible, comme dans l'arbitrage des conflits du travail au profit du salarié¹⁹. L'arbitrage en ligne pour la résolution des litiges du travail semblerait d'ailleurs parfaitement adapté à ce type de contentieux.

Enfin, le dernier élément qui parachève la révolution numérique est l'open data. Avec l'accès libre et gratuit à toutes les décisions de justice, c'est une banque de données universelle qui sera bientôt disponible. L'impact économique d'une telle libération, parfaitement souligné dans le rapport Cadiet sur le sujet²⁰, est double : d'une part, les éditeurs traditionnels qui font le travail de sélection et d'indexation sont concurrencés par de nouveaux acteurs qui n'ont ni les mêmes usages ni les mêmes contraintes ; d'autre part, la constitution de banques privées de décisions de justice peut déréguler encore un peu plus le marché de la justice en ligne, et donc de l'arbitrage en ligne. Rien n'empêche en effet un centre

16. Livre blanc sur le règlement en ligne des petits litiges, publié par le consortium eJustice, janv. 2018.

17. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (art. 1^{er} et 2), JO 18 mars 2014, p. 5400.

18. Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé (art. 184), JO 27 janv. 2016, texte n° 1 et loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (art. 60 à 92), JO 19 nov. 2016, texte n° 1.

19. Cf. Règlement d'arbitrage du Centre national d'arbitrage du travail, qui prévoit une prise en charge à trois quarts pour l'employeur et un quart pour l'employé, [en ligne] < <http://www.cnat.paris> >.

20. L. Cadiet (dir.), *L'open data des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapport remis à la garde des Sceaux, éd. Ministère de la Justice, novembre 2017, éd. janv. 2018, spéc. p. 27 et s.

d'arbitrage de fournir à ses arbitres la banque de données dans laquelle ils devront puiser pour trancher leur litige. On peut aussi imaginer que de nouveaux métiers surgissent comme les tiers financeurs, très présents dans les arbitrages à forts enjeux, qui se déploieraient désormais dans les litiges de masse. En quelque sorte, l'enjeu élevé d'une seule affaire serait remplacé par le faible enjeu de nombreuses affaires identiques, ce qui pourrait intéresser les tiers financeurs.

Tout est donc réuni pour que l'arbitrage en ligne se développe de manière exponentielle. Pourtant, force est de constater que, à ce jour, ce n'est toujours pas le cas et que les opérateurs déjà installés ont peu, ou n'ont pas, d'activité. Sans doute la confiance dans la dématérialisation n'est-elle pas encore totale. Sans doute la sécurisation des moyens d'échanges entre les protagonistes et de conservation des pièces n'est-elle pas encore optimale. Sans doute enfin, les acteurs doivent-ils être mieux encadrés, et ce sera d'ailleurs possible avec la certification prévue à l'article 4 de la loi du 23 mars 2019 à laquelle ils devront sacrifier s'ils veulent rassurer et donc exister. Les conditions de cette certification facultative seront d'ailleurs fixées par décret, et des propositions seront faites dans les pages qui suivent.

IV. Présentation du rapport

De manière plus générale, ce rapport s'interroge à la fois sur les causes de l'insuccès actuel de l'arbitrage en ligne et propose des pistes pour qu'il se développe dans des conditions satisfaisantes.

Ce rapport est né d'un travail collectif réunissant un ensemble de juristes de haut niveau, offrant des regards complémentaires sur la matière, et même doublement complémentaires : d'une part, par les compétences croisées entre les spécialistes de l'arbitrage et du numérique ; d'autre part, par les profils différents des membres du groupe de travail composé de magistrats (François Ancel, François Catton et Valérie Delnaud), conseiller d'État (Thomas Andrieu), universitaires (Tristan Azzi, Valérie-Laure Benabou, Loïc Cadiet), avocats à la cour (Louis Degos, Christiane Féral-Schuhl, Jean-Yves Garaud, Jean-Pierre Grandjean, Élie Kleiman, Catherine Peulvé, Philippe Pinsolle), avocat aux conseils (Patrice Spinosi), membres de centres d'arbitrage (Emmanuel Jolivet) et directeur juridique (Aurélien Hamelle). Le groupe était présidé par le professeur Thomas Clay et la secrétaire générale était l'universitaire Sophie Sontag Koenig. On trouvera en annexe la liste complète des membres, avec leurs titres et qualité.

Outre ces membres permanents, le groupe de travail a aussi pu s'appuyer sur une série d'auditions qui ont particulièrement enrichi son analyse. On trouvera là encore la liste complète des personnes auditionnées, lesquelles doivent être sincèrement remerciées pour la qualité de ce qu'ils ont fourni et pour le temps qu'ils ont bien voulu consacrer à éclairer le groupe de travail. Cet ouvrage sera enfin prolongé d'une bibliographie

et précédé d'un résumé de ses propositions. Il sera publié en français et en anglais, sous forme papier et bien sûr en ligne.

Compte tenu du sujet, on ne sera d'ailleurs pas étonné que le groupe de travail ait voulu expérimenter, pour son propre exercice, ce que serait un arbitrage en ligne. Singeant un tribunal arbitral, il a entrepris de dématérialiser une partie de sa mission en ayant recours à un greffe dématérialisé proposé par MyCercle pour les arbitrages en ligne, après l'audition de son dirigeant, Monsieur Jérôme Cazes²¹. Dans une sorte de travaux pratiques du rapport qu'il était en train de bâtir, le groupe s'est confronté lui-même à la dématérialisation de sa propre procédure qui, pour n'être pas juridictionnelle, reposait aussi sur la délibération collective et la sécurisation des échanges. Or, au même titre que l'arbitrage en ligne a du mal à s'installer, force est de constater que le recours au greffe virtuel ne s'est jamais totalement imposé et que les rencontres physiques sont demeurées essentielles. De cette mise en abîme du travail mené, on pourra voir le signe des limites de l'arbitrage en ligne, ce qui est l'objet de la première partie du rapport ici présenté lequel dresse un inventaire détaillé d'une réalité aujourd'hui modeste (**partie I**). Mais, pour de nombreuses raisons qui sont développées dans les pages qui suivent, il y a aussi matière à être optimistes sur le développement de l'arbitrage en ligne, à la condition que celui-ci soit maîtrisé et ne cède pas à la facilité d'arbitres intégralement remplacés par des algorithmes, ce qui serait de toute façon inconstitutionnel, comme l'a indirectement énoncé le Conseil constitutionnel dans une décision récente²². Telle est la ligne qui sera défendue dans les pages qui suivent (**partie II**).

21. Audition du 13 septembre 2018.

22. Conseil constitutionnel, décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles, considérant n° 71, *in fine* : « Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement ».

PARTIE I



L'ARBITRAGE EN LIGNE AUJOURD'HUI : UNE RÉALITÉ MODESTE

CHAPITRE 1.

SOURCES

Pour appréhender le sujet soumis au groupe de travail, il convient liminairement d'en rappeler le cadre normatif. Or le premier constat est que l'arbitrage en ligne n'est pas, à l'heure actuelle, réglementé en tant que tel dans le droit français de l'arbitrage. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il n'existe aucune législation à prendre en compte. En ce sens, il est nécessaire d'aborder la question de la loi applicable à l'arbitrage en ligne sous plusieurs angles. Tout d'abord, l'arbitrage électronique n'échappe pas à la législation classique de l'arbitrage comme mécanisme de résolution de conflits. C'est pourquoi, un rappel du régime général du droit de l'arbitrage s'impose en premier lieu (I). Ensuite, la dématérialisation des procédures, en l'occurrence de l'arbitrage, implique d'un point de vue législatif la prise en compte d'autres dimensions que le seul champ arbitral. Ainsi, le régime spécial de l'arbitrage en ligne sera évoqué en deuxième lieu (II). Enfin, même s'ils ne sont pas directement liés à l'arbitrage, il y a des domaines qui ne peuvent pas ne pas être évoqués dans une réflexion sur l'arbitrage en ligne et qui seront abordés successivement : l'intelligence artificielle et la *legaltech* (III), le dispositif d'enregistrement électronique partagé (IV), la protection de données (V), l'open data (VI) et la dématérialisation de la justice judiciaire (VII).

I. La nécessaire application du régime général du droit de l'arbitrage

La législation applicable à l'arbitrage est composée des sources variées dont les origines sont nationales (A), régionales (B) et internationales (C).

A. L'application du droit français de l'arbitrage

◆ 1. La loi française de l'arbitrage

L'arbitrage, qu'il soit électronique ou que la procédure respecte son schéma classique, demeure un mécanisme de résolution de conflits dont l'encadrement législatif s'avère très important au regard du respect des garanties fondamentales de bonne justice. L'arbitrage s'impose ainsi comme une justice à part entière. En France la principale législation applicable à l'arbitrage se trouve dans les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile issus du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Ces dispositions trouveraient donc en théorie toute leur place pour régir les arbitrages qui se dérouleraient en ligne.

Par ailleurs, quelques dispositions du Code civil intéressent notre sujet : celles sur la convention d'arbitrage interne bien sûr (art. 2059 à 2061), celle sur la preuve (art. 1174, 1175, 1366 réformés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats) et celle sur l'hypothèque judiciaire procédant d'une sentence arbitrale (art. 2412).

Dans le cadre d'arbitrages spécialisés, comme l'arbitrage des litiges du travail ou de consommation, divers textes spéciaux doivent être pris en compte car ils pourraient concerner l'arbitrage en ligne : Code du travail (livre V, titre II, chapitre IV, articles L. 2524-1 à L. 2525-2), Code de commerce (articles L. 721-3 et L. 721-5), Code de la consommation (article R. 212-2 et l'article L. 132-1 n'étant plus applicable après abrogation par l'article 34 (VD) de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016), Code de la justice administrative (article L. 311-6 modifié par l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-855 du 15 juillet 2015), Code de l'organisation judiciaire (article L. 311-6) et Code des relations entre le public et l'administration (livre IV, titre III, chapitre II, article L. 432-1 modifié par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015).

Dans le cadre de ces arbitrages, même si la procédure devient en ligne, il faudra prendre en compte ces dispositions spéciales afin de respecter les spécificités législatives de chaque procédure. De même, si une législation spécifique sur l'arbitrage en ligne voit le jour, elle devra s'articuler avec toutes ces sources préexistantes.

◆ 2. La jurisprudence

La loi française n'est pas le seul élément à prendre en considération, elle est fortement appuyée et complétée par une jurisprudence solide des tribunaux français qui joue en la matière un rôle plus important que pour d'autres branches du droit. La jurisprudence a toujours été en droit de l'arbitrage une véritable source à part entière, depuis au moins l'arrêt Gosset de 1963 et jusqu'à ce jour. Ce droit prétorien est si dense qu'il a constitué un des motifs principaux de la réforme du droit de l'arbitrage en 2011 puisqu'il fallait intégrer les solutions jurisprudentielles dans le Code de procédure civile, ce qui a été fait.

Cette jurisprudence, systématiquement favorable à l'arbitrage, cet *arbitration friendly* est pour beaucoup dans le rayonnement de la place de Paris comme capitale mondiale de l'arbitrage international²³.

◆ 3. La doctrine

La doctrine occupe aussi une place à part en droit français de l'arbitrage. Particulièrement savante, elle a toujours fait œuvre en la matière d'innovation et d'explication. Certes, tel est le rôle traditionnel assigné à la doctrine et il ne s'écarte pas pour l'arbitrage de ce qu'il est ailleurs.

23. Th. Clay et Ph. Pinsolle, *The French International Arbitration Law Reports 1963-2007* (avec Thomas Voisin), JurisNet, New York, 2014.

Mais, dans une matière aussi éminemment jurisprudentielle, comme c'est également le cas du droit international privé, la doctrine remplit une fonction heuristique dont l'apport dépasse le cadre habituel de sa mission²⁴. Cela se vérifie pour la doctrine francophone, plus que française, dont quelques grands auteurs ont fortement contribué au rayonnement de l'arbitrage, d'Henri Motulsky à Philippe Fouchard, en passant par Berthold Goldman, Bruno Oppetit et Pierre Lalive. La caractéristique naturellement internationale, voire transnationale, de l'arbitrage se constate également dans l'importance et le rayonnement des instruments internationaux qui le concernent.

B. L'application du droit régional à l'arbitrage en ligne

◆ 1. Les traités applicables

Le principal texte au niveau régional est la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 ayant vocation à réglementer « l'organisation et le fonctionnement de l'arbitrage commercial international dans les relations entre personnes physiques ou morales de pays différents de l'Europe. » Ce texte régit divers aspects de la procédure arbitrale, notamment au regard de l'exécution de sentences arbitrales. Aucune définition n'est incluse par rapport à cette notion et la question serait dès lors de savoir si ce texte serait applicable dans le cas d'une sentence électronique rendue dans le cadre d'un arbitrage en ligne.

◆ 2. Une jurisprudence variée touchant l'arbitrage

Quelques décisions des cours européennes concernent spécifiquement l'arbitrage et doivent être prises en compte dans le régime général applicable à l'arbitrage.

L'arbitrage n'est pas soumis matériellement à la Convention européenne des droits de l'homme parce qu'elle ne lie que les États membres et leurs systèmes judiciaires. Néanmoins, il a été considéré par le juge français que l'arbitrage reste soumis aux exigences fondamentales de son article 6 § 1 qui garantit le droit à un procès équitable²⁵. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme opère une distinction entre « arbitrage volontaire » (que les parties ont consenti par accord mutuel) et « arbitrage forcé » (que les parties n'ont pas volontairement choisi, qui leur est imposé par la loi), et affirme que l'article 6 § 1 sera applicable dans le cadre de l'arbitrage forcé²⁶. Plusieurs arrêts de cette Cour concernent également de façon diverse l'arbitrage²⁷.

24. E. Loquin, « L'apport de la doctrine à la science juridique dans l'arbitrage international », in F. Osman et A. C. Yildirim (dir.) : *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*. LexisNexis, 2017, p. 23.

25. Dans l'affaire *Pirelli* de la cour d'appel de Paris, 17 novembre 2011, 09/24158, celle-ci confirme une application substantielle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'arbitrage.

26. En ce sens : CEDH, Décision de la Commission, *Bramelid et Malmström c. Suède*, n° 8588/79 et n° 8589/79, 12 décembre 1983.

27. Pour des cas récents : CEDH, *SPRL Projet Pilote Garoube c. France*, 3 mai 2018, n° 58986/13, et CEDH 2 oct. 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, n° 40575/10 et n° 67474/10.

De même, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) peut aussi avoir une influence sur l'arbitrage, parfois positif, avec l'arrêt *Claro*²⁸, soit négatif, avec l'arrêt *Achmea*²⁹.

C. L'application du droit international à l'arbitrage

◆ 1. Les traités internationaux applicables

Au niveau international, la France a ratifié trois traités qui trouvent, pour l'arbitrage en ligne, un intérêt particulier : la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, le Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage de 1923 et la Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1927. Sur diverses questions, notamment eu égard au consentement des parties à l'arbitrage ou au contrôle et de l'exécution de sentences arbitrales, ces conventions sont de nature à prévaloir sur le droit national en cas d'arbitrage international. Or, le caractère désormais électronique de la procédure d'arbitrage en ligne met à l'épreuve la compatibilité de ces textes avec les nouveaux enjeux techniques des procédures dématérialisées.

◆ 2. L'application de la jurisprudence internationale

Il n'existe pas de cours internationales dont la jurisprudence serait de nature à contribuer à l'élaboration du régime uniformisé ou même régulé de l'arbitrage en ligne.

◆ 3. Les autres sources internationales touchant l'arbitrage

Plusieurs organismes internationaux promeuvent l'arbitrage international comme méthode privilégiée de résolution de conflits du commerce international. C'est le cas de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), l'*International council for commercial arbitration* (ICCA) et l'*International bar association* (IBA).

Dans le cadre de cette promotion, ces organismes produisent des régulations de droit souple qui servent de lignes directrices pour les procédures arbitrales. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 et sa version amendée de 2006 peuvent ainsi servir de modèle à tout type de procédure arbitrale si les parties en font le choix. La CNUDCI a également publié une loi type de signature électronique en 2001 pouvant servir notamment de référence sur des questions liées à la dématérialisation de procédures, telle que le consentement de parties à l'arbitrage.

Enfin, se trouvent les *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration de 2010*, complétées par le *IBA Guide to Good Practice on the*

28. CJUE 26 octobre 2006, C-168/05 (*Claro*), complétant l'article R212-2 du Code de commerce.

29. CJUE 6 mars 2018, C-284/16 (*Achmea BV*) mettant fin au système d'arbitrage prévu dans les traités d'investissements intracommunautaire.

*Use of Video-Links Under the Evidence Convention*³⁰, qui ont vocation à englober l'arbitrage³¹ en ligne.

II. Le cas particulier de l'arbitrage en ligne

A. Les textes français relatifs à l'arbitrage en ligne

Si le titre II de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ne concerne pas directement l'arbitrage électronique, il doit être cité en ce que, dans sa volonté de favoriser assumée les modes alternatifs de résolution de conflits, il améliore le régime juridique de l'arbitrage dans le Code civil.

Plus récemment, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'est directement intéressée à l'arbitrage en ligne à son article 4 qui prévoit que, les arbitres en ligne doivent garantir « impartialité, indépendance, compétence et diligences » (nouvel art. 4-4 de la loi Justice du XXI^e siècle), que les centres d'arbitrage en ligne pourront faire désormais l'objet d'une certification par un organisme accrédité (nouvel art. 4-7) et que les données à caractère personnel devront être protégées (nouvel art. 4-2) et que les sentences arbitrales pourront être rendues sous la forme électronique (même article). Le phénomène de l'arbitrage en ligne est donc directement pris en compte désormais et accompagné par le législateur.

À l'heure actuelle, aucune autre source interne n'est de nature à réglementer directement l'arbitrage en ligne.

B. L'absence de textes européens en matière d'arbitrage en ligne

Au niveau régional, aucun texte de loi, jurisprudence ou autres sources ne réglemente l'arbitrage en ligne.

C. Les initiatives internationales sur la dématérialisation de l'arbitrage

Au niveau international, il n'y a de même pas de convention ni de jurisprudence traitant directement de l'arbitrage en ligne.

Pour ce qui est du droit souple, diverses sources ont abordé la question, de manière éparse. La Chambre de commerce internationale de Paris a notamment constitué l'*ICC Commission on Arbitration and ADR's Task Force on the Use of Information Technology in International Arbitration*. Cette commission s'est occupée de la question de la dématérialisation de

30. Le premier projet a été récemment publié et sera voté en mars 2019 : [en ligne] < <https://assets.hcch.net/docs/e0bee1ac-7aab-4277-ad03-343a7a23b4d7.pdf> >.

31. Et de manière générale à l'arbitrage en tant que procès : *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses de 2010*, *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration de 2013*, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration de 2014*.

l'arbitrage dans ce centre et a publié deux rapports en 2004 et 2017 sur l'utilisation de technologies de l'information dans l'arbitrage international. La doctrine s'est aussi intéressée à ce même aspect de l'utilisation des technologies de l'information dans l'arbitrage, ce qui a donné lieu à une riche bibliographie sur le sujet³².

La doctrine s'est encore consacrée à l'évolution numérique de l'arbitrage, de manière générale³³, mais aussi en lien avec la preuve électronique³⁴, l'amélioration du service de sélection des arbitres³⁵ ou encore avec la recherche d'une meilleure accessibilité à la justice arbitrale³⁶.

Par ailleurs, dans le domaine universitaire, des études empiriques de la Queen Mary University³⁷ ont été menées sur l'évolution de l'arbitrage ces dernières années. Elles ont notamment traité de la question de la technicisation de la procédure arbitrale. Enfin, l'apport de diverses études doctorales traitant du sujet de l'arbitrage en ligne est également à souligner³⁸.

En dernier lieu, deux initiatives internationales ont été lancées concernant le sujet de la cyber sécurité dans l'arbitrage international, ce qui intéresse fortement le sujet de la dématérialisation de l'arbitrage. C'est le cas d'une part du protocole du Groupe de travail de la Cybersécurité dans l'arbitrage international de l'ICCA, mené en collaboration avec le Barreau de New York et le CPR et soumis à consultation publique en avril 2018³⁹. D'autre part, l'*IBA Presidential Task Force on Cyber Security* a publié en octobre 2018 des lignes directrices sur la question⁴⁰.

Ces initiatives montrent une réelle préoccupation pour divers aspects concernant la dématérialisation de la procédure arbitrale, sans pour autant qu'il y ait une harmonie réglementaire dans le phénomène de numérisation de l'arbitrage. Certes, plusieurs aspects procéduraux

32. Th. Schultz, *Information technology and arbitration; a practitioner's guide*, éd. Kluwer Law International, 2006, 241 p. ; L. Kiffer, « Les NTIC et l'Arbitrage », in *L'E-Justice Dialogue et pouvoir, Archives de philosophie du droit*, Tome 54, Dalloz, 2011, p. 55.

33. M. Piers, Ch. Aschauer, *Arbitration in the digital age*, éd. Cambridge University Press, 2018.

34. Pour un exemple en ce sens : C. Warshauer, « Electronic discovery and arbitration : a shortcut through e-discovery », in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, vol. 2, 2008, p. 239-254.

35. P. Shaughnessy, « Arbitrator Intelligence – An interview with its founder and director, professor Catherine Rogers », *The Journal of Technology in International Arbitration*, vol. 1, Issue 1, 2015, p. 87.

36. M. Philippe, « We walked on the moon but justice is not yet online! Technology revolution and Online Dispute Resolution », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, octobre 2016, p. 48.

37. Trois études ont été rendues sur ce sujet : *International Dispute Resolution Survey: Pre-empting and Resolving Technology, Media and Telecoms Disputes*, Queen Mary University, 2016 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/189659.pdf> > ; *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, Queen Mary University, 2017 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> > ; *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, Queen Mary University, 2018 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> >.

38. B. Bouiri, *L'Arbitrage électronique : « la mise en place d'un environnement favorable »*, (ss. dir.) Y. Strickler et M'hamed Segame, thèse université Côte d'Azur, 2016 ; A. El Shakankiry, *Le Règlement des litiges du commerce international par l'arbitrage électronique: une approche sur le droit de l'économie numérique*, thèse université Montpellier, 2012.

39. *Draft Cybersecurity Protocol*, [en ligne] < <https://www.arbitration-icca.org/projects/Cybersecurity-International-Arbitration.html> >.

40. *Cyber Security Guidelines*, [en ligne] < <https://www.ibanet.org/LPRU/cybersecurity-guidelines.aspx> >.

doivent encore être pris en compte et la réglementation ne trouve pas à ce jour un cadre suffisamment solide pour le saisir ou l'organiser davantage. Pour autant, les efforts entrepris par des organismes sur des sujets concrets attestent la prise de conscience des besoins existants face à l'impact des nouvelles technologies dans l'arbitrage.

III. La pertinence des lois relatives aux *legaltech*, aux *start-up* et à l'intelligence artificielle

A. Le droit français de la *legaltech* : une réalité contrastée

Les *legaltech*, que l'on peut définir comme les technologies permettant l'automatisation d'un service juridique, que ce soit au niveau du support (le document), du processus (la procédure) ou de la relation avec les professionnels du droit, souffrent d'une situation paradoxale : l'incantation régulière dont elles bénéficient n'est soutenue par aucune vraie réforme pour les soutenir et les sécuriser, alors que ce serait nécessaire.

◆ 1. La promotion de la *legaltech* dans un cadre législatif insuffisant

Il n'y a pas de la réglementation sur les start-up, mais un ensemble de lois qui forment un cadre juridique et financier propice à la création de start-up. Les lois promeuvent notamment la création de ce type d'entreprises et facilitent leur organisation et leur financement⁴¹. Le domaine de la *legaltech* sera également concerné par le projet de loi sur le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (dite loi PACTE) dont le texte est en cours d'adoption au Parlement. Si l'ensemble de ces textes ne s'applique pas strictement à l'arbitrage en ligne, ils y portent un intérêt indirect. Les fournisseurs des services d'arbitrage en ligne auront donc à prendre en considération ce cadre législatif afin de pouvoir garantir leur offre sur le marché de la *legaltech*.

L'introduction des start-up, et notamment des fournisseurs des services de règlement de litiges en ligne, incite à tenir compte de considérations très sensibles inhérentes au fonctionnement de la Justice (respect des règles procédurales, de la pratique judiciaire, intérêt du justiciable, etc.). D'ailleurs, la *legaltech* est constituée « d'acteurs réglementés et non réglementés, qui parfois travaillent ensemble et parfois s'affrontent⁴². » On constate que le phénomène de numérisation de l'activité juridique (et plus concrètement en matière de rendu de la justice) est très sensible et insuffisamment encadré de la part du législateur à l'heure actuelle.

41. Pour une vision d'ensemble sur ces lois : la loi n° 94-1, promulguée le 3 janv. 1994, instituant la société par actions simplifiées ; la loi n° 99-587, promulguée le 12 juill. 1999, portant sur l'innovation et la recherche ; la loi n° 2008-776, promulguée le 4 août 2008, portant sur la modernisation de l'économie ; la loi de finance n° 97-1269, datant du 30 déc. 1997, portant sur le dispositif des BSPCE et complétée par l'article 163 bis G du Code Général des Impôts ; la loi de finance n° 2003-1311, de 2004, portant sur le statut de Jeune entreprise innovante et complétée par l'article 44 sexies A du Code général des impôts ; la loi de finance n° 2004-1484, datant du 30 déc. 2004, portant sur le dispositif des Attributions gratuites d'actions et l'ordonnance n° 2014-556, relative au financement participatif du 30 mai 2014.

42. Ch. Féral-Schuhl, Discours à l'occasion de la séance d'ouverture du Village de la *legaltech*, le 27 novembre 2018.

◆ 2. Une jurisprudence manquante en matière de *legaltech*

Aucune décision notable n'a encore été rendue sur le sujet à l'heure actuelle, hormis celle du Conseil constitutionnel déjà citée du 12 juin 2018 relative à l'utilisation des algorithmes dans les décisions administratives. En revanche, la question de la conformité à la loi de certains services proposés par des *legaltech* a déjà été soumise à certains tribunaux, mais cela ne concernait pas le règlement de litiges en ligne⁴³.

◆ 3. La place de la *soft law* dans les *legaltech*

Le droit souple a un certain impact en matière de *legaltech*. Notamment, diverses initiatives tant publiques que privées se sont intéressées à la question de l'éthique face à l'émergence de l'intelligence artificielle et son introduction dans le monde judiciaire/la justice.

Ainsi l'association de l'Open Law a promu la rédaction d'une charte éthique pour un marché du droit en ligne et de ses acteurs dont la version révisée a été publiée le 7 décembre 2017. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) a également consacré un rapport aux enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle en décembre 2017. Enfin, une autre initiative privée émane de la clinique du droit de Sciences Po Paris, en collaboration avec la start-up Prédicite et le cabinet Taylor Wessing, ayant publié le 20 novembre 2018 une charte éthique de la justice prédictive rédigée par le Comité éthique et scientifique de la justice prédictive. Les deux chartes fonctionnent sur l'adhésion spontanée des acteurs de justice prédictive.

Cette richesse de sources, souvent sous forme de *soft law*, sert de guide aux justiciables et aux acteurs de l'arbitrage sur des questions éthiques dans le cadre de la numérisation de leurs contentieux.

B. Le droit européen de la *legaltech*

Au niveau européen il n'y a pas de cadre légal établi sur la *legaltech*. En revanche, les institutions européennes contribuent aux réflexions sur la question en recourant au droit « souple⁴⁴. » Des interrogations se posent notamment sur l'éventuelle européisation de l'écosystème de la *legaltech*, toutefois aucune initiative officielle n'est encore menée en ce sens⁴⁵.

Ainsi en matière d'intelligence artificielle, la Commission européenne a mis en place en 2018 le « European AI Alliance » dont une commission d'experts a été constituée⁴⁶. Les travaux de cette Commission devront

43. Voir en ce sens [en ligne] < <http://www.avocatparis.org/le-barreau-de-paris-poursuit-en-justice-la-societe-forseti-editrice-du-site-doctrinefr> > et < <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/actu/0302305086735-doctrine-attaquee-par-lordre-des-avocats-de-paris-323612.php> >.

44. V. not. l'existence d'une *European Legal Technology Association* [en ligne] < <http://legal-tech-association.eu> >.

45. M. Lartigue, « Quel avenir pour l'écosystème de la *legaltech* à l'horizon 2030 ? », *Gaz. Pal.* 4 déc. 2018, p. 6. Partiellement accessible sur < <https://www.gazette-du-palais.fr/article/GPL338g9/> >.

46. Voir en ce sens [en ligne] < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-appoints-expert-group-ai-and-launches-european-ai-alliance> >.

être suivis avec le plus grand intérêt car cela peut influencer, non seulement sur l'utilisation de l'intelligence artificielle dans la justice prédictive, mais également sur le développement de l'arbitrage en ligne.

Par ailleurs, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe a récemment adopté, les 3 et 4 décembre 2018, la Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires⁴⁷. Cette charte s'adresse aux 47 États membres du Conseil de l'Europe et cible les autorités nationales responsables de l'intégration de l'intelligence artificielle dans les législations nationales et/ou les politiques judiciaires, les professionnels de la justice et aussi et surtout les acteurs privés, ce qui intéressera tout particulièrement la Commission étant donné que les acteurs de l'arbitrage en ligne sont avant tout privés.

C. Le droit international de la *legaltech*

Aucun texte international n'a vocation pour le moment à régir les questions tenant à l'intelligence artificielle ou à la *legaltech*. Il semble difficile de coordonner les efforts sur un marché si concurrentiel et dont les politiques correspondent à des choix plus politiques, économiques et culturels que purement juridiques. La question de droit applicable peut néanmoins se poser au regard des start-up dont le service serait de nature transfrontalière. Cette dernière question devrait intéresser notamment les start-up offrant des services d'arbitrage en ligne pour des arbitrages internationaux plus complexes, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui car l'offre de services d'arbitrage en ligne reste ancrée sur des petits litiges.

IV. La réglementation en matière d'enregistrement électronique partagé

A. Une législation française proactive en matière de DEEP

À la différence d'autres pays, la France s'est préoccupée très vite de la réglementation du dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP). Le premier texte qui a évoqué le DEEP est l'article 168 de la loi dite « Macron », loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Elle est en outre complétée par l'ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse dont l'article 2 modifie l'article L. 223-12 du Code monétaire et financier et légalise finalement le DEEP, l'ancrant dans le droit français.

Enfin une dernière ordonnance complète ce cadre législatif en 2017 : l'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et

47. CEPEJ, Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée par la CEPEJ, 3-4 déc. 2018 [en ligne] <<https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b>>.

la transmission de titres financier. L'article 1^{er} de ce texte modifie l'article L. 228-1 du Code de commerce et dans ses articles 2 et 3 modifie le Code monétaire et financier sur cette question. En outre, cette ordonnance est accompagnée du décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons.

L'introduction de cette technologie est de nature à avoir des répercussions à l'avenir sur les méthodes de résolution de conflits, notamment en facilitant de nouvelles formes procédurales complètement dématérialisées et sécurisées.

B. Des objectifs européens ambitieux sur la technologie des registres distribués

L'Union européenne s'intéresse particulièrement au sujet des registres distribués et elle a notamment mis en place l'*European Union Blockchain Observatory and Forum* en février 2018, dont l'objectif est d'amener une réflexion plus large portant sur l'encadrement adéquat du DEEP. Ce centre de réflexion a alors produit, en juillet 2018, l'étude portant sur *EU Study Cryptocurrencies and blockchain*⁴⁸. De même, une résolution du Parlement européen du 3 octobre 2018 sur les technologies des registres distribués et les chaînes de blocs appelle à renforcer la confiance par la désintermédiation [2017/2772 (RSP)]⁴⁹. L'Union européenne montre bien ainsi son ambition de devenir le pionnier dans le domaine spécifique des registres distribués.

C. La décision d'une absence de régulation internationale en matière de DEEP

À l'issue du G20 en Argentine en mars 2018, la décision a été prise de ne pas adopter une régulation internationale quelconque portant sur le dispositif d'enregistrement distribué partagé⁵⁰. Cela dit, et comme il est précédemment expliqué, des régulations régionales ne sont pas à écarter. Dans le cas des services d'arbitrage en ligne basés sur ce type de technologie, l'absence de régulation internationale devrait faire surgir certaines questions et justifier que des régulations soient envisagées.

48. R. Houben, A. Snyers (dir.), *Cryptocurrencies and blockchain* [en ligne] < <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf> >.

49. Résolution du Parlement européen du 3 octobre 2018 sur les technologies des registres distribués et les chaînes de blocs : renforcer la confiance par la désintermédiation (2017/2772(RSP)), [en ligne] < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0373+0+DOC+XML+V0//FR> >.

50. « *Blockchain Regulation: Technology Is Welcomed, Cryptocurrency Regulated* », *intellect soft*, 23 avril 2018 [en ligne] < <https://www.intellectsoft.net/blog/blockchain-government-regulation/> >.

V. Une réglementation abondante en matière de protection des données

A. Une protection légale des données personnelles affirmée

La protection des données est principalement garantie à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Très récemment, ce texte a fait l'objet d'une réforme, opérée par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018, afin d'adapter la législation interne aux exigences européennes⁵¹.

On notera toutefois que la loi du 20 juin 2018 doit être lue conjointement avec la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 déclarant une non-conformité partielle de ce texte à la Constitution en raison du fait que l'« autorité publique » pouvant utiliser les données personnelles en matière pénale n'était pas définie assez précisément.

L'ensemble de ces textes concernant la protection de données personnelles doit être soigneusement respecté dans le cadre de la dématérialisation des procédures, que ces dernières soient judiciaires ou arbitrales. Émergent en effet des questionnements relatifs à l'anonymisation des décisions de justice (moins en matière d'arbitrage toutefois, qui par nature devrait rester une procédure confidentielle, même si elle devenait « électronique »). La numérisation des procédures est un facteur de risque supplémentaire sur la protection des données personnelles.

B. Une volonté européenne forte de protection des données

Le premier texte européen qui a concerné le règlement de litiges en ligne en matière de protection de données fut la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du 28 janvier 1981.

L'entrée en application le 25 mai 2018 du règlement européen (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 a bouleversé le champ de la protection des données personnelles, ce dans tous les secteurs d'activité et notamment en matière judiciaire où les données personnelles revêtent aussi le caractère de données judiciaires. Tous les États Membres devant respecter ce règlement européen, le régime de protection de données s'en trouve davantage renforcé. Tout mécanisme de résolution de conflits en ligne ayant à traiter des informations des parties européennes ou ayant lieu dans le territoire des États membres sera soumis à cette réglementation.

51. V. en ce sens : « Protection des données personnelles : que contient la loi du 20 juin 2018 ? », [en ligne] < <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/securite-Internet/protection-donnees-personnelles-que-contient-loi-du-20-juin-2018.html> >.

C. Instruments internationaux relatifs à la protection de données personnelles

Il n'existe pas de conventions ou de traité internationaux en matière de protection de données personnelles. Du droit souple existe en revanche sur le sujet, émanant notamment de l'OECD⁵² et de l'ONU⁵³.

L'ensemble des lignes directrices promulguées par ces organismes internationaux peut trouver à s'appliquer dans le cadre des arbitrages en ligne lorsque les parties en font le choix. Et dans tous les cas, elles peuvent servir de guide sur la question de la protection des données personnelles en cas de flux transfrontières ou de stockage de fichiers.

VI. Le droit des « données ouvertes »

A. Le droit français sur l'open data

◆ 1. La récente législation française sur l'open data

La question des données ouvertes – ou open data – a fait l'objet de discussions à partir de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique⁵⁴. Ce texte imposait notamment le principe de la publicité des décisions de justice. En outre, le sujet de l'open data étant lié à celui des bases de données, lui est également applicable l'article L. 112-3, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle.

Ces deux questions – publicité des décisions de justice et constitution des bases de données – correspondent bien aux enjeux soulevés dans le présent rapport. Pourtant, la question en matière d'arbitrage doit être nuancée étant donné le caractère confidentiel de cette procédure. Cela pose la question de l'articulation de régimes juridiques qui devraient être conçus différemment si une réglementation sur l'arbitrage en ligne avait vocation à exister un jour en droit français.

◆ 2. Le silence des tribunaux français sur l'open data

Aucune décision de justice n'a eu à se prononcer sur l'open data des décisions de justice, ni en matière judiciaire ou arbitrale.

◆ 3. Un droit souple riche en matière d'open data

Le sujet de l'open data des décisions de justice a été longuement traité dans un rapport remis au ministère de la Justice par le professeur Loïc Cadiet⁵⁵.

52. OECD, Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontière de données de caractère personnel, version de 1980 et de 2013.

53. ONU, Résolution pour la réglementation des fichiers personnels informatisés (1990).

54. Les articles 20 et 21 de ce texte ont ainsi modifié l'article L. 10 du Code de justice administrative et prévu que le chapitre unique du titre Ier du livre Ier du Code de l'organisation judiciaire serait complété par un article L. 111-13 et les articles L. 321-1 à L. 326-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

55. L. Cadiet (dir.), *L'open data des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapport remis à la garde des Sceaux, éd. Ministère de la Justice, novembre 2017, éd. janv. 2018.

Concernant plus généralement l'open data on peut également citer, dans le domaine spécifique de la santé, le rapport publié par la Commission du ministère des affaires sociales et de la santé a publié le 9 juillet 2014 ou encore concernant le sujet des métadonnées, un rapport en 2016 du bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁵⁶. Pour sa part, le Conseil d'État a publié un rapport annuel en 2017 dans lequel il aborde notamment les questions tenant à l'ouverture de données, aux algorithmes, à l'intelligence artificielle, au big data, aux logiciels en *open source*⁵⁷.

La doctrine est quant à elle une source de droit abordant des sujets « connexes » comme la « justice prédictive⁵⁸ », la *legaltech*⁵⁹ ou encore l'apprentissage automatique⁶⁰.

Cet ensemble de sources alimente la réflexion sur la numérisation du droit et, pour ce qui nous intéresse, sur des aspects très importants liés à la dématérialisation des procédures de justice (judiciaire et arbitrale) et tenant à l'open data ainsi qu'à l'étude analytique des données de justice.

B. Les textes européens sur l'open data

L'Union européenne se préoccupe davantage de la transparence et du respect d'une concurrence loyale en matière d'information publique. C'est pourquoi, la directive 2003/98/EC modifiée par la directive 2013/37/EU promeut la publication des informations du secteur public et leur réutilisation.

L'article 4 (4) du règlement européen (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 aborde pour sa part la question connexe du profilage. Ce sujet présente un intérêt particulier dans le cadre de l'arbitrage en ligne puisque les arbitres pourraient se voir confrontés à cette question.

La question de l'anonymisation est abordée au sein du considérant n° 26 du règlement européen (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 et celle de la pseudonymisation par le règlement européen (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016. Ces deux textes auraient un intérêt particulier au regard d'éventuelles sentences arbitrales électroniques dans le cadre d'arbitrages en ligne.

56. A. Rouvroy, *Des données et des hommes, droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, Rapport du bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, éd. Conseil de l'Europe, 2016, 45 p.

57. Conseil d'État, *La Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation*, Rapport annuel du Conseil d'État, éd. La Documentation française, coll. Les Études du Conseil d'État, 2017, 189 p.

58. R. Seve, *La Justice prédictive*, Tome 60, éd. Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, 2018, 412 p.

59. Legal-tech.fr Le magazine français de la legaltech, < <http://legal-tech.fr> >.

60. A. Smola, S.V.N. Vishwanathan, *Introduction to Machine learning*, éd. Cambridge University Press, 2008, 18 p. [en ligne] < <https://www.kth.se/social/upload/53a14887f276540ebc81aec3/online.pdf> >.

C. Les initiatives internationales sur l'open data

Diverses initiatives ont été prises par les États en matière d'open data, dans un souci de favoriser une gouvernance plus transparente et loyale à une époque où les données ont une valeur croissante. Ainsi, les représentants des États du G8 ont signé la charte du G8 pour l'ouverture des données publiques le 18 juin 2013 afin de promouvoir une politique d'open data. Pour ce qui est de l'anonymisation, les États s'y sont intéressés lors du G29 et ont émis un avis en mai 2014 (avis 05/2014).

Une autre initiative sur l'ouverture de données se trouve dans la création de l'*International Open Data Charter 2015*⁶¹, ouverte autant à des pays (64 signataires dont la France) qu'à des organismes (48 signataires).

Bien que ces textes ne trouvent pas à s'appliquer directement au sujet de l'arbitrage en ligne, le groupe de travail invite l'ensemble de la communauté arbitrale à prendre en compte ces dispositions en matière d'open data pour réfléchir au cadre législatif applicable en matière d'arbitrage en ligne.

VII. Le droit applicable à la dématérialisation

A. Le droit positif français sur la dématérialisation des actes et des procédures

Un vaste ensemble de textes régit la dématérialisation de la justice étatique, sous plusieurs angles. Le groupe de travail s'est concentré sur les textes régissant la communication électronique, en distinguant bien ce qui relève de la dématérialisation de la transmission des actes de la dématérialisation des actes eux-mêmes.

En ce qui concerne, d'abord, la transmission électronique des actes, elle a fait l'objet de réformes de la procédure civile depuis déjà quelques années. Le cadre réglementaire général est issu du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 créant, dans le Code de procédure civile, un nouveau titre XXI au sein du livre premier (articles 748-1 et suivants du CPC). Ce texte a rendu possible, l'envoi, la remise et la notification par voie électronique de l'ensemble des actes et des pièces dans le contexte d'une procédure judiciaire. Applicables depuis le 1^{er} janvier 2009, ces dispositions permettent de façon générale la substitution d'un acte électronique à un acte établi sur support papier, avec l'accord du destinataire, à condition toutefois que les procédés techniques utilisés garantissent, dans les conditions prévues par arrêté, la fiabilité de l'identification des parties, l'intégrité des documents, la sécurité et la confidentialité des échanges avec les juridictions. La mise en œuvre effective de la communication

61. Voir en ce sens < <https://opendatacharter.net/> >.

électronique est donc conditionnée à la publication d'arrêtés techniques. À partir de 2005, ont été successivement publiés plusieurs arrêtés (pour le TGI, la cour d'appel et la cour de cassation notamment) définissant les procédés techniques offrant les garanties requises pour les différentes juridictions et en fonction des procédures mises en œuvre.

On relèvera d'ailleurs que la transmission électronique des actes a aussi été acceptée tant par le Conseil d'État⁶² que par la Cour de cassation, laquelle a admis qu'un appel en matière prud'homale formé par voie électronique était recevable⁶³. Ces décisions, dont il n'est pas encore possible de tirer des règles générales, sont intéressantes en ce qu'elles ont été prises par les hautes juridictions en l'absence de texte.

En ce qui concerne, ensuite, la dématérialisation des actes en eux-mêmes, elle n'est pas régie par les articles 748-1 et suivants du Code de procédure civile. Ainsi, pour le jugement civil, qui ne figure pas non plus dans l'énumération de l'article 748-1 (qui n'évoque que la transmission d'une copie, le cas échéant exécutoire), c'est le décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire qui a introduit la possibilité d'établir les jugements sur support électronique (cf. article 456 du code de procédure civile). Cette possibilité est encadrée de manière à ce que les procédés utilisés garantissent l'intégrité et la conservation du jugement. Le jugement établi sur support électronique est ainsi signé au moyen d'un procédé de signature électronique sécurisée répondant aux exigences du décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique. Les modalités d'application de l'article 456 du code de procédure civile doivent être précisées par arrêté du garde des sceaux. Un arrêté du 18 octobre 2013 prévoit la signature électronique des décisions de justice rendues en matière civile par la Cour de cassation. Puis, il y a la dématérialisation de la sentence arbitrale consacrée dans la loi n° 2109-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

À propos de l'arbitrage, puisque celui-ci procède d'un contrat, il faut évoquer le contrat électronique pour rappeler que la législation française a aussi évolué depuis le début des années 2000 de manière significative : le législateur s'est en effet d'abord attaché à sécuriser l'acte électronique en tant que mode de preuve en précisant la recevabilité d'un tel mode de preuve et sa force probante. Tel fut l'objet de la loi du 13 mars 2000 dont sont issus les anciens articles 1316 et suivants du Code civil, devenus après la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016, les articles 1365 et suivants. Ainsi l'article 1366 du Code civil pose deux conditions pour qu'un écrit électronique soit reconnu comme preuve au même titre qu'un écrit sur papier : la personne dont il émane peut-être dûment identifiée (ce qui pourra être fait grâce au recours à

62. CE, 10^e et 9^e ss-sect., 28 décembre 2001, n° 112646.

63. Soc., 18 janvier 2017, n° 14-29.013, Bull. civ. V, n° 11.

une signature sécurisée) et l'écrit doit être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Outre l'écrit sous forme électronique, le Code civil régit également la signature électronique qui est également admise. Selon l'article 1367 du Code civil, celle-ci consiste en « l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

Cette même loi a d'ailleurs permis l'extension du support électronique aux actes authentiques en ajoutant un alinéa à l'ancien article 1317 du Code civil (devenue l'article 1369) qui précise que l'acte authentique « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en conseil d'État ». Ainsi, un décret n° 2005-972 du 10 août 2005 a fixé les conditions d'établissement de l'acte d'huissier électronique. De même, s'agissant des notaires, un décret n°2005-973 du 10 août 2005 fixe les modalités à respecter pour l'établissement d'un acte notarié sur support électronique ainsi que pour sa conservation.

Et c'est la loi du 21 juin 2004 pour voir admettre que lorsqu'un écrit est exigé à titre de validité de la convention (et non plus à titre seulement de preuve), il puisse être dressé sur support électronique : ce sont les anciens articles 1108-1 et 1108-2 au Code civil devenus les articles 1174 et 1175 de ce Code.

Ainsi, les dispositions relatives à l'écrit électronique figurent dans le Code civil aux articles 1125 et suivants (s'agissant de l'usage de l'électronique dans le processus de conclusion des contrats), aux articles 1174 et suivants (s'agissant des questions de validité de l'écrit électronique) et enfin aux articles 1365 et suivants s'agissant des questions de preuve et de signature). Pour la petite histoire, on sait que lors des travaux de réflexion sur la réforme du droit des contrats, il avait été envisagé de regrouper tous ces textes sous un même chapitre consacré au « contrat électronique ». Cela n'a pas été suivi car il a été fait observer que cela risquait de conférer dans la partie générale consacré au droit commun des contrats un statut un peu particulier au « contrat électronique » en en faisant un contrat spécial en quelque sorte dont la place n'était pas là. Mais cela montre bien qu'il a des spécificités qu'il convient de prendre en compte.

B. Des initiatives européennes vers une cyberjustice

S'inscrivant dans le cadre du droit souple, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe avait publié en 2016 des Lignes directrices sur la conduite du changement vers la cyberjustice.

Conclusion

L'ensemble de ces sources (lois, jurisprudences, rapports, doctrine, études, etc.), portant sur une variété de sujets, montre bien la complexité

du phénomène numérique. Celui-ci est de nature à impacter, comme précédemment exposé, plusieurs domaines concomitamment (arbitrage, protection de données, cyber sécurité, etc.).

La conclusion ressortant de la présentation qui précède est double. Les évolutions législatives n'ont malheureusement pas le même rythme dans chacun de ces domaines. En outre, le législateur français n'a jusqu'à présent pas donné de réponse globale, cohérente et complète face à la rapide transformation sociale et légale que la mutation technologique implique pour le droit, notamment dans son volet contentieux.

L'arbitrage en ligne se trouve ainsi à la croisée d'évolutions législatives éparses et déséquilibrées. Il convient de prendre en compte un élément supplémentaire : la concurrence des offres à l'étranger. En effet, le marché du numérique, et notamment des services de résolution de conflits, est soumis à forte concurrence, car l'arbitrage est attractif et les pratiques se développent sans attendre.

CHAPITRE 2.

PRATIQUES EN VIGUEUR

Comme on l'a vu, l'arbitrage en ligne est concerné par des textes législatifs existants, qui touchent de manière transversale à différents aspects de la pratique juridictionnelle en ligne, qu'elle soit arbitrale ou non. Pour permettre un développement serein et encadré de la pratique, il est donc nécessaire d'aller plus loin et d'imaginer un ensemble de règles cohérent et complet. Néanmoins, l'arbitrage en ligne, s'il n'est aujourd'hui pas prévu explicitement par les textes, existe en réalité d'ores et déjà, par ses acteurs, bien que cette réalité soit encore modeste.

Les acteurs de l'arbitrage en ligne sont déjà relativement nombreux en France. Du fait de leur expérience constituée depuis plusieurs années, ils peuvent dès à présent donner un premier aperçu de la façon dont doit être traité le sujet, sensible, de l'arbitrage en ligne, à l'heure où Internet est devenu l'outil indispensable du traitement de bon nombre des arbitrages qui peuvent se tenir dans le monde (ou de certains aspects de la procédure arbitrale comme la transmission des documents, communications à distance, etc.), du moins en tant que support secondaire de la procédure⁶⁴. Cette pratique se traduit notamment par diverses expériences qui ont été,

64. G. Decocq, « L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage », Rev. arb. 2012, p. 769.

et sont actuellement, menées par des centres d'arbitrage et des start-up. Il est notamment possible de faire ici référence à l'expérience de la Chambre de commerce internationale « Netcase » qui aura été développée de 2002 à 2004⁶⁵, à l'émergence de nouveaux centres d'arbitrage tels qu'eJust et Fastarbitre, que le groupe de travail a pu rencontrer⁶⁶, ou encore de services de greffes en ligne comme MyCercle.

Ces acteurs ne sont pas apparus tous en même temps et justifient d'expériences diverses dans le domaine de l'arbitrage, et *a fortiori* de l'arbitrage en ligne du fait de leur durée d'existence, mais également de la vision qu'ils ont ou ont pu avoir de la notion d'arbitrage en ligne, certains considérant que l'aspect « en ligne » de l'arbitrage doit se limiter à un simple support de la procédure classique, d'autres considérant que le caractère « en ligne » d'une procédure doit changer la nature même de l'arbitrage. Ainsi, il existe presque autant de pratiques de l'arbitrage en ligne qu'il n'y a d'acteurs dans le domaine.

Il serait possible de différencier les acteurs de l'arbitrage en ligne selon trois catégories : les plus anciens que l'on pourrait nommer « les acteurs installés » (I), les nouveaux acteurs, plus récents, que l'on pourrait qualifier d'« émergents » (II), et enfin, les acteurs à venir, qui marquent un intérêt pour la matière et qui pourraient se tourner vers l'arbitrage en ligne dans un futur plus ou moins proche, « les acteurs potentiels » (III).

I. Les acteurs installés et l'arbitrage en ligne, une utilisation secondaire du numérique dans la procédure

L'arbitrage en ligne n'est pas une réelle nouveauté. Il existe depuis de nombreuses années comme peuvent en témoigner quelques acteurs, bien que ce type d'arbitrage ait été à la fois restreint par son nombre et limité dans son domaine d'application. En effet, jusqu'à présent, les expériences d'arbitrage en ligne se sont limitées aux contentieux de petits litiges, ce qui serait notamment dû à une forme de méfiance que les praticiens de l'arbitrage ont vis-à-vis du numérique⁶⁷.

À ce titre, trois acteurs, deux internationaux et un français, appellent naturellement l'attention du groupe de travail sur l'arbitrage en ligne instituée par le Club des juristes. Il s'agit du laboratoire Cyberjustice de l'université de Montréal, pionnier dans l'organisation d'arbitrages en ligne et qui a engendré la naissance du phénomène (A), et de grandes structures telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), également l'une des pionnières de cette pratique, et la Chambre de commerce internationale (CCI), chacune étant révélatrice de l'utilisation de l'arbitrage en ligne par les acteurs classiques de l'arbitrage (B).

65. M. Philippe, « NetCase : une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI », in Spécial Supplément 2004 : La technologie au service du règlement des différends commerciaux, 2004, p. 55.

66. Auditions réalisées le 6 juin 2018.

67. G. Decocq, « L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage », *op. cit.*

A. La naissance de l'arbitrage en ligne

Afin de s'intéresser aux pratiques de l'arbitrage en ligne aujourd'hui en vigueur, il convient d'étudier les origines mêmes de cette pratique. À cet effet, il est nécessaire de s'intéresser au laboratoire Cyberjustice.

Le laboratoire Cyberjustice est un espace de réflexion développé au sein de la faculté de droit de l'université de Montréal, dirigé par Karim Benyekhlef, dont l'objectif est depuis 2010 de repenser les modèles de justice à l'épreuve des nouvelles technologies. Historiquement le laboratoire a été la première structure publique à tenter l'expérience de la résolution des litiges en ligne par voie d'arbitrage⁶⁸ avec l'expérience du Cybertribunal en 1996 – ce projet n'ayant duré que trois ans. C'est donc entre 1996 et 1999 qu'il est possible de trouver les racines de la réflexion sur l'arbitrage en ligne, qui conduiront à la fondation de eResolution entre 1999 et 2001, permettant de résoudre en ligne plus de 500 conflits en provenance de plus de 50 États. La réflexion évoluera jusqu'à la création du laboratoire Cyberjustice, dans le cadre d'un projet visant à développer des logiciels dont l'un des buts principaux était d'informatiser le système judiciaire et de construire une salle d'audience de cyberjustice. L'une des idées phares de ces projets fut de ne pas considérer l'arbitrage en ligne comme un arbitrage uniquement en ligne. Autrement dit, l'on pourrait penser l'utilisation de certains éléments de technologie de communication venant en support d'une procédure arbitrale classique, par l'emploi de visioconférences par exemple, sans pour autant dénaturer totalement la procédure arbitrale classique. En effet, la procédure en présentielle semble toujours rester un élément apprécié par les acteurs de la communauté arbitrale, notamment dans le cadre d'arbitrages complexes.

À partir de cette initiative pionnière, d'autres expériences ont pu être menées, en Ontario notamment, au sein du tribunal des copropriétés qui est un tribunal sans salle d'audience, au sein également du tribunal de l'Alena ou encore en Grande-Bretagne avec l'expérience « money online », qui a pu faire l'objet d'un rapport en 2004⁶⁹ par David Benichou, alors juge d'instruction au Tribunal de grande instance de Paris. L'ensemble de ces projets – et de bien d'autres à l'international – montre bien une ambition de dématérialisation de la justice tant privée (arbitrale) que publique (étatique). Le succès et les évolutions diverses de ces expériences sont d'ailleurs de nature à prouver qu'il est possible de rendre la justice en ligne.

Parmi ces derniers projets, on notera que le laboratoire Cyberjustice a mis en place une plateforme particulière de règlement des litiges, la plateforme PARLe (Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne). Cette plateforme permet aux consommateurs de voir leurs litiges de

68. Audition du professeur Karim Benyekhlef par la Commission sur l'Arbitrage en ligne, le 6 juin 2018

69. D. Benichou : « Justice en ligne », Rapport du stage effectué à Londres du 26 au 30 avril 2004, Comité franco-britannique de coopération judiciaire

faible intensité réglés en peu de temps et à moindres frais, le service étant gratuit. L'idée est pour cela d'intégrer des éléments de négociation par l'intelligence artificielle de la plateforme, en proposant aux protagonistes du litige des solutions qui puissent y mettre un terme. Néanmoins, en cas d'échec de la négociation, une procédure de médiation et d'arbitrage peut être mise en œuvre, en ligne également.

Fort de l'ensemble de ces expériences, à la fois juridiques et sociales, le professeur Benyekhlef a pu identifier des problématiques qu'il convient encore d'étudier, mais a relevé l'intérêt de pratiques comme l'arbitrage en ligne, notamment en raison de la nécessité de répondre dans des délais raisonnables aux demandes des justiciables, mais également dans un objectif de rationalisation des coûts des procédures. Les problèmes qu'il reste encore à traiter aujourd'hui résident pour l'essentiel dans le financement des plateformes et dans les risques liés à la fracture numérique, étant donné que certains des services ainsi proposés en ligne ne le sont plus physiquement par les administrations étatiques⁷⁰.

En définitive, le laboratoire Cyberjustice a mis en lumière de nombreuses applications possibles du règlement des différends en ligne, permettant de lancer une véritable réflexion, basée sur de nombreuses années de pratique, sur l'arbitrage en ligne.

B. La pratique de l'arbitrage en ligne dans les institutions classiques

Ce phénomène naissant, les grandes institutions d'arbitrage ont tenté d'intégrer ces procédures dans leur mode de fonctionnement. Ce fut notamment le cas de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et de la Chambre de commerce internationale.

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle possède en son sein un centre d'arbitrage et de médiation. Ce Centre est une institution neutre, internationale et sans but lucratif, qui propose des procédures de règlement extrajudiciaire rapides et économiques des litiges commerciaux, de propriété intellectuelle et de technologie. Créé en 1994, il est basé à Genève et dispose depuis 2010 d'un bureau situé à Singapour⁷¹. Ce centre a également développé plusieurs formes de procédures dématérialisées, adaptées aux différents types de litiges dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Il peut s'agir de procédures d'arbitrage classique, d'arbitrage accéléré, mais aussi de médiation ou des procédures d'expertises de l'OMPI. Ces procédures peuvent par ailleurs reposer sur des relations contractuelles (pour ce qui touche aux licences de brevets par exemple) ou non

70. Voir en ce sens le tribunal des copropriétés d'Ontario, le tribunal de la régie au logement et son projet de chatbot juridique, ainsi que le projet Portalis en France.

71. Audition de Monsieur Ignacio de Castro, Deputy Director, WIPO Arbitration and Mediation Center, par la Commission sur l'Arbitrage en ligne, le 6 juin 2018.

contractuelles (notamment avec les contrefaçons de brevet).

L'attention de notre groupe de travail s'est notamment portée sur la procédure propre aux litiges concernant les noms de domaine, même s'ils ne relèvent pas de la qualification d'arbitrage. Le Centre a traité plusieurs milliers de procédures sur le sujet depuis 1999. Il s'agit là d'une procédure que l'OMPI considère comme une « procédure administrative sans audience », puisque, concrètement, la procédure est initiée par courriel et une décision est prise à la fin. L'écueil principal⁷² de ces procédures est de ne pas être « finale », à savoir qu'il est encore possible de mener, en parallèle ou après, une procédure devant une juridiction étatique.

En outre, l'OMPI favorise les audiences en ligne, notamment par l'article 55 de son règlement d'arbitrage, afin de permettre aux parties de requérir une audience, par exemple pour la présentation d'une preuve. Les parties sont ainsi libres d'être physiquement présentes à l'audience ou de la tenir par visioconférence, afin de réduire les coûts du dossier et en consultation avec le tribunal.

Enfin, elle a également mis en place un système électronique sécurisé, baptisé ECAF, permettant aux parties, arbitres, médiateurs et experts ainsi qu'au Centre de communiquer par voie électronique, de stocker des pièces de procédures et d'accéder à ces pièces via un registre sur Internet. Ce système permet ainsi d'être rapidement informé du contenu du dossier.

L'OMPI met donc en œuvre une procédure mixte d'arbitrage en ligne, permettant également d'utiliser certains atouts de l'arbitrage en ligne, couplés avec des éléments de procédure arbitrale plus classique. Néanmoins, l'OMPI pousse la réflexion plus loin sur la place de la machine dans la prise de décision quant aux dossiers traités, travaillant à ce qu'un algorithme puisse répondre de manière autonome. S'il n'est aujourd'hui pas question de permettre en France à une machine de déterminer seule l'issue d'un arbitrage, ce projet reste néanmoins à l'étude.

Il s'agit là d'un nouvel enjeu qui ne pourra être que croissant avec l'utilisation des nouvelles technologies dans l'arbitrage, à savoir que l'offre peut devenir trompeuse. Un utilisateur – un justiciable – pourrait alors penser recourir à une procédure d'arbitrage, qui lui offrirait de nombreuses garanties, et avoir en réalité à subir des conséquences inattendues de l'usage abusif de ce terme (impossibilité de faire exécuter la décision, possibilité d'un appel, etc.). Il serait donc opportun de s'intéresser à un mode de contrôle de l'usage de ce terme.

72. En cela, l'OMPI considère que ces procédures sont « administratives », mais il s'agit toutefois d'une caractérisation interne de l'OMPI, qui estime que l'arbitrage a pour finalité une sentence arbitrale, exécutable à travers convention de New York, ce qui n'est pas le cas ici puisqu'elles donnent lieu à un recours devant les juridictions nationales (la juridiction compétente étant celle du lieu de l'établissement du défendeur).

L'OMPI n'est pas la seule institution à recourir aux procédés en ligne. C'est aussi le cas de la Chambre de commerce internationale. Pour sa part, après la suppression en 2002 de Netcase, sa plateforme d'arbitrage en ligne pour la résolution de petits litiges, la CCI aborde la question de l'arbitrage en ligne de façon très limitée. À l'inverse de ce qui a pu être évoqué précédemment – où des services spécifiques pouvaient être offerts dans le cadre d'arbitrages en ligne – la CCI propose une offre mixte, comme dans certains cas pour l'OMPI. Elle va ainsi mêler la procédure traditionnelle de l'arbitrage avec les nouvelles technologies, tout en adaptant à ces nouvelles possibilités, mais de façon assez restreinte. En effet, il suffit de s'intéresser au règlement d'arbitrage applicable lors de tout arbitrage devant la CCI pour voir que la question n'y est traitée que très partiellement. Il n'y est même fait référence qu'une seule fois, dans l'appendice IV du règlement abordant les techniques de gestion de la procédure⁷³. Dans ce document, la CCI offre la possibilité aux parties et au tribunal arbitral, dans une optique de bonne administration des coûts de la procédure, de recourir aux technologies de l'information et d'échanger des communications en ligne, entre elles, avec le tribunal arbitral ou avec le Secrétariat.

Néanmoins, il convient de remarquer que la CCI présente une limite ferme à l'emploi de ce procédé de communication dans la procédure arbitrale. Elle indique à ce titre dans son règlement – au sein de l'appendice IV f) – qu'il est possible pour les parties, le tribunal arbitral ou le Secrétariat de procéder en ligne sauf à ce que la présence physique ne soit indispensable. En d'autres termes, il est des cas où la CCI estime qu'il n'est pas possible de se passer d'une présence physique des acteurs de la procédure arbitrale, et qu'en conséquence, un arbitrage qui se déroulerait totalement en ligne ne serait pas envisageable.

Ainsi, si la CCI invite les parties à utiliser les technologies de l'information pour mieux gérer les coûts de la procédure, afin que ceux-ci restent raisonnables vis-à-vis du montant au litige, celle-ci ne semble l'envisager que comme un soutien à la procédure arbitrale, et ne saurait le considérer comme la procédure arbitrale en elle-même. L'arbitrage en ligne ne serait donc pas « que » en ligne, mais le numérique ferait simplement office de support lorsque les circonstances le permettent. Il serait donc ici question d'un arbitrage assisté par les nouvelles technologies, et non pas d'un arbitrage réalisé par le numérique. En conséquence, l'offre de la CCI est bien mixte, puisqu'elle propose à la fois des éléments classiques de la procédure arbitrale « présentielle » et des éléments de procédure en ligne, afin d'optimiser la procédure.

Les acteurs classiques de l'arbitrage se tournent donc peu à peu vers l'arbitrage en ligne, l'intégrant dans leur mode de fonctionnement. Ce ne sont cependant pas les seuls, certains acteurs faisant leur apparition avec ce nouveau mode de résolution des différends en ligne. Une

73. Règlement d'arbitrage de la CCI, appendice IV f), applicable au 1^{er} mars 2017.

différence nette est néanmoins à observer. Si les acteurs classiques et installés de l'arbitrage tendent à offrir des solutions mixtes, c'est-à-dire des solutions d'arbitrages comme nous l'avons vu « assistées » par le numérique, les nouveaux acteurs, quant à eux, tendent à développer des solutions d'arbitrage « réalisées » par le numérique.

II. Les nouveaux acteurs et l'arbitrage en ligne, le numérique au cœur de la procédure arbitrale

L'arbitrage en ligne est loin de faire l'unanimité au sein des praticiens de l'arbitrage, et certains en rejettent le principe comme l'application⁷⁴. Ce rejet passerait lui-même par deux refus, celui de l'arbitrage en ligne sous le format d'une « machine à juger⁷⁵ », mais également celui des centres d'arbitrage en ligne. Pourtant, on constate que de tels acteurs émergent, en France comme ailleurs. Ces centres d'arbitrage en ligne, s'ils sont nouveaux dans la forme, restent assez classiques sur le fond, et peuvent être classés en fonction de leur pratique contentieuse. En effet, certains offriront une plateforme très généraliste, assez concentrée sur le droit des affaires de manière générale (A) tandis que d'autres mettront en avant des initiatives bien plus ciblées, spécialisées (B).

A. L'installation de nouveaux centres d'arbitrages généralistes en ligne

Les initiatives se multiplient, à l'étranger comme en France. De nombreuses plateformes sont créées et viennent compléter le panel déjà existant de l'offre d'arbitrage en ligne. Notre groupe de travail a pu en rencontrer certaines, notamment FastArbitre et eJust, qui ont présenté les enjeux relatifs à la résolution en ligne des litiges pour un centre d'arbitrage.

FastArbitre est l'un des acteurs émergents de l'arbitrage en ligne. Issue de l'Institut Digital d'Arbitrage et de Médiation, cette plateforme 100 % en ligne permet de soumettre son litige à une procédure particulière, prévue en trois temps : une phase de médiation, gratuite, une phase d'arbitrage ensuite et une phase de rendu de la sentence, qui permettra au justiciable de faire valoir ses droits – dans les 159 pays signataires de la Convention de New York selon FastArbitre⁷⁶. L'objectif affiché par la plateforme est limpide : simplifier la gestion de la procédure⁷⁷.

À cette fin, FastArbitre veut 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

74. G. Decocq, « L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage », *op. cit.*

75. *Ibidem.*

76. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New York »), 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959 en application de son article XII.

77. Voir en ce sens le site Internet de la plateforme : <https://fast-arbitre.com/fr/>

d'en maîtriser les coûts demandés aux parties, notamment en mettant en place des tarifs forfaitaires, de 750 euros à 2 250 euros par litige.

FastArbitre propose ses services sur une large partie des litiges qui peuvent concerner les entreprises et le monde des affaires de manière générale, que ce soit dans le cadre d'un litige à proprement parler ou dans le cadre d'un recouvrement de créance.

Ce centre d'arbitrage et de médiation en ligne est assez récent. La pratique de cette start-up est fondée sur deux aspects fondamentaux : l'aspect processuel et l'aspect substantiel⁷⁸.

Concernant l'aspect processuel, il s'agit ici de réussir à encoder les règles juridiques sur une plateforme en ligne, en respectant une logique formelle, une logique déontique (qui conduit la plateforme à interagir avec le justiciable, en lui recommandant de fournir des pièces en fonction de la demande formulée), mais également une logique procédurale. En effet, si l'arbitrage en ligne semble être une nouvelle façon d'imaginer le procès arbitral et la résolution des différends, il n'en demeure pas moins qu'il se doit de respecter des règles anciennes, mais fondamentales, que son caractère de modernité ne lui permet pas de contourner⁷⁹. Il est ici évidemment question de l'ensemble des règles du procès équitable, notamment le principe du contradictoire, qui doivent être traduites informatiquement pour que la plateforme de résolution des litiges reste dans le respect de ces règles essentielles.

Ces problématiques sont également partagées par un autre centre d'arbitrage en ligne, eJust. Basé à Paris et Genève, ce centre revendique une même volonté de démocratiser l'arbitrage en le rendant accessible en ligne. Son action est aussi essentiellement tournée vers les entreprises et le monde des affaires.

EJust a notamment pu être remarqué lorsque la SNCF Transilien a souhaité lancer un partenariat avec lui, pour mettre en place un mode de règlement des différends en ligne pour ses consommateurs⁸⁰. La SNCF Transilien a en effet souhaité recourir à un dispositif efficace de résolution des différends, étant peu satisfaite de la possibilité de recourir à un médiateur en raison du manque de résultats et des accusations de partialité qui pesaient sur lui⁸¹. Ainsi, lorsqu'un litige éclatait entre cette entreprise et un de ses clients, la possibilité était laissée au consommateur de saisir eJust en vue d'obtenir la réparation de son

78. Audition de Monsieur Étienne Deshoulières et de Monsieur Thomas Saint-Aubin, cofondateurs de FastArbitre, par la Commission sur l'Arbitrage en ligne, le 6 juin 2018.

79. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, éd. PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, p. 25.

80. M. Danis, « L'Arbitrage en ligne, une nouvelle forme de service client ? », *L'Opinion*, 12 septembre 2017, <https://www.lopinion.fr/blog/relais-d-opinion/l-arbitrage-en-ligne-nouvelle-forme-service-client-133844>

81. Voir en ce sens : F. Guernalec : « SNCF Transilien propose le recours à l'arbitrage dans le règlement des litiges », *MobilisCités.com*, 6 juillet 2017, [en ligne] < <http://www.mobiliscites.com/Dossier-20-Le-nouveau-visage-de-la-SNCF/011-6345-SNCF-Transilien-propose-le-recours-a-l-arbitrage-dans-le-reglement-de-litiges.html>

dommage par une action devant ce tribunal arbitral en ligne. C'était donc bel et bien le litige du quotidien, le litige de masse qui était ici soumis à l'arbitrage, comme le permet la loi Justice du XXI^e siècle⁸².

Ainsi, eJust propose⁸³ de résoudre des différends par la voie de l'arbitrage en ligne en restant focalisée sur cinq enjeux. Celui tout d'abord de la norme, qui va être de conduire la plateforme à la mise en place d'une structure permettant de couvrir le plus de litiges possible ; un enjeu tenant ensuite au coût, en permettant aux utilisateurs de ne pas voir la procédure comme trop chère vis-à-vis de la procédure étatique ; la vitesse en outre, en assurant au justiciable une sentence rendue dans les 90 jours ; la simplicité, permettant aux parties de comprendre la procédure et d'en rester maîtresses ; enfin, l'adéquation au marché, permettant de proposer des solutions adaptées aux besoins des justiciables.

Ces deux centres d'arbitrage en ligne, s'ils sont récents, fonctionnent aujourd'hui de manière continue. Il semble toutefois qu'ils n'aient eu à connaître jusqu'à présent que d'un nombre très limité d'affaires, montrant ainsi que les esprits ne sont pas encore mûrs. Ils sont assez classiques, du moins autant que puisse l'être un centre d'arbitrage en ligne, par la nature des litiges qu'ils tranchent. Il convient néanmoins de remarquer que la tendance est à l'émergence d'autres types de centres d'arbitrage en ligne, nettement plus spécialisés, dont un exemple peut être trouvé dans le Tribunal arbitral des affaires familiales.

B. L'installation de nouveaux centres d'arbitrages en ligne spécialisés

Le numérique a cela de particulier qu'il permet de faire naître de nombreuses initiatives à moindre coût, et l'arbitrage en ligne ne fait pas exception. Dans une logique de spécialisation, à la manière des tribunaux étatiques qui sont orientés en fonction des sujets traités (tribunal judiciaire, tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, etc.), certains nouveaux centres d'arbitrage se sont spécialisés dans un domaine particulier du droit.

Le Tribunal arbitral des affaires familiales⁸⁴, lancé en 2018, en est un exemple frappant. Également issu, tout comme FastArbitre, de l'Institut digital d'arbitrage et de médiation, ce tribunal arbitral dématérialisé a vocation à permettre aux professionnels du droit d'avoir accès aux outils nécessaires à l'organisation d'arbitrages en ligne en matière familiale⁸⁵.

82. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

83. Audition de Madame Anne-Sophie Reynaud et Monsieur Christophe Delétraz, représentants de eJust, par la Commission sur l'Arbitrage en ligne, le 6 juin 2018.

84. <http://www.tribunal-familial.fr/>

85. Voir en ce sens : E. Deshoulières : « Ouverture du Tribunal arbitral des affaires familiales », 10 juillet 2018, <https://www.deshoulieres-avocats.com/ouverture-du-tribunal-arbitral-des-affaires-familiales/>.

Si, comme cela a pu être rappelé précédemment, la loi Justice du XXI^e siècle⁸⁶ est venue favoriser l'arbitrage en élargissant considérablement son champ d'application en France, il n'en demeure pas moins que certaines questions restent présentes, notamment en matière d'arbitrabilité des litiges, y compris en matière familiale⁸⁷.

En tout état de cause, ce tribunal existe et propose ses services, sur un modèle similaire à celui de FastArbitre, quant à lui concentré sur les litiges commerciaux pour lesquels aucune question d'arbitrabilité ne se pose.

L'émergence de tels centres d'arbitrage traduit un véritable mouvement de privatisation de la justice qui, s'il peut être souhaitable à bien des égards, mérite d'être cadré juridiquement et accompagné ou validé par le ministère de la Justice, afin d'assurer une sécurité juridique non seulement aux justiciables qui ont recours à ces tribunaux, mais également aux centres d'arbitrage qui proposent leurs services. C'est bien pourquoi l'article 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoit que les centres d'arbitrage en ligne pourront être certifiés par un organisme accrédité.

III. Les acteurs potentiels

Le modèle d'arbitrage en ligne, tel qu'il est actuellement connu et envisagé, est voué à évoluer, que ce soit par l'émergence de nouveaux acteurs comme cela a pu être expliqué auparavant, ou parce que ce domaine intéresse de plus en plus d'acteurs, y compris les plus grands. Ce mode de règlement des différends a vocation à se démocratiser très largement, pour devenir, outre un mode de règlements apprécié par les professionnels du monde des affaires, un mode de règlements des litiges de masse, des litiges du quotidien.

Les acteurs en ce sens ne manquent pas, il est question des très grands groupes internationaux, notamment des Gafa (Google, Amazon, Facebook, Apple). L'exemple de Facebook est à ce titre extrêmement parlant.

Les polémiques visant ce réseau social sont fréquentes. Que ce soit vis-à-vis du traitement des données personnelles⁸⁸, la censure d'œuvres d'art⁸⁹

86. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, titre II.

87. Cf. « Patrimoine, famille, entreprise : l'arbitrage pour tous », *Cahiers du Conseil national des barreaux*, 4^e éd., 2019 : <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/etats-generaux-du-droit-de-larbitrage-retrouvez-les-actes-de-la-deuxieme-edition>.

88. Voir en ce sens : « Vie privée et Internet : la polémique Facebook », *Le Monde*, 19 février 2009, [en ligne] < https://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/02/19/vie-privee-sur-Internet-la-polemique-facebook_1157484_651865.html >

89. Voir en ce sens : A. Rousset, « Facebook censure encore une œuvre d'art », *Les Échos*, 4 mars 2018, [en ligne] < https://www.lesechos.fr/04/03/2018/lesechos.fr/0301362361215_facebook-censure-encore-une-oeuvre-d-art.htm#> >

ou encore le harcèlement en ligne⁹⁰, Facebook a dû répondre de ses agissements devant les plus grandes instances américaines⁹¹ ou européennes⁹². Cette société a donc voulu mettre en œuvre une solution novatrice pour régler certains de ses problèmes et il est ici notamment question du problème de censure de certains contenus de la part du réseau social américain. Face à une vague de contestations qui ne cesse de grandir à chaque fois qu'un contenu, artistique ou non, vient à être retiré du réseau social, Facebook est arrivé à la conclusion qu'il ne pouvait plus, seul, prendre la décision de retirer du contenu. C'est donc vers une forme d'arbitrage en ligne que Facebook a décidé de se tourner, en mettant en place une « cour d'appel » pour contenu controversé⁹³.

Ce choix est intéressant et très révélateur à plusieurs titres. Si le degré d'indépendance, de cette « cour d'appel » vis-à-vis de l'entreprise Facebook n'est pas encore bien connu, il n'en demeure pas moins qu'il est d'ores et déjà possible de tirer deux constats évidents. En premier lieu, les dirigeants de Facebook ne souhaitent plus prendre « seuls autant de décisions relatives à la liberté d'expression ou de la sécurité⁹⁴. » Cela signifie que l'entreprise entend se plier aux décisions de cette cour qui lui serait indépendante. En second lieu, ces décisions ne seront pas rendues par des juridictions étatiques. Il est ici question d'une cour d'appel qui ne serait du ressort d'aucun État. À partir de ces constatations, il semble raisonnable de penser que Facebook se dirige vers une forme d'arbitrage en ligne pour les litiges relatifs aux contenus controversés qui surviendraient sur son réseau.

Ce ne serait d'ailleurs pas le premier grand groupe à se tourner vers ce mode de résolution des différends. En effet, eBay et Cisco ont par exemple choisi l'arbitrage en ligne pour traiter la majeure partie des contestations qui leur sont envoyées⁹⁵.

Par ailleurs, comme cela a pu être souligné auparavant, des entreprises françaises se sont également orientées vers ce mode dématérialisé de règlement des litiges. C'est notamment le cas de la SNCF Transilien, qui, en instaurant un partenariat avec un centre d'arbitrage en ligne, a voulu rendre plus efficace la gestion des différends qui pouvaient survenir

90. Voir en ce sens : « Facebook veut mieux combattre le harcèlement en ligne, *Le Figaro avec AFP*, 2 octobre 2018, [en ligne] < <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2018/10/02/97002-20181002FILWWW00353-facebook-veut-mieux-combattre-le-harcelement-en-ligne.php> >.

91. Voir en ce sens : M. Tual, « Facebook : face au congrès américain, la stratégie des excuses ne suffit plus », *Le Monde*, 11 avril 2018, [en ligne] < https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/04/11/face-aux-senateurs-americains-mark-zuckerberg-assure-ne-pas-etre-hostile-a-une-regulation-de-l-internet_5284142_4408996.html >.

92. Voir en ce sens : « Le patron de Facebook présente ses excuses au Parlement européen », *Le Point*, 22 mai 2018, [en ligne] < https://www.lepoint.fr/high-tech-Internet/le-patron-de-facebook-presente-ses-excuses-au-parlement-europeen-22-05-2018-2220539_47.php >.

93. Voir en ce sens : « Facebook lance une "cour d'appel" pour contenus controversés », *L'Obs avec AFP*, 16 novembre 2018, [en ligne] < <https://www.nouvelobs.com/les-internets/20181116.0BS5512/facebook-lance-une-cour-d-appel-pour-contenus-controverses.html> >.

94. *Ibidem*, Propos de M. Zuckerberg, dirigeant de Facebook dans « Facebook lance une "cour d'appel" pour contenus controversés », *op. cit.*

95. M. Danis, « L'arbitrage en ligne, une nouvelle forme de service client ? », *op. cit.*

entre elle et ses consommateurs. Si actuellement, SNCF Transilien ne représente qu'une branche de la SNCF, il serait tout à fait envisageable – si l'expérience devait se montrer concluante – que le dispositif soit élargi à l'ensemble des services proposés par la Société.

Il ne paraît donc pas déraisonnable de penser que l'arbitrage en ligne a une réelle vocation à croître à l'avenir, permettant de régler plus rapidement les petits litiges de la vie quotidienne, aussi appelés contentieux de masse. C'est en tout état de cause le souhait du législateur français, qui s'est déjà clairement prononcé⁹⁶ en faveur des modes alternatifs de règlement des différends. Par conséquent, il sera nécessaire que le cadre législatif évolue afin de permettre à ces initiatives de prospérer dans le domaine de l'arbitrage, en vue de répondre notamment aux nombreux enjeux qui se présentent devant ces acteurs de l'arbitrage en ligne.

En définitive, si l'arbitrage en ligne existe aujourd'hui de façon indéniable, comme le prouve la présence de nombreux acteurs, il n'en demeure pas moins qu'il convient de tempérer cette affirmation. Cette pratique reste limitée dans les faits par le faible nombre de saisines des dispositifs d'arbitrage en ligne existant, ce qui conduit à penser que l'arbitrage en ligne, à l'heure actuelle, ne représente encore qu'une réalité modeste. Mais pour combien de temps ?

CHAPITRE 3.

COMPARAISON DE L'UTILISATION DU NUMÉRIQUE DANS L'ARBITRAGE ET DANS LA JUSTICE ÉTATIQUE

L'un des principaux attraits de l'arbitrage réside dans sa rapidité et dans sa flexibilité, notamment lorsqu'on le compare avec la justice étatique⁹⁷. À cet égard, chacun sait que les outils numériques sont un facteur d'efficacité de la procédure⁹⁸. L'étude de l'utilisation comparée de ces outils au sein de l'arbitrage et de la question étatique s'impose donc.

Ainsi, alors même que les outils numériques sont peu utilisés au sein des procédures d'arbitrage (I), le processus de dématérialisation de la justice étatique est au contraire, et paradoxalement, bien installé (II).

96. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, *op. cit.*

97. E. Loquin, « Arbitrage », Fasc. 1015, *JCI Procédure civile*, 2016, n° 85.

98. V. notamment S. Amrani-Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures*, avril 2010, n° 4, dossier 5.

I. Le rôle limité des outils numériques dans l'arbitrage

Depuis une vingtaine d'années, les nouvelles technologies apparaissent au sein même du monde de l'arbitrage. Les gains d'efficacité permis par les outils numériques expliquent d'ailleurs la volonté de certains acteurs d'y recourir massivement. Ainsi, alors que les institutions d'arbitrage historiques ont vu leur procédure de règlement des litiges évoluer dans le sens d'une dématérialisation, de nouveaux services d'arbitrage entièrement numériques, notamment grâce aux *legaltechs*, sont également apparus.

Cependant les résultats de cette numérisation semblent mitigés. En effet, les services proposés, certes variés, semblent surtout déstructurés (A), alors que la question de leur conformité aux textes en vigueur en matière d'arbitrage laisse planer un doute quant à leur véritable efficacité (B).

A. Un spectre varié et déstructuré d'outils numériques au service de l'arbitrage

Le développement de nouveaux outils technologiques a permis à certains centres d'arbitrage d'adapter leur procédure, de l'introduction de l'instance à la notification de la sentence en passant par la communication des pièces et des écritures.

L'exemple le plus marquant est celui du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Ce dernier propose en effet un règlement électronique des litiges relatifs aux noms de domaine. Trois procédures ont ainsi été mises en place : une médiation en ligne, une procédure en ligne devant les commissions des contestations administratives et, enfin, un arbitrage accéléré en ligne.

Comme on l'a vu, la Chambre de commerce internationale (CCI) s'est également essayée à une numérisation de sa procédure d'arbitrage. Elle a ainsi lancé, au début des années 2000, un nouvel outil permettant la communication électronique des pièces : « *Netcase*. » Il s'agissait d'une plate-forme créée pour les utilisateurs d'arbitrage CCI afin de permettre aux parties comme aux arbitres de mener leurs procédures dans un environnement numérique dédié. Se présentant comme une option à la disposition des utilisateurs, la plateforme Netcase faisait office d'équivalent au RPVA (Réseau privé virtuel des avocats) des juridictions judiciaires en permettant la communication électronique et sécurisée des pièces de la procédure. Ces dernières peuvent en effet, comme chacun le sait, représenter un volume conséquent en matière d'arbitrage commercial. Cependant, malgré le succès de cette plateforme et les retours positifs des utilisateurs, la CCI a décidé de suspendre ce service dans l'attente de la construction d'une plateforme plus moderne dotée de nouvelles technologies, mais qui n'a toujours pas vu le jour.

Hormis ces rares exemples, la plupart des grands centres d'arbitrage historiques n'ont pas dématérialisé eux-mêmes leur procédure. Au contraire, c'est la pratique qui a eu recours aux outils numériques. En effet, alors que les règlements d'arbitrage ne prévoient quasiment aucune disposition relative à la dématérialisation des procédures, les parties et les arbitres utilisent, malgré tout, les nouvelles technologies dès lors que celles-ci s'avèrent utiles⁹⁹. Ainsi la communication des pièces se fait aujourd'hui naturellement de manière électronique, en particulier en ayant recours aux services d'un prestataire spécialisé. De même, la tenue d'audiences « virtuelles », en lieu et place des audiences physiques, devient de plus en plus fréquente grâce à l'utilisation des outils de visioconférence¹⁰⁰. À cet égard, le règlement d'arbitrage de la CCI encourage tout de même le « [recours à des conférences téléphoniques ou des visioconférences pour les audiences procédurales et autres lorsqu'une présence physique n'est pas indispensable] » et l'« [utilisation] des technologies de l'information, qui permettent aux parties, au tribunal arbitral et au Secrétariat d'échanger des communications en ligne¹⁰¹. »

L'utilisation des nouvelles technologies par les institutions d'arbitrage est donc plutôt limitée, même si, comme l'écrivent deux auteurs « le monde de l'arbitrage ne semble toutefois pas réfractaire à introduire un certain degré d'innovation dans ses pratiques »¹⁰². La dématérialisation des procédures d'arbitrage résulte en effet essentiellement d'initiatives privées, dans certains cas avortés, voire de la volonté des parties et des arbitres qui recourront par eux-mêmes à ces outils numériques.

B. La question de la conformité de ces outils aux textes en vigueur en matière d'arbitrage

La doctrine s'est déjà posé la question de la conformité des nouvelles technologies utilisées dans le cadre des procédures d'arbitrage aux textes et règlements qui leur sont applicables¹⁰³. À cet égard, elle rappelle que les dispositions du Code de procédure civile, tout comme celles de la plupart des règlements d'arbitrage, ne prévoient pas ou peu de règles relatives à la dématérialisation comme à l'utilisation des nouvelles technologies dans la conduite des procédures d'arbitrage.

Si cette absence de cadre juridique semble permettre une remise en cause de l'efficacité, voire de la fiabilité, de l'utilisation du numérique par l'arbitrage, il convient néanmoins de rappeler que cette absence de

99. P.-Y. Gautier, « Arbitrage et Internet », in Th. Clay (dir.) « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture », *Droit et Patrimoine*, n° 105, juin 2002, p. 88.

100. Th. Clay, « L'écrit, la parole et l'image dans les modes alternatifs de règlement des conflits », in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.) : *La Parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?* PULIM, coll. Entretiens d'Aguesseau, 2011, p. 61.

101. Appendice IV – Techniques de gestion de la procédure.

102. J. El-Ahdab J. et M. Mako, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », *Revue Droit et Affaires*, 2018, p. 49, spéc. p. 53.

103. Voir not. : J. El-Ahdab J. et M. Mako, *op. cit.* ; J. Huet et S. Valmachino, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.*, 9-11 janv. 2000, n° 11, p. 6.

norme claire s'explique par la nature fondamentalement contractuelle de l'arbitrage. Ce dernier trouve en effet sa source dans l'accord initial des parties de soumettre leur litige à un tiers. Dès lors, l'arbitrage étant une justice privée, la volonté des parties domine naturellement cette institution¹⁰⁴.

Ainsi, en raison justement de ce caractère contractuel, un développement des outils numériques au sein des procédures d'arbitrage ne pourra venir de l'extérieur. En tout état de cause, l'existence de pratiques bien établies, le conservatisme des institutions historiques de la place et l'absence de pouvoir centralisé rendent la marche vers la dématérialisation incertaine et lente. Il appartient donc aux nouveaux acteurs du milieu arbitral d'être des forces de proposition afin d'y institutionnaliser durablement l'usage des nouvelles technologies. À cet égard, il s'agirait de profiter des gains de temps et d'argent induits par leur usage pour offrir aux usagers des procédures plus compétitives.

En cela, l'arbitrage se distingue fondamentalement de la justice étatique. En effet, la nature éminemment institutionnelle de cette dernière permet, à l'inverse, un développement volontaire, rapide et structuré de la numérisation des procédures, puisqu'il découle d'un travail législatif ayant le monopole sur la question.

II. Un recours croissant aux outils numériques dans la justice étatique

La justice étatique a fait l'objet de récentes réformes visant à sa dématérialisation croissante, et ce afin de la rendre plus efficace, accessible et rapide¹⁰⁵. Sous l'impulsion des pouvoirs publics, elle a donc de plus en plus recours aux outils numériques. La « numérisation » de la justice étatique recouvre en fait plusieurs réalités distinctes, à savoir tout à la fois la communication électronique pour les avocats comme pour les juridictions (A), mais aussi l'accessibilité numérique des procédures au justiciable (B), et enfin l'accès de tous aux décisions de justice numérisées (C).

A. Communication électronique

La communication électronique constitue certainement la partie la plus visible et aboutie du processus de dématérialisation de la justice étatique. Cette notion recouvre cependant deux réalités distinctes. Au sens large, aujourd'hui dépassé, elle consiste en un recours à des procédés électroniques afin d'assurer la transmission d'actes qui, juridiquement, demeurent réputés avoir une forme papier. Cependant, dans sa pleine acception, « la communication électronique vise à permettre une

104. G. Balladore-Palieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Rec. cours La Haye* 1935.1.287.

105. S. Amrani-Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », *op. cit.*

véritable dématérialisation des actes pièces des parties, qu'ils émanent des parties (requête, mémoire, production de pièces) ou de la juridiction (communication, mesure d'instruction, convocation à l'audience, notification), afin qu'ils revêtent juridiquement une forme numérique¹⁰⁶. » Ainsi, elle repose sur le principe de l'équivalence entre l'écrit sur support électronique et l'écrit sur support papier consacré à l'article 1366 du Code civil. La communication électronique des actes, écrits et pièces de la procédure concerne aujourd'hui aussi bien les juridictions judiciaires (1) qu'administratives (2), tout comme le Conseil constitutionnel (3).

◆ 1. Juridictions judiciaires

■ Cadre général

Le principe de la validité de la communication électronique, aussi bien entre les parties qu'avec les juridictions, est posé par les articles 748-1 à 748-7 du Code de procédure civile.

Ces articles s'appliquent à l'ensemble des juridictions en matière civile, au sens large entendu par l'article 749 du Code de procédure civile, de sorte que la communication électronique est, sauf disposition explicitement dérogatoire, toujours envisageable. Elle l'est même lorsque les textes régissant de manière spécifique certaines procédures ne font aucune référence à la communication électronique. La Cour de cassation a ainsi affirmé cette solution dans la procédure d'appel en matière prud'homale¹⁰⁷.

La communication électronique concerne, ainsi que le dispose l'article 748-1 du Code de procédure civile, aussi bien l'envoi que la remise et la notification d'actes. Elle s'applique indistinctement aussi bien aux actes de procédures qu'aux pièces, avis, avertissements, convocations, rapports ou procès-verbaux, ainsi qu'aux copies et exécutions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles.

C'est dans ce cadre législatif et réglementaire qu'ont été créés d'une part la plateforme e-barreau et d'autre part le système permettant aux avocats de s'y connecter : le Réseau privé virtuel avocats (RPVA). Après une première convention signée entre la Chancellerie et le Conseil national des barreaux le 5 mai 2005, d'autres conventions ont successivement étendu ce système à la procédure pénale le 28 septembre 2007, puis aux cours d'appel et aux tribunaux d'instance le 16 juin 2010.

À cet égard, il convient de noter qu'une nouvelle convention cadre a été conclue le 24 juin 2016, qui vise à permettre tout à la fois une réduction des temps de saisie et une information plus transparente, afin qu'une meilleure gestion des affaires au bénéfice du justiciable, grâce à un gain de temps et une diminution des déplacements des avocats. Devant les juridictions judiciaires, la communication électronique est donc largement utilisée.

106. L. Helmlinger, « Télérecours », Fasc. 44-10, *JCI Justice administrative*, 10 janv. 2007, n° 1.

107. Soc., 18 janvier 2017, n° 14-29.013, *Bull. civ. V*, n° 11.

■ Dispositions spécifiques

Il existe en outre un ensemble des règles relatives à la communication électronique qui sont propres à certains actes, à certaines juridictions ou encore à certaines procédures.

En première instance, la communication électronique concerne aujourd'hui principalement le tribunal de grande instance¹⁰⁸ et le tribunal de commerce¹⁰⁹. Elle devient même obligatoire – à peine d'irrecevabilité relevée d'office – devant le tribunal de grande instance, pour les « actes afférents aux instances introduites à compter du 1^{er} septembre 2019¹¹⁰. »

Devant la cour d'appel, la communication par voie électronique est déjà obligatoire dans les procédures avec représentation obligatoire, depuis le 1^{er} janvier 2011, pour les seuls actes remis à la juridiction « à peine d'irrecevabilité relevée d'office¹¹¹. »

Enfin, devant la Cour de cassation, l'ensemble des actes peuvent être accomplis par voie électronique depuis 2008¹¹². L'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation a pour mission de la mettre en œuvre par l'intermédiaire de l'application *Comavo*. Si elle reste facultative, la communication électronique est, dans les faits, généralisée dans l'ensemble des procédures avec représentation obligatoire par avocat devant la Cour de cassation¹¹³.

■ Droit prospectif

L'article 26 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a encore accéléré la dématérialisation de la procédure civile. Un traitement entièrement dématérialisé des petits litiges pourra ainsi être mis en œuvre, dès lors que les parties y consentent au préalable¹¹⁴. Par conséquent, certaines affaires pourront être traitées sans aucune audience. Il s'agit indéniablement d'une avancée considérable dans le processus de dématérialisation de la justice étatique, qui ne concerne plus les seuls actes de la procédure, mais s'étend désormais au cœur même du procès.

Pour ce qui est de la procédure pénale, un programme dénommé *Procédure pénale numérique* (PPN) a été engagé conjointement par les ministères de l'Intérieur et de la Justice. Il vise à permettre une dématérialisation complète des actes, procès-verbaux et pièces. En effet,

108. Arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance.

109. Arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les tribunaux de commerce.

110. Décret du 6 mai 2017 n° 2017-891.

111. Art. 930-1 du Code de procédure civile.

112. Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la Cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique.

113. J.-M. Sommer, M. Azoula, « La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures : l'exemple de la Cour de cassation », *Cahiers de la fonction publique*, 2012, n° 35.

114. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 26), JO 24 mars 2019, texte n° 2.

si des formats dématérialisés sont déjà utilisés par certaines juridictions, ainsi que le permet l'article 19 du Code de procédure pénale, il n'en reste pas moins que le système PPN permettra, grâce au format numérique original, de rendre « désuète la transmission d'une procédure d'un service à l'autre, d'une juridiction à l'autre », et « obsolète la notion même de copie puisque celui-ci sera accessible selon les droits juridiques des acteurs procéduraux¹¹⁵. »

◆ 2. Juridictions administratives

La jurisprudence administrative a tout d'abord admis, sans texte et à certaines conditions, la communication d'une requête ou d'un mémoire par voie de courrier électronique¹¹⁶. Cependant, la véritable communication électronique, entendue comme une dématérialisation des actes et pièces de procédure, s'est d'abord mise en place sous la forme d'une expérimentation prenant la forme d'une application dénommée *Télérecours* portant sur le contentieux fiscal de l'assiette devant le Conseil d'État¹¹⁷.

Cette application est désormais utilisée avec l'ensemble des juridictions administratives de droit commun, à savoir le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. *Télérecours* permet une dématérialisation de tous les stades de la procédure administrative, du dépôt de la requête¹¹⁸ à la notification de la décision¹¹⁹ en passant par la communication des mémoires¹²⁰.

À l'origine facultative, la transmission des requêtes et mémoires par voie électronique, *via Télérecours*, est obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2017 pour les avocats comme pour les administrations¹²¹, ce sous peine d'irrecevabilité de la requête¹²², ou que les écritures soient écartées des débats¹²³.

◆ 3. Conseil constitutionnel

La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a introduit la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au sein de l'ordre juridique français. La QPC est donc une procédure récente, dont les modalités techniques de mise en œuvre ont dû être précisées. Force est de constater qu'à cet égard c'est le choix du tout numérique qui a systématiquement été fait. Bien qu'il s'agisse d'une procédure d'exception, qui ne concerne qu'un flux contentieux relativement faible, cette orientation confirme

115. S. Hardouin, « La transformation numérique au service de la justice », *JCPG*, 10 déc. 2018, doctrine 1321.

116. CE, 10^e et 9^e ss-sect., 28 décembre 2001, n° 112646.

117. Décret n° 2005-222 du 10 mars 2005, relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique : *JO*, 11 mars 2005, p. 4212.

118. Art. R. 414-1 du Code de justice administrative.

119. Art. R. 751-4-1 du Code de justice administrative.

120. Art. R. 611-8-2 et s. du Code de justice administrative.

121. Décret n° 2016-1481 du 2 novembre 2016 relatif à l'utilisation des téléprocédures devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs.

122. Art. R. 414-1 al. 1^{er} du Code de justice administrative.

123. Art. R. 611-8-2, al. 4 du Code de justice administrative.

la tendance de fond à l'œuvre au sein de la justice étatique. Il ne s'agit plus cette fois de dématérialiser des procédures déjà existantes, mais bien plutôt de créer, dès le départ, une nouvelle procédure entièrement dématérialisée.

La procédure applicable devant le Conseil constitutionnel quant à la question prioritaire de constitutionnalité est régie par un règlement intérieur éponyme¹²⁴. Aux termes de l'article 3, alinéa premier du règlement : « Au cours de l'instruction, les actes et pièces de procédure ainsi que les avertissements ou convocations sont notifiés par voie électronique. » De même, l'article 1 prévoit, en son quatrième alinéa, que les actes et les pièces doivent être notifiés aux autres parties par voie électronique¹²⁵.

La communication électronique est donc de mise pour l'ensemble de la procédure. À cet égard, l'alinéa second de l'article 3 réserve la faculté de recourir à tout autre moyen de communication. Il convient également de relever que, contrairement à ce qui est prévu pour les juridictions judiciaires et administratives¹²⁶, les seules adresses électroniques sont utilisées, à l'exclusion de toute application de télétransmission. Cette différence peut sans doute se comprendre au regard de la moindre confidentialité des pièces et actes échangés.

À l'issue de la procédure, la décision sera non seulement notifiée aux parties par voie électronique, mais elle fait aussi l'objet d'une publication sur le site Internet du Conseil constitutionnel, ainsi que d'un communiqué de presse. On peut voir dans cette large diffusion la marque d'une volonté de donner à voir la justice numérique telle qu'elle est rendue rue de Montpensier. Cette impression est confirmée par la richesse comme la clarté des informations disponibles sur le site Internet du Conseil, qui permettent à chacun d'obtenir un certain nombre d'informations sur les procédures passées ou en cours ainsi que sur les modalités procédurales. Plus encore, il est possible de regarder, en direct ou en retransmission différée, les plaidoiries des avocats lors de l'audience.

B. Accessibilité numérique de la procédure pour le justiciable

Si la communication électronique est aujourd'hui la norme pour la justice étatique française¹²⁷, l'accès numérique du justiciable à la procédure, et plus généralement aux informations juridiques pertinentes, semble être, à certaines exceptions près, le parent pauvre de la dématérialisation des procédures. Ainsi, devant les juridictions administratives, une application dénommée *Télérecours citoyens* permet aux particuliers et personnes morales de droit privé d'échanger avec les juridictions administratives.

124. Conseil constitutionnel, n° 2010-117 ORGA, 4 février 2010 ; n° 2011-120 ORGA, 21 juin 2011 ; n° 2013-128 ORGA, 24 novembre 2013.

125. P. Flores, « Question prioritaire de constitutionnalité », Fasc. 156, *JCI Procédure civile*, 2012, n° 169.

126. Cf. *supra* II.A.1., II.A.2.

127. Cf. *supra* II.A.

Il convient par ailleurs de relever l'existence d'un portail européen qui a vocation à devenir une plateforme électronique unique dans le domaine de la justice. Il s'agit du projet *e-justice* porté par l'Union européenne, dont l'ambition est, à terme, de synthétiser, traduire et diffuser le plus largement possible le droit européen comme celui des États membres.

Reste que, comme le rappelle Stéphane Hardouin, directeur général adjoint du ministère de la Justice, « jusqu'en 2016 le justiciable était le grand absent des projets de modernisation informatique¹²⁸. » La loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016¹²⁹ a, à cet égard, marqué un changement de paradigme. Un portail numérique entièrement accessible au public dénommé *Portalis* sera ainsi généralisé au cours de l'année 2019. Il permettra dans un premier temps à chacun d'accéder à une information précise sur les procédures en cours qui le concernent, et des possibilités de saisine en ligne seront même expérimentées à terme pour certaines mesures.

C. Numérisation des décisions de justice

La mise en œuvre de l'open data des décisions de justice, c'est-à-dire leur numérisation et leur mise en libre accès à tous, soulève de nombreuses questions aussi bien quant à ses modalités que quant à ses enjeux. Force est de constater qu'elle n'est aujourd'hui que fragmentaire. Ainsi, si plus de 180 000 décisions sont diffusées chaque année sur les bases de données internes *Jurinet* et *Jurica* animées par la Cour de cassation, moins de 15 000 sont finalement diffusées sur le site Légifrance, accessible au public. Chaque décision doit en effet être relue afin de garantir son anonymisation.

C'est la raison pour laquelle la mise à disposition « à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées » des décisions de justice est prévue par la loi pour une République numérique¹³⁰, aux articles 20 pour les juridictions administratives, et 21 pour les juridictions judiciaires.

Un rapport, rédigé par une mission ministérielle présidée par le professeur Loïc Cadiet a été remis le 9 janvier 2018 au garde des Sceaux, afin de poser un cadre pour l'élaboration des dispositions réglementaires d'application de ces articles¹³¹. Il s'agit de concilier les logiques opposées de transparence quant aux données publiques et de protection de la vie privée et des données personnelles.

À cet égard, le texte de départ prévoyait que la mise à disposition du public « est précédée d'une analyse du risque de réidentification des

128. S. Hardouin, « La transformation numérique au service de la justice », *op. cit.*

129. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

130. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

131. L. Cadiet (dir.), *L'open data des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapport remis à la garde des Sceaux, éd. Ministère de la Justice, novembre 2017, éd. janv. 2018.

personnes¹³². » Cependant la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a fait disparaître ces analyses de risque au profit d'un système à deux vitesses, en prévoyant que « les noms et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les fonctionnaires de greffe. »

En outre, la réutilisation de données d'identité des magistrats à des fins prédictives est désormais interdite, sous peine de sanctions pénales. Ainsi, force est de constater que si le principe de l'open data est acquis, ses modalités concrètes font encore l'objet de nombreux débats.

Conclusion

L'intervention du progrès numérique semble avoir quelque peu perturbé l'ancien clivage existant entre l'arbitrage et la justice étatique.

Cette dernière se présente de plus en plus comme une justice dans l'air du temps, disposant d'outils technologiques certifiés par les pouvoirs publics, permettant de traiter plus rapidement et plus efficacement les litiges des justiciables.

La matière arbitrale en revanche apparaît, malgré elle, comme une justice moins orientée sur l'utilisation des nouvelles technologies, hormis quelques initiatives privées dont la fiabilité n'est pas encore parfaitement établie. Ce manque de structure et de crédibilité est moins imputable aux acteurs qu'à une absence de cadre juridique permettant d'institutionnaliser l'usage du numérique dans l'arbitrage.

Il en résulte une offre numérique qui semble bien plus efficace du côté de la justice étatique, là où celle de l'arbitrage est encore limitée.

132. Art. L. 10, al. 2 du Code de justice administrative ; Art. L. 111-13, al. 2 du Code de l'organisation judiciaire.

PARTIE II



L'ARBITRAGE EN LIGNE DEMAIN : UNE MAÎTRISE NÉCESSAIRE



CHAPITRE 1.

QUELLE VOCATION POUR LA SOLUTION ALGORITHMIQUE : AIDER/ASSISTER/REEMPLACER L'ARBITRE ?

Peut-on raisonnablement envisager de remplacer l'homme par la machine, et l'arbitre par une intelligence artificielle ? Si l'hypothèse est réalisable, est-elle souhaitable ? Sans entrer ici dans les conjectures sur ce que sera la technologie de demain, dont le destin n'est pas encore écrit, comme en témoigne la date sans cesse repoussée de l'avènement de la singularité¹³³, il est néanmoins possible d'acter certaines hypothèses crédibles comme autant de points de départ d'une analyse prospective.

La première est celle d'un accroissement exponentiel des capacités de traitement des algorithmes et d'une numérisation croissante des bases de connaissances, cette alliance conduisant à une augmentation réelle des performances d'un potentiel arbitre virtuel. La seconde est celle de la réalité économique du marché qui favorise la solution la moins dispendieuse, sauf à démontrer qu'il existe une différence justifiant le coût de la prestation plus onéreuse. Or, les prestations proposées par les opérateurs de solutions d'arbitrage en ligne afficheront certainement – de manière justifiée ou non – plusieurs de ces qualités, parmi lesquelles on peut envisager une rapidité accrue dans le traitement de l'information et son échange entre les parties intéressées. Par conséquent, si des réponses techniques efficaces sont mises à disposition à un prix intéressant, la pratique s'en saisira tendanciellement, sauf à ce qu'une intervention législative l'en empêche ou en limite le recours, et ce, afin de préserver des valeurs sociales spécifiques.

L'accompagnement juridique d'une telle solution suppose donc de cerner les difficultés que poserait l'avènement potentiel de l'arbitrage algorithmique et de développer des principes d'action et d'interprétation susceptibles de préserver ces valeurs sociales¹³⁴.

133. On entend par singularité l'étape à laquelle l'intelligence artificielle est réputée surpasser les capacités humaines.

134. À cet égard, v. Rapport de la Cnil du 15 décembre 2017, Cnil, « Comment permettre à l'homme de garder la main ? », *Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, déc. 2017. Adde J. El-Ahdab J. et M. Mako, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », *Revue Droit et Affaires*, 2018, p. 49.

Transposées à l'univers algorithmique ces préoccupations conduisent d'abord à s'intéresser aux méthodes de développement d'une solution logicielle d'arbitrage et au choix de la solution technique arbitrale à privilégier parmi celles qui sont à disposition au regard de l'expression des besoins (I), puis à envisager le nécessaire contrôle des principes qui gouvernent son application, en dépit des difficultés à appréhender les principes à la base desquels l'algorithme fonctionne (II) et enfin la soutenabilité de la solution arbitrale ainsi dégagée (III).

I. L'identification et le choix de l'entité arbitrale algorithmique

La détermination de la solution technique arbitrale à privilégier suppose la conjugaison de facteurs multiples dont il n'est pas certain que l'ensemble des parties prenantes – parties au litige, plateformes d'arbitrage, fournisseurs de services algorithmiques – les maîtrise tous parfaitement. Sauf à priver l'arbitrage de son ADN, la phase de composition du tribunal arbitral ou la désignation de l'arbitre constitue un élément incontournable de l'intérêt du recours à une telle solution. Les parties cherchent une personne qui réunisse, d'une part, des qualités intrinsèques (A) et qui, d'autre part, emporte leur assentiment (B). Relativement à ces deux dimensions, le recours à un arbitrage algorithmique engendre une série d'interrogations quant au maintien de certains principes tels que la loyauté, la transparence et quant à l'instauration de mécanismes propres à en garantir l'existence.

A. Les qualités intrinsèques de l'arbitre de demain

L'arbitre réunit en principe des qualités particulières et variables en fonction de l'arbitrage : l'expertise technique dans un certain secteur, la pratique du droit, de la procédure et l'expérience de telles situations, les qualités humaines permettant de faire se rejoindre les positions antagonistes notamment dans le cadre de l'amicable composition, ce qui suppose la compréhension fine des enjeux, etc. L'arbitre est multitâche et la réussite de son office suppose qu'il puisse mobiliser de front l'ensemble de ses compétences et adapter sans cesse son raisonnement en fonction de la variation des circonstances. Avant d'encourager toute intervention d'une solution algorithmique pour opérer tout ou partie du travail de l'arbitre, il échoit de vérifier qu'une telle solution est en capacité de remplir, au moins, les mêmes attentes que l'arbitrage humain, voire à en satisfaire de nouvelles. Or, il n'est pas certain que cela puisse être toujours le cas, notamment au regard de la complexité et de la variabilité de ces attentes.

◆ 1. Quelle capacité d'innovation et de rupture pour un arbitre algorithmique ?

En effet, l'une des caractéristiques de la justice est sa capacité à évoluer ou à s'adapter, par exemple pour prendre le contre-pied d'une jurisprudence établie si un ensemble de circonstances le justifie. Dans les pays dans lesquels la Cour suprême exerce une fonction régulatrice,

comme aux États-Unis, ses décisions peuvent évoluer en fonction des évolutions de la société ou de la perception que cet organe s'en fait. Plus simplement, un juge peut décider de juger dans un sens contraire la jurisprudence établie parce qu'il a été convaincu par des arguments nouveaux ou par le talent de l'avocat qui se présente devant lui. Il en va de même pour l'arbitre. Cette capacité à modifier ses solutions, souvent désignée sous le vocable d'aléa judiciaire, reflète, à notre sens, l'essence même de la justice, c'est-à-dire une capacité fondamentale d'adaptation à l'évolution de la situation.

Cette question se pose de manière particulièrement aiguë dans les systèmes juridiques dans lesquels le précédent obligatoire n'existe pas, c'est-à-dire l'essentiel des systèmes de droit civil et de droit international. Elle n'est toutefois pas absente des systèmes de *Common Law* puisque les évolutions jurisprudentielles sont plus souples que l'on veut bien le dire. La réalité pratique est en effet que, par la technique du *distinguishing*, les juges de *Common Law* arrivent également à changer d'avis lorsque cela est nécessaire et qu'une Cour suprême peut valider ce changement au moyen d'une règle plus générale, le moment venu. Les Cours suprêmes des pays de *Common Law* peuvent elles-mêmes changer d'avis lorsqu'elles l'estiment nécessaire. L'exemple des États-Unis l'illustre à la perfection.

La question qui se pose parmi d'autres avec la justice algorithmique est celle de sa capacité à changer d'avis, de décider en sens contraire de ce qu'ont décidé les autres arbitres ou juges dans des circonstances similaires ou du moins de s'écarter de la tendance majoritaire qui peut se dessiner les décisions existantes. Pour l'essentiel, les algorithmes existants pour le moment consistent, sur la base d'un échantillon plus ou moins représentatif de décisions passées, à prédire ou à imiter les résultats de cet échantillon. Eu égard à la manière dont sont conçues actuellement les solutions algorithmiques – c'est-à-dire verticalement et sur le fondement d'un raisonnement déductif, « *if this then that* » – il est peu probable qu'une intelligence artificielle puisse s'abstraire des considérations qui président à sa conception, essentiellement fondées sur une étude de l'existant, et atteindre un niveau dans lequel, de manière totalement indépendante, elle puisse décider à un moment donné de juger le contraire de ce qui a été jugé auparavant.

Il ne s'agit donc pas d'outils qui « décident » à proprement parler, mais d'instruments qui reproduisent de manière plus ou moins fidèle le comportement statistique d'une population de juges ou d'organes décisionnels qui ont été étudiés. Peut-être existe-t-il d'autres algorithmes qui cherchent à reproduire ou à imiter la prise de décision, indépendamment de l'existence d'un substrat qui guiderait l'algorithme, mais nous n'en avons pas eu connaissance. Or, si on accepte la prémisse que cette capacité à changer d'avis est la caractéristique même de la justice, la question se pose de savoir dans quelle mesure le rôle de l'arbitre peut être rempli par un algorithme inapte à une telle adaptation.

L'analogie avec l'arbitrage humain connaît donc des limites¹³⁵. Une instance algorithmique pourra exceller dans un domaine – par exemple la connaissance des différents droits applicables et de la procédure – mais, dépourvue d'intelligence émotionnelle, elle éprouvera sans doute des difficultés à comprendre les motivations sous-jacentes des acteurs de l'arbitrage ou à saisir les événements externes susceptibles de modifier l'appréciation mathématique de l'opportunité de se référer à tel ou tel système juridique et à telle solution préexistante. En d'autres termes, les modes de programmation des algorithmes font douter de la capacité d'une telle solution à être innovante, ou, tout simplement, à contextualiser les précédents pour mieux s'en extraire.

Le rapport de la Cnil *Comment permettre à l'homme de garder la main*¹³⁶ invite à souligner l'ambivalence de certaines caractéristiques de la justice mécanique et à relativiser les gains d'efficacité qui lui généralement sont attribués. Il met ainsi en lumière les limites de modes de délibération de l'instance de jugement algorithmique, rapide et solitaire qui « élude » l'apport de la délibération en commun et le temps que prend cette délibération, propre à favoriser des phénomènes de décantation de la solution, et propice à une évolution de la perception des difficultés par ceux qui doivent en juger. Une telle maturation de la position de l'algorithme est-elle envisageable¹³⁷ ? Et ne faut-il pas renoncer à la promesse de la célérité lorsque celle-ci n'est pas gage d'amélioration de la décision ? Le Conseil national des barreaux, dans le rapport qu'il a remis à la Cnil en 2017, souligne ainsi qu'il faut éviter que l'obsession de l'efficacité et de la prévisibilité qui motive le recours à l'algorithme nous conduise à concevoir les catégories et les règles juridiques non plus en considération de notre idéal de justice, mais de manière à ce qu'elles soient plus facilement « codables ».

◆ 2. Quelle proximité physique de l'arbitre et des parties ?

Comme déjà identifié, le choix d'une solution « distante » pour l'arbitrage engendre, par ailleurs, un certain nombre d'avantages comme la rapidité et l'économie des coûts, mais aussi d'inconvénients, au titre desquels figure l'altération de la fonction de la présence des parties et des arbitres dans la procédure. Bien qu'un tel principe ne soit pas clairement reconnu, c'est essentiellement en raison de l'avènement du numérique que se pose désormais la question de son utilité. L'arbitrage algorithmique sera un arbitrage « sans » le corps de l'arbitre et il convient également de prendre en considération cette dimension – ou plutôt son absence – pour appréhender l'éventuelle nécessité du maintien de la présence humaine dans le cadre de l'arbitrage à un moment ou un autre. À cet effet, le rapport de la Cnil, rappelant l'étude

135. A. Rouvroy, « Homo juridicus est-il soluble dans les données ? » *Law, Norms and Freedom in Cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde: liber amicorum* Yves Pouillet, Bruxelles, éd. Larquier, Collection du CRIDS ; numéro 43, 2018, p. 417-444 et A. Rouvroy, « La robotisation de la vie ou la tentation de l'inséparation », *Intelligence artificielle et droit*, Bruxelles, éd. Larquier, Collection du CRIDS ; numéro 41, 2017, p. 13-46.

136. Cnil, « Comment permettre à l'homme de garder la main ? », *op. cit.*

137. *Ibidem*, p. 31.

annuelle du Conseil d'État de 2014¹³⁸, suggère que l'éviction complète de l'humain n'est probablement pas souhaitable dans un processus engendrant une décision opposable à des tiers et qu'il conviendrait d'assurer l'effectivité de l'intervention humaine sans toutefois qu'elle soit systématique : « On pourrait en fait poser ainsi la question : comment faire assurer par des machines des tâches auparavant accomplies par l'intelligence humaine (c'est la définition de l'intelligence artificielle) sans évacuer l'homme ? Une façon d'y répondre consiste à avancer que l'on pourrait envisager l'effectivité de l'intervention humaine autrement qu'à l'échelle de chaque décision individuelle. On pourrait, par exemple, assurer que des formes de délibération humaine et contradictoire encadrent et accompagnent l'utilisation des algorithmes en examinant et en interrogeant le paramétrage, mais aussi tous les effets – directs et indirects – du système. Cette supervision pourrait ainsi porter, non pas sur chaque décision individuelle, mais de loin en loin¹³⁹. »

◆ 3. La « constitution » de l'entité arbitrale algorithmique

Il est vraisemblable que l'intervention de l'intelligence artificielle sera, dans un premier temps, seulement séquentielle et limitée à certaines tâches qu'on lui aura déléguées. Le développement d'une solution informatique se réalisant par incrémentation, on peut également envisager que plusieurs solutions logicielles, ensemble ou appliquées successivement, seront nécessaires pour remplir différentes fonctions que l'homme assume.

L'arbitre pourrait être ainsi configuré par des « briques » d'intelligence qu'il conviendra d'assembler, *in situ*, pour les besoins de la cause et qui seront susceptibles de varier dans le temps en raison des évolutions de la technique ou de la configuration des acteurs (faillite des développeurs, absorption, etc.). Il sera difficile, par conséquent, d'envisager un « arbitre » algorithmique stable dont on irait solliciter les services car la solution la plus efficace consistera probablement à constituer la solution algorithmique *ad hoc* en fonction de chaque arbitrage. Bien qu'elle puisse, en théorie, conduire à de meilleurs résultats, cette stratégie risque de s'avérer dispendieuse et d'introduire une certaine instabilité de l'arbitrage, faute de pouvoir capitaliser l'expérience d'un algorithme donné.

L'arbitrage pourrait, dans une configuration plus modeste, relever d'une programmation standardisée, moins sur-mesure, mais plus identifiable et économe que dans la configuration « patchwork » précitée. Sans doute le panachage des deux constituera-t-il le cas de figure le plus fréquent, combinant un socle commun et des développements spécifiques. Se pose ainsi la question de la possible détermination par les parties des spécifications propres aux développements idoines et, plus généralement, du contrôle des principes qui sont à la base du logiciel.

138. Conseil d'État, *Le Numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014.

139. Cnil, « Comment permettre à l'homme de garder la main ? », *op. cit.*, p. 52.

L'autre difficulté est, en effet, relative à la présence de potentiels biais¹⁴⁰ dans l'écriture du code informatique dont la détection s'avère difficile en pratique, ces biais n'étant pas nécessairement volontaires et immédiatement perceptibles. Ils découlent parfois de la simple origine sociale ou ethnique des programmeurs, ou d'une compréhension imparfaite des besoins. Ont également souvent été mis en avant les risques d'effet performatif attaché aux algorithmes et aux boucles de rétroaction existantes, les machines se confortant dans les solutions qu'elles développent du fait qu'elles s'en nourrissent pour concevoir leurs réponses.

Cet état de l'art pose la question de « l'indépendance intellectuelle » des algorithmes-arbitres. Un algorithme est, pour l'heure, toujours créé par une ou plusieurs personnes. Dans des jours prochains, on prédit que l'intelligence artificielle se passera de cette impulsion et que la solution évoluera de manière autonome *via le machine learning*. Toutefois, même dans cette seconde configuration, l'intervention humaine ne sera pas complètement exclue, notamment par la sélection des données qui viennent alimenter ces processus. Cette constatation conduit à la question de savoir comment cet algorithme peut garantir une indépendance par rapport aux conceptions de ceux qui l'ont créé. L'idée d'une justice algorithmique repose en effet sur la confiance que les utilisateurs peuvent avoir en l'algorithme de rendre, dans un ensemble de circonstances données, une décision dépourvue de biais par rapport à l'état du droit positif dans le système dans lequel l'algorithme intervient.

On rétorquera que, par nature, la justice humaine est nécessairement empreinte de divers biais, ce qui exact. Le risque est toutefois ici d'une nature différente. Le risque le plus souvent associé à la justice humaine est celui de l'erreur commise de bonne foi. Les différents degrés de juridiction sont de nature à limiter ce risque dans la justice étatique. Dans la justice arbitrale, où il n'existe qu'un degré de juridiction, le choix fait par les parties de leurs juges emporte l'acceptation des erreurs qu'ils peuvent commettre.

Le risque associé à une justice algorithmique non transparente sur ses modalités de fonctionnement est, pour sa part, celui d'une manipulation au profit d'intérêts particuliers. Un aspect fondamental de la confiance des utilisateurs en un algorithme donné réside dans le fait que cet algorithme ne peut pas être manipulé par tout ou partie de la communauté des utilisateurs ou par un nombre limité de bénéficiaires. Ce risque existe certes aussi avec la justice humaine, mais il s'agit dans ce cas de pratiques pénalement répréhensibles qui finissent le plus souvent par être découvertes. Or, il est beaucoup moins certain qu'une manipulation de l'algorithme puisse l'être aussi aisément. C'est la raison pour laquelle la transparence joue, ici, un rôle déterminant.

140. C. O'Neil, *Algorithmes : la bombe à retardement*, Les Arènes, 352 p., selon laquelle les algorithmes sont des opinions intégrées au code (Weapons of Math Destruction).

◆ 4. « L'indépendance » de l'entité arbitrale ou le paradoxe de l'arbitrage algorithmique

■ a. L'exigence d'une information propre à garantir la probité de l'arbitre, son indépendance et l'égalité des armes

Comme il vient d'être évoqué, l'entité arbitrale doit, certes, être capable de résoudre les difficultés, mais également être constituée de telle sorte qu'on puisse établir un lien indiscutable entre la décision et son « auteur » et la « probité » de ce dernier. Or une telle garantie n'est possible, en principe, que si l'algorithme est connu des parties intéressées et que sa stabilité est assurée.

L'indépendance est au cœur même de la justice arbitrale et la justice algorithmique doit pouvoir offrir les mêmes garanties si elle veut prétendre un jour, sinon à la remplacer, du moins à entrer en concurrence réelle avec elle. Les questions de l'indépendance des algorithmes ne se limitent pas à la seule fonction de rendre la justice ou de prendre des décisions. Elles englobent également l'environnement dans lequel ces algorithmes sont conçus et gérés. De nombreuses voix s'élèvent pour critiquer, par exemple, l'opacité des algorithmes régissant les monnaies virtuelles telles que le bitcoin et leur capacité à être manipulés dans l'intérêt d'un petit groupe de personnes. Ces critiques se nourrissent du manque de transparence sur les modalités qui président au fonctionnement de ces algorithmes.

Pour garantir cette indépendance ou cette « intégrité », il faut que les spécifications de la solution technique soient convenues entre les parties ou, à tout le moins, connues de ces dernières. On imagine mal la désignation d'un arbitre « à l'aveugle » sans rien savoir de son *curriculum vitae*, de son expérience, de son aptitude à saisir les enjeux du différend à arbitrer et les opportunités de résolution. L'entité arbitrale virtuelle devra donc témoigner de son aptitude à répondre à ces exigences auprès de ceux qui la choisissent.

Il est inconcevable que l'une des parties ait, sur ce point, davantage d'informations ou de capacités de traitement que l'autre. Il conviendrait donc que l'ensemble des parties reçoivent la même quantité et qualité d'informations – principe de transparence – et jouissent d'un accès égal, le plus complet possible, aux spécifications de la solution logicielle voire à son écriture et ce, pendant l'ensemble du déroulement de l'arbitrage. La distribution égale d'une information fiable constitue une condition nécessaire du respect de l'égalité des armes. Il est donc particulièrement important que des processus de contrôle indépendants puissent en garantir la réalisation, à défaut de quoi l'existence d'éventuelles asymétries informationnelles disqualifiera l'arbitrage tout entier.

Par ailleurs, afin de garantir l'indépendance intellectuelle et financière de l'arbitre, il conviendrait de permettre à toute personne intéressée de vérifier que la conception n'a pas été affectée par un biais quelconque. En théorie, la transparence absolue est la seule garantie pour la communauté

des utilisateurs qui permette aujourd'hui de s'assurer de l'absence de biais, de quelque nature qu'elle soit, de la justice algorithmique. Idéalement, cette transparence devrait s'appliquer également au fond du fonctionnement de l'algorithme, à la manière dont ce dernier « raisonne » à tout le moins abstraitement. Le code informatique de l'algorithme devrait être, par conséquent, révélé.

En outre, pour assurer l'indépendance financière de l'arbitre, l'identité de toutes les parties qui ont un intérêt financier direct ou indirect dans la conception, la modification et le fonctionnement de l'algorithme devrait être révélée ainsi que les liens éventuels entre elles. Les modalités précises de leur rémunération ainsi que les montants correspondants devraient également être révélés par des déclarations mises à jour régulièrement.

Toutefois, si ces prescriptions sont respectées, ceux qui peuvent lire le code informatique pourront toujours utiliser cette faculté pour en tirer avantage, ce qui crée un autre biais. On touche ici à un des paradoxes de la justice algorithmique. Les outils informatiques sont en effet d'autant mieux reçus que la communauté des utilisateurs peut y accéder pour se convaincre de leur bon fonctionnement et, le cas échéant, procéder à des améliorations. Mais cette constatation est évidemment incompatible avec la notion de justice comme nous l'entendons et l'incertitude qui s'y attache.

■ b. Les obstacles à l'accès utile à cette information

En premier lieu, l'exigence de connaissance des caractéristiques propres de l'algorithme s'avère extrêmement délicate à mettre en œuvre en pratique. La première difficulté tient à la capacité des parties à comprendre les choix de programmation. Quand bien même elles auraient accès aux lignes de code, il leur faudrait encore pouvoir les déchiffrer de manière efficiente. Cette capacité informatique est susceptible de devenir un avantage stratégique pour les parties. Il convient d'améliorer la « *littéracie numérique* » des acteurs, mais aussi d'instaurer des procédures susceptibles de rendre compte des traitements avec impartialité.

En principe, seul un dialogue subtil tissé entre les informaticiens et les spécialistes d'arbitrage est susceptible de limiter, en amont, ces effets indésirables. Malheureusement, à ce jour et peut-être encore pour plusieurs années, faute de formation idoine, peu d'individus disposent d'une double compétence et l'expertise mutuelle de ces domaines respectifs fait défaut, rendant difficile l'établissement d'un échange fructueux. Il est nécessaire que de telles formations soient entreprises pour que les développements informatiques soient réalisés d'après des spécifications précises correspondant aux besoins exprimés et, qu'inversement, les arbitres humains puissent s'emparer des instruments et en comprendre les utilités.

En attendant, on peut envisager une solution consistant à s'en remettre à un tiers susceptible de traduire de manière intelligible au commun

des mortels les aptitudes de la machine en temps réel. Ce tiers devra témoigner de compétences techniques et être astreint à des obligations d'impartialité et de confidentialité. En outre, pour être fidèle, cette expertise devrait être permanente car un algorithme et, de plus fort, une intelligence artificielle ne peuvent être efficaces que si sont modifiés en permanence les paramètres qui les constituent. Ainsi, il est illusoire de penser qu'une lecture du code effectuée à un temps T sera encore probante à T+1, quelle que soit la compétence de celui qui y aura procédé. L'audit ne peut valoir une fois pour toutes et doit être constamment renouvelé.

L'autre obstacle vient en second lieu de ce que le code n'est en principe accessible qu'au terme d'une opération de décompilation lorsqu'il a été compilé. Il est loisible, dans la perspective d'introduire une garantie la transparence maximale, de proposer de favoriser une solution *open source* permettant de prendre connaissance de la manière dont le code a été écrit et d'obliger ainsi les concepteurs à révéler la programmation de leur solution. Cette suggestion comporte néanmoins plusieurs inconvénients. Elle va d'une part à l'encontre de l'intérêt du prestataire de la solution technique de protéger son business model par le secret des affaires afin d'éviter que des concurrents ne puissent copier le cœur de la valeur produite, et ne peut, par conséquent, qu'être la résultante d'une obligation légale qui ne saurait être seulement nationale. Elle s'appuie, par ailleurs, sur une vision « statique » et monolithique de l'algorithme dont on a dit qu'elle ne rendait pas compte de la modification permanente et ignorait l'avenir des solutions autoapprenantes par une intelligence artificielle qui, de son propre chef et en cours d'application, va modifier les spécifications qui la détermine. La grande quantité d'informations à traiter, combinée avec les ajustements incessants des paramètres, rend illusoire la connaissance complète et actualisée de la machine. Il s'agirait, par conséquent, de renoncer à cette quête pour se contenter d'une appréhension approximative de ce que véhicule l'algorithme.

Comme le souligne le rapport de la Cnil, « l'idée de transparence des algorithmes est considérée par beaucoup comme excessivement simplificatrice et finalement insatisfaisante. Une transparence assimilée à la publication pure et simple d'un code source laisserait l'immense majorité du public, non spécialisé, dans l'incompréhension de la logique à l'œuvre. Par ailleurs, du moins en ce qui concerne le secteur privé, l'idée de transparence entre en tension avec le droit de la propriété intellectuelle, les algorithmes s'apparentant à un secret industriel dont la divulgation pourrait mettre en danger un modèle économique¹⁴¹. » À une transparence demeurant théorique est préférée, par plusieurs experts comme Daniel Le Métayer ou Dominique Cardon une exigence d'intelligibilité ou d'explicabilité des algorithmes. Plutôt que d'avoir accès directement au code source, l'essentiel serait d'être à même de comprendre la logique générale de fonctionnement de l'algorithme.

141. Cnil, « Comment permettre à l'homme de garder la main ? », *op. cit.*, p. 51.

Cette logique devrait pouvoir être comprise par tous et donc énoncée verbalement et non sous la forme de lignes de code. « Ce qui est essentiel, ce n'est pas que le code soit transparent, c'est que l'on comprenne ce qui rentre et ce qui sort de l'algorithme ainsi que son objectif. C'est cela qui doit être transparent¹⁴². »

On perçoit que ces exigences de transparence « relative » devraient conduire à recourir à un système externe de labellisation de l'algorithme. Il conviendrait de déterminer des standards de normalisation pour des solutions incorporant un certain nombre de spécifications et des organes certificateurs à même de vérifier la « qualité » de la solution informatique. Mais ce travail de labellisation, outre qu'il n'est pas abouti, ne peut satisfaire l'arbitrage que s'il présente un caractère international ou, à tout le moins, plurinational en raison de la distance géographique particulière des litiges pouvant être résolus par les arbitres. Or, il est pour le moins difficile à envisager qu'un tel travail puisse être réalisé à court terme. Les institutions arbitrales devraient néanmoins initier ce mouvement pour ce qui est des solutions arbitrales algorithmiques qu'elles proposeront sur leurs plateformes.

L'identification satisfaisante de l'arbitre passe également par l'établissement de protocoles de sécurité permettant de s'assurer que l'entité arbitrale n'est pas « corrompue », ce qui revient à préserver les conditions de son intégrité de telle sorte que les caractéristiques de l'algorithme ne soient pas altérées par des intrusions malveillantes dans les systèmes d'information – que ces intrusions soient potentiellement le fait d'une partie ou de tiers. Cette garantie d'intégrité requiert que l'algorithme soit administré et stocké chez un tiers de confiance pour que sa participation à l'arbitrage puisse être validée.

Enfin, il est fondamental que la sécurité de la plateforme d'arbitrage soit telle qu'elle ne permette pas une intrusion de tiers dans le système d'information qui serait de nature à fausser la conduite de l'arbitrage et à méconnaître la confidentialité des échanges. Il importe donc que la fiabilité de l'entité arbitrale soit vérifiable. Cette condition, applicable à l'ensemble des opérations d'arbitrage qui mobilisent un outil informatique distant, est d'une particulière importance s'agissant d'un arbitrage réalisé par une intelligence artificielle car une telle intrusion est, dans ce cas, susceptible de modifier les paramètres constitutifs de l'entité arbitrale et non simplement les éléments factuels qui entourent la conduite de la résolution du litige.

Pour l'ensemble de ces raisons, il existe une réelle difficulté à la création d'un algorithme de justice arbitrale totalement transparent et par conséquent, à garantir l'indépendance « intellectuelle » de l'arbitre. Or, les exigences d'indépendance et de transparence que l'on retrouve dans

142. Cnil, Événement de lancement du cycle de débats publics sur les enjeux éthiques des algorithmes, organisé à la Cnil le 23 janvier 2017, Compte rendu, p. 9 [en ligne] < https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/compte_rendu_table-ronde_-_ethique_et_numerique_-_les_algorithmes_en_debat.pdf >.

la conduite de l'arbitrage sont très strictes pour les arbitres personnes physiques ; elles devraient l'être tout autant pour la justice algorithmique et ce degré minimum de transparence n'existe pas dans l'offre actuelle. Il est pourtant indispensable d'en trouver une traduction afin que la justice algorithmique puisse prétendre à la qualification de justice.

B. La désignation de l'arbitre comme expression d'un consensus entre les parties

◆ 1. Quelle place pour la collégialité ?

L'arbitre, au contraire du juge, est choisi et non imposé. Le caractère « consensuel » de sa désignation existe même dans le cas d'un arbitrage institutionnel. C'est souvent au terme d'une phase de négociation intense que les parties s'accordent sur l'identité de celui ou de ceux qui vont départager leur différend. La confiance est ici déterminante et va sceller le choix : confiance entre les parties, confiance envers les arbitres, confiance entre les arbitres.

Est-il possible de parvenir à une telle équation à propos d'une solution informatique dont on a déjà dit qu'elle serait potentiellement complexe et dont, par conséquent, peu de personnes seront capables d'éprouver la fiabilité ? Peut-on corriger l'éventuelle impartialité de la solution d'intelligence artificielle en introduisant d'autres garanties ? L'équilibre est parfois réalisé en introduisant en amont un système susceptible de corriger les biais. Ainsi, pour éviter toute contestation sur la désignation d'un arbitre unique, on a souvent recours à tribunal arbitral constitué de trois arbitres – chaque partie désignant le sien, les deux s'accordant ensemble sur un troisième. Est-il possible d'envisager l'équivalent avec des intelligences artificielles : chaque partie choisissant une solution logicielle spécifique, les deux solutions se mettant ensuite d'accord pour désigner une troisième ? Il faudrait, pour cela, que les développeurs aient en amont prévu que la conception même de l'algorithme anticipe son fonctionnement avec les deux autres. On perçoit aisément la série de difficultés que cela est susceptible d'engendrer : interopérabilité des systèmes, maintenance applicative permanente, actualisation, mais surtout nécessité d'introduire des variables extérieures à la programmation initiale de l'algorithme alors même que les raisons présidant au choix de la solution algorithmique par chaque partie tiendront précisément à une certaine fiabilité déterminée au regard des paramètres initiaux.

En poussant plus loin l'hypothèse de l'intelligence autoapprenante, est-il possible d'envisager que les parties puissent s'accorder sur un mode de fonctionnement collégial et selon quels critères seraient-elles prêtes à abandonner leur position au profit de la décision émanant d'une autre intelligence artificielle ? On conçoit difficilement qu'une intelligence artificielle soit susceptible d'un tel « sacrifice » sauf à ce qu'un facteur externe l'y force. Faudra-t-il par conséquent renoncer au principe même de collégialité de l'arbitrage qui semble mal se combiner avec les approches des solutions techniques actuelles ?

◆ 2. Les centres d'arbitrage comme des plateformes ?

À l'instar de l'offre d'arbitres sélectionnés par des centres d'arbitrage, la solution algorithmique pourrait être développée ou mise à disposition des parties par des centres d'arbitrage devenant des plateformes.

La responsabilité de la plateforme du fait de la solution technique mise à disposition pourrait être variable en fonction de la configuration choisie : d'une responsabilité minimale si le centre d'arbitrage se limite à une simple préconisation ou à une mise en relation avec un prestataire, à une responsabilité maximale si la solution algorithmique est développée par celui-ci, en passant par des états intermédiaires liés à l'implication du centre – labellisation des prestataires, liste de préconisations à respecter, etc. Les centres d'arbitrage devraient ainsi satisfaire à l'obligation de loyauté des plateformes dont une consécration embryonnaire figure dans la loi pour une République numérique¹⁴³ et qui sert également de base à la proposition de règlement européen du 26 avril 2018 sur la transparence et la loyauté des plateformes¹⁴⁴. Dans cette perspective, les plateformes devraient expliciter les conditions auxquelles la présence des arbitres algorithmiques est soumise, les raisons pour lesquelles certaines solutions techniques sont promues et résoudre ainsi les problèmes d'asymétrie informationnelle entre les concepteurs des arbitres virtuels et les utilisateurs.

Il est loisible d'aller plus loin dans le phénomène de responsabilisation de la plateforme en mettant à sa charge, au titre de son obligation de loyauté, comme le préconise la Cnil dans son rapport de 2017¹⁴⁵, une obligation de vigilance applicable à l'ensemble de la chaîne de conception et de mise à disposition de l'intelligence artificielle et une obligation de « redevabilité » enjoignant d'attribuer explicitement les responsabilités de ces différents acteurs de la chaîne, dont les plateformes constituent un maillon. Mais l'imposition de telles obligations ne peut être sérieusement envisagée qu'au plan international, à défaut de quoi les plateformes risquent de préférer s'installer dans des pays dans lesquels elles n'existent pas. Dans le contexte de concurrence des places d'arbitrage, on perçoit le choix impossible qui se dessine pour les parties.

II. Le contrôle de la procédure arbitrale algorithmique

La question du choix de la solution informatique se prolonge par celle du contrôle des principes qui gouvernent la tenue de l'arbitrage. Si des questions originales sont susceptibles de se poser à ce stade, les mêmes préoccupations que celles relatives à la constitution et désignation de

143. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

144. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, Bruxelles, 26 avril 2018, COM(2018) 238 final 2018/0112 (COD), [en ligne] < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0238&from=FR>

145. Cnil, « Comment permettre à l'homme de garder la main ? », *op. cit.*, p. 48 et s.

l'arbitre existent également à cette étape. La première précaution à prendre réside, indubitablement, dans l'obligation d'informer les parties de l'intervention d'un processus algorithmique dans la conduite de l'arbitrage et/ou dans la décision finale de l'arbitre. Sur demande, les parties intéressées devraient avoir accès, si ce n'est à une information exhaustive, au moins aux « principales caractéristiques » de mise en œuvre. Dans la veine de la décision du Conseil constitutionnel du 12 juin 2018¹⁴⁶, on pourrait exiger de l'arbitre, envisagé comme « responsable du traitement » qu'il garantisse qu'il dispose de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

Toutefois, comme précédemment évoqué, le développement de solutions « intelligentes » et autoapprenantes rend difficile l'accès en temps réel aux paramètres qui déterminent le traitement du litige par l'algorithme, lesquels, à l'instar d'un arbitrage humain, évoluent au cours de son déroulement. Il demeure cependant nécessaire que la confiance qui préside au choix de la solution persiste tout au long de la procédure arbitrale et que les parties puissent jouir des mêmes garanties que dans un arbitrage classique.

Or la pertinence de ce traitement algorithmique fait l'objet de critiques récurrentes qui touchent à son essence même¹⁴⁷. Ainsi, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 juin 2018¹⁴⁸ a, de manière spontanée et forte, marqué une défiance à l'égard de telles solutions dans la prise de décision par une administration. Il a ainsi jugé en substance que « ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement. » Bien que différent par sa nature, le précédent pourrait aisément être transposé à l'arbitrage et fonder l'expression d'un principe général applicable à l'ensemble des décisions susceptibles de faire grief. Il en résulterait que le recours exclusif à ce type de traitement autoapprenant exclusivement algorithmique pourrait soit être radicalement exclu dans l'arbitrage, soit être remis en cause *via* une procédure rapide et simple de « récusation. »

S'agissant de la conduite de l'arbitrage, le reproche fait plus haut aux algorithmes, à propos de leur inclinaison structurelle pour le passé et de leur difficulté à dégager des réponses originales et inventives dès lors qu'ils « moulinent » leurs décisions à partir d'éléments préexistants, s'accompagne d'une possible prévalence du raisonnement par analogie lors de la tenue de l'arbitrage. L'application des principes mathématiques risque en effet de privilégier la référence à une solution antérieure plutôt

146. Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, Loi relative à la protection des données personnelles.

147. F. Rouvière, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD Civ.*, 2017, p. 527.

148. Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *op. cit.*

que de conduire à une résolution inédite du litige. Or plus le contexte est complexe et singulier et moins le renvoi au passé s'avère pertinent. On a déjà dit que la créativité de l'arbitre réside précisément dans sa capacité d'adaptation à la nouveauté du contentieux dont il a à connaître, pour lequel, parfois, l'expérience n'existe pas¹⁴⁹.

En outre, la performance de la machine est fonction du nombre de données qui la nourrissent et du « stock » de décisions qui peuvent être mobilisés. Contrairement à la réflexion menée en matière de « justice prédictive » à propos des décisions des tribunaux¹⁵⁰, eu égard aux spécificités de l'arbitrage, il n'est pas question d'encourager la mise en open data des sentences arbitrales, ce qui réduit d'autant la possibilité pour les intelligences artificielles de dépasser en efficacité l'arbitrage « humain. » Les gains d'efficacité escomptés par le traitement algorithmique du contentieux sur le fond du droit sont donc loin d'être assurés.

Ainsi le caractère privé des sentences et la confidentialité qui entoure les arbitrages sont de nature à limiter le nombre d'occurrences pertinentes disponibles. Or, il a été démontré que, lorsque l'algorithme ne dispose pas de données suffisantes, les réponses qu'il donne à la résolution d'un problème peuvent s'avérer radicalement inadéquates et conduire à des résultats absurdes.

Le principe de transparence qui doit déterminer le choix de la solution arbitrale devrait également présider au contrôle de ces différentes étapes, de manière à ce que soient assurés le respect du contradictoire et l'égalité des armes. Ainsi, toutes les pièces versées dans le cadre de la procédure et portées à la connaissance de l'arbitre devraient l'être dans un format que les parties auront préalablement validé, à défaut de quoi peuvent surgir des problèmes d'incompatibilité et d'interopérabilité des systèmes ayant à réaliser les échanges. Surtout, cela permettrait d'éviter que la diversité des formats ne conduise à une déperdition de fiabilité des informations traitées par l'algorithme en raison des opérations de « traduction » et d'adaptation nécessaires. Les protocoles de communication des parties entre elles et entre les parties et l'entité arbitrale devront, de même, être définis préalablement afin de garantir une égalité d'accès aux informations.

Ainsi, il serait prudent de développer, en cours d'arbitrage, des mécanismes de contrôle permettant de détecter les limites que rencontre l'intelligence artificielle pour faire face à la question posée au regard des outils dont elle dispose. Des phases de test pourraient être envisagées afin de vérifier que les étapes de l'arbitrage se déroulent conformément à un processus défini par les parties et que les informations mises à disposition sont correctement digérées par l'algorithme, de manière à éviter la production d'une solution aberrante ou tout simplement erronée.

149. A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G.* 2017, doct. 31.

150. Rapport de la mission d'étude et de préfiguration de l'ouverture au public des décisions de justice, *L'open data des décisions de justice*, remis à la garde des Sceaux, ministre de la Justice en novembre 2017.

Comme le relèvent les fondateurs de l'entreprise *Case Law Analytics*¹⁵¹, il n'est pas toujours possible d'écarter la dimension « performative » de l'algorithme, à savoir que la solution adoptée est autolégitimée et produit des effets au terme d'un raisonnement circulaire. Ce risque est sans doute moins élevé s'agissant de l'arbitrage en raison de la confidentialité attachée à la sentence, mais il n'est pas à exclure dans le cadre de la mécanisation des étapes de la procédure.

III. Le destin de la sentence arbitrale algorithmique

Les dernières questions qui se posent à propos d'un arbitrage impliquant la participation plus moins importante d'une intelligence artificielle sont relatives au destin de la sentence arbitrale et à ses suites. Ici encore, des problèmes originaux sont susceptibles de se manifester.

Il convient, en premier lieu, de s'assurer que les parties ne sont pas liées par une décision dont aucune ne comprendrait le sens, ce qui serait absurde ou inique au regard des standards élémentaires de la justice humaine – ce risque n'étant pas à exclure, notamment lorsque peu de données pertinentes sont disponibles. Ainsi, et notamment dès lors que le recours à l'intelligence artificielle demeure dans une phase expérimentale, il serait prudent d'exiger une forme de contrôle d'intelligibilité et d'équité élémentaires de la solution, procédure susceptible de conduire au rejet pur et simple de la solution par l'entité de contrôle.

Une autre question est celle de la combinaison de l'arbitrage avec des processus d'exécution automatique de la sentence de type *blockchain*. Déjà à l'œuvre à propos des systèmes d'horodatage des preuves et documents versés dans le cadre de la procédure, l'intervention de la chaîne de blocs devrait permettre, dans un futur proche, une application automatique de tout ou partie de la sentence arbitrale. Cette perspective repose néanmoins la question de l'acceptation par les parties de la solution dérogée par l'arbitre. Peut-on envisager que cette application « intégrée » fasse partie du pacte arbitral – l'exécution étant en quelque sorte le prolongement indissociable de la sentence rendue par l'instance algorithmique – ou doit-elle demeurer distincte de la décision, ce qui conduit à en disjoindre le traitement par la machine ?

À supposer l'intelligibilité humaine de la sentence suffisante, il doit toujours être loisible aux parties de contester la solution rendue selon une procédure d'appel. Dès lors, se pose la question suivante : l'appel peut-il être entendu par une autre entité algorithmique ou doit-on nécessairement réinvestir l'humain en tant qu'autorité d'appel ? La première branche de l'alternative semble peu crédible dans la mesure où elle induirait un rapport hiérarchique entre deux « machines. » Toutefois,

151. Audition de Monsieur Jacques Lévy-Vehel, 13 septembre 2018.
Pour une présentation de cette solution, cf. *supra* Chap. 3, II. A.

elle n'est pas totalement à écarter dans la mesure où, notamment pour des contentieux de masse, il serait loisible de se reporter à un algorithme dont l'expertise est circonscrite au traitement de certaines questions simples, mais incapables d'appréhender des hypothèses plus complexes dont le traitement serait délégué à d'autres intelligences plus sophistiquées. On peut, par conséquent, concevoir une hiérarchie entre les intelligences artificielles qui ne soit pas attachée à une organisation judiciaire, mais à un degré d'expertise de la machine. Cette hypothèse n'est pas sans poser la question du coût du recours à une machine plus sophistiquée qui pourrait priver certaines parties moins fortunées des moyens d'y recourir.

Pour finir, dans la perspective de « transparence » précitée, se pose la question des modalités de traitement des résultats de la justice algorithmique et de leur révélation. On peut envisager de mettre à la charge du concepteur de la solution une obligation de « révélation » portant sur l'existence et les modalités d'une commercialisation ou d'une simple diffusion des données collectées à l'occasion et à l'issue de l'arbitrage, même sous une forme anonyme, et sur les bénéficiaires directs et indirects de cette commercialisation. Cette logique de transparence relève à nouveau du paradoxe de la justice algorithmique : souhaitable dans son principe, elle se heurte à de nombreux obstacles tant pratiques que légaux. Ainsi, le traitement des données relatives à l'arbitrage, nécessaire à l'amélioration de l'algorithme grâce au *machine learning*, est susceptible d'occasionner une dissémination – volontaire ou subie – risquant de contrarier les obligations de confidentialité qui lient « l'arbitre » ou les règles de respect du traitement des données à caractère personnel.

À tous les stades de l'arbitrage – constitution de l'instance arbitrale, conduite de l'arbitrage, édicton de la sentence et suites de celle-ci – le recours à une solution algorithmique engendre des difficultés inédites qui doivent conduire à modérer l'enthousiasme qui irrigue le discours des thuriféraires de telles solutions. Comme il a été rapidement démontré, la recherche d'équivalents fonctionnels permettant d'assurer le respect des valeurs essentielles de l'arbitrage – compétence, respect du contradictoire, confidentialité – suppose la mise en place de multiples procédures de contrôle qui doivent être conçues et développées. Probablement pour un temps encore important, l'algorithme n'est pas en capacité, ni technique ni juridique, de « remplacer » l'arbitre humain, ce qui conduit à inciter à la prudence pour toute solution qui négligerait le détour par l'humain. Il semble, par conséquent, utile au titre du principe de précaution d'affirmer un principe de prévalence de la décision humaine sur la décision algorithmique propre à garantir l'existence d'un droit au recours à une solution rendue par des personnes.

CHAPITRE 2.

LE CENTRE D'ARBITRAGE

La mise à la disposition des acteurs de l'arbitrage – parties, arbitres, centres d'arbitrage – d'un outil en ligne suscite souvent une attente de disponibilité étendue de ce service par rapport à un service d'arbitrage hors ligne. Utilisateurs potentiels, parties et arbitres considèrent généralement que le centre d'arbitrage proposant un mécanisme d'arbitrage en ligne doit garantir un accès continu, quels que soient le jour et l'heure et sans variation de qualité, à tout utilisateur. Cela suppose un choix conceptuel et technique pour le centre d'arbitrage : l'intégration du numérique doit être envisagée dès la conception de la plateforme qui sera mise à disposition des utilisateurs. Il faut identifier les phases de la procédure qui seront digitalisées et le choix de l'outil à même de répondre aux exigences retenues : rapidité et facilité d'accès quel que soit le terminal utilisé, la localisation de l'utilisateur, etc.

Deux types d'offres d'arbitrage peuvent être proposés (I). En outre, les centres d'arbitrage devront justifier de garanties personnelles (II) et fournir des garanties de sécurisation des procédures mises en œuvre (III).

I. Une dualité des offres d'arbitrage

L'aspiration commune est que l'introduction du numérique dans la procédure arbitrale doit contribuer à une simplification d'utilisation du mécanisme traditionnel d'arbitrage proposé par des centres d'arbitrage ou à proposer une offre d'arbitrage alternative, simple, rapide et donc peu onéreuse. Cette offre d'arbitrage renouvelée est généralement considérée comme devant faciliter l'accès à l'arbitrage. Il s'ensuit que la complexification éventuelle des procédures de règlement des différends liée à l'introduction de procédures alternatives ou hybrides peut être mal comprise et susciter un désintérêt voire un rejet des modifications ou de l'institution arbitrale. Ce risque conduit les organes mettant à disposition des parties et arbitres des mécanismes d'arbitrage totalement en ligne (offre spécifique) ou partiellement – par hybridation d'une procédure d'arbitrage hors ligne à laquelle s'ajoutent des aspects procéduraux empreints de technologies numériques (offre mixte) – à s'engager dans une démarche de présentation et d'explication des mécanismes nouveaux, soutenue et consommatrice de ressources, notamment financières.

A. Les offres

Les deux types d'offres sont généralement proposés par des acteurs différents : d'une part, une offre d'arbitrage spécifique totalement

dématérialisée souvent proposée par des entreprises nouvelles, créées afin de proposer ce service et appartenant au secteur des nouvelles technologies; d'autre part, une offre d'arbitrage mixte (hybride) combinant des prestations traditionnelles et des prestations nouvelles fondées sur l'utilisation des nouvelles technologies, souvent proposée par des centres d'arbitrage établis depuis un certain temps, cherchant à moderniser leur prestation de règlement des différends pour répondre à des demandes des utilisateurs.

L'offre spécifique d'arbitrage en ligne est en général issue d'entreprises nouvelles créées sous forme de sociétés à but lucratif alors que l'offre mixte procède davantage d'acteurs établis, ayant en général un statut d'organisme à but non lucratif de droit privé ou public (association, groupement professionnel, chambre de commerce). La différence de nature juridique de ces acteurs conduit à s'interroger sur la qualification fiscale de ces procédures en ligne et sur les conséquences fiscales que l'offre de telles procédures est susceptible d'avoir sur les centres d'arbitrage. Si l'arbitrage en ligne peut indifféremment être organisé par un organisme à but lucratif ou non, cette activité de prestation de services ne peut-elle pas être considérée comme lucrative quelle que soit la forme juridique de l'auteur de la prestation? Ne faudrait-il pas procéder à une analyse plus fine et distinguer entre l'offre spécifique rentrant éventuellement dans le champ de la lucrativité et l'offre mixte rentrant dans le champ de la non-lucrativité, la mise en œuvre de moyens informatiques n'étant qu'accessoire à l'activité traditionnelle non lucrative de règlement des différends?

B. Les défis

Dans une démarche d'adaptation de son offre, le centre d'arbitrage sera confronté à un certain nombre de défis variant selon le type d'offre, spécifique ou mixte, qu'il entend proposer aux utilisateurs potentiels de ses services d'arbitrage.

◆ 1. Les défis tenant à l'offre spécifique

■ a. Un défi d'acceptation de l'offre par les utilisateurs

Ce défi tient à trois facteurs. Il s'agit d'abord de la réputation de l'auteur de l'offre. Ce dernier ne dispose pas toujours d'une expérience dans l'activité de règlement des différends. L'auteur de l'offre peut démarrer une activité sans aucune référence à faire valoir autre que la conviction de la pertinence de son approche et la mise en avant de collaboration plus ou moins poussées avec certaines personnalités connues dans le secteur de l'arbitrage.

Il s'agit ensuite de la pérennité de l'offre. La solidité financière de l'auteur de l'offre n'est pas nécessairement en adéquation avec le service proposé et son utilisation supposée. L'adaptabilité de la solution technique retenue peut susciter des questions. Il faut particulièrement s'interroger sur le degré d'intégration de modules techniques standard par rapport aux développements spécifiques.

Il s'agit enfin du degré d'innovation de la procédure proposée. La solution technique envisagée peut s'affranchir des cadres procéduraux classiques et connus des utilisateurs. La perméabilité de ces derniers au changement sera un déterminant clé du recours aux services proposés.

■ **b. Un défi d'acceptation par les autorités en charge du contrôle de la décision et du cadre technique et juridique dans lequel elle a été rendue**

Les juges de la régularité de la procédure, qu'il s'agisse d'une procédure de reconnaissance ou d'exécution de la sentence par exemple, les juges du contrat d'organisation de l'arbitrage et les autorités administratives éventuellement appelées à connaître de la procédure sous l'angle du contrôle des données personnelles ou pas, des flux financiers, de la fiscalité, des exportations, de sanctions internationales, etc. doivent être convaincus que le traitement de la procédure arbitrale dans le cadre de cette offre spécifique est bien conforme aux normes juridiques dont ils assurent le contrôle.

■ **c. Un défi financier**

Ce défi tient au coût de développement de la solution technique, à l'information sur l'existence de l'offre et à la mise en production du système retenu. À la différence des centres proposant une offre mixte qui peuvent répartir les coûts internes sur les deux composantes de l'offre, traditionnelle notamment lorsqu'elle est préexistante et numérique, les centres proposant une offre spécifique doivent élaborer un modèle économique dans lequel l'utilisation du numérique seule doit garantir la rentabilité du système. Ces opérateurs sont confrontés à la question de savoir si leur offre répond à un besoin suffisamment répandu et jusque-là non ou incomplètement satisfait afin d'atteindre une taille critique, condition de leur survie économique. La rémunération du centre peut dépendre d'une facturation à l'usage ou du versement d'un droit forfaitaire de souscription aux services, corrélé ou non au volume de données échangées, au nombre d'accès ou d'utilisateurs.

L'incertitude liée à ce mode de développement peut inciter les acteurs proposant une offre spécifique à s'associer à des opérateurs d'arbitrage traditionnel pour que ces derniers développent une offre traditionnelle en complément de leur offre habituelle ou conçoivent une offre mixte intégrant une composante numérique dans leur offre traditionnelle.

◆ **2. Les défis tenant à l'offre mixte**

■ **a. Un défi conceptuel pour le centre d'arbitrage**

Ce centre, lorsqu'il dispose déjà d'une offre d'arbitrage, doit s'interroger sur la pertinence d'adapter l'offre existante en introduisant une modification de certains aspects de la procédure par des moyens numériques. Cette introduction remet-elle en cause certains caractères fondamentaux et distinctifs de l'offre d'arbitrage du centre ? Par exemple, l'introduction d'une composante numérique dans la phase initiale de la procédure est moins simple qu'il n'y paraît. À défaut d'accord des parties dans leur convention d'arbitrage sur l'utilisation d'une plateforme pour la

conduite de l'instance y compris le commencement de celle-ci, comment notifier au défendeur par voie électronique qu'une demande d'arbitrage a été lancée et comment s'assurer que ce défendeur a effectivement reçu l'information qui lui est destinée ?

■ **b. Un défi d'adaptation d'une procédure existante traditionnelle en intégrant l'utilisation de nouvelles technologies**

L'utilisation de ces technologies numériques peut contraindre le centre d'arbitrage à des choix procéduraux y compris imposer de modifier la procédure d'arbitrage traditionnelle. Il n'est pas toujours possible de digitaliser la procédure sans ces modifications. Digitaliser certaines phases de la procédure peut être simple sur le plan procédural, mais se révéler complexe sur le plan technique et donc coûteux pour le centre d'arbitrage.

La composante numérique de l'offre peut tenir à l'utilisation par le centre en interne voire seulement son secrétariat (architecture fermée) ou à la mise à disposition des autres acteurs d'une procédure arbitrale : parties, arbitres, secrétaires administratifs, experts, traducteurs (architecture ouverte) d'un greffe dématérialisé. Les règles afférentes à la gestion des droits d'accès et de communication de pièces telles que l'initiative du postage ou encore le format des fichiers peuvent être posées par le prestataire informatique fournissant un service clé en main ou par le centre qui posera les paramètres acceptables d'utilisation en fonction de son règlement d'arbitrage, de l'image qu'il souhaite projeter auprès des utilisateurs et de la typologie de ces derniers.

La composante numérique de l'offre peut également correspondre à la conception et à l'utilisation d'outils intelligents de recherche de précédents ou d'analyse de situations. Le centre d'arbitrage peut recourir à un certain nombre d'outils numériques permettant de remplir ces missions d'organisation de l'arbitrage, mais également des missions autres dont l'importance variera selon le rôle que le centre entend remplir : publication, collaboration avec des établissements d'enseignement, assistance aux chercheurs, diffusion des connaissances en matière d'arbitrage. Ces outils, dont l'accès peut être restreint au seul personnel du centre ou étendu pour certaines fonctionnalités à un public identifié (tels les chercheurs ou les arbitres intervenant dans les procédures administrées par le centre) peuvent être de simples bases de données ou de véritables plateformes de suivi des procédures. Ils permettent de retrouver rapidement un document, de le conserver, d'en délivrer une copie conforme à l'original par le centre le cas échéant. Dans leur forme la plus simple ils ne sont pas nouveaux. Leur usage répété sur une longue durée, associée aux technologies modernes, permet toutefois d'envisager une utilisation accrue des informations conservées par les centres d'arbitrage. Les données accumulées par certains centres d'arbitrage pourraient dans un avenir proche permettre d'élaborer de véritables outils d'aide à la décision, tant en matière de procédure que d'application du droit substantiel.

■ c. Un défi d'acceptation des modifications liées à l'introduction des technologies numériques dans la procédure par les utilisateurs

Il peut s'agir des utilisateurs internes au centre. Les collaborateurs du centre peuvent redouter de ne pas maîtriser les nouvelles technologies ou de ne pas avoir le temps de dégager les ressources nécessaires au développement des outils numériques, accaparés qu'ils sont par le succès éventuel de la procédure d'arbitrage traditionnelle. Dans l'esprit des utilisateurs externes, une institution peut être associée à une forme de procédure définie et toute évolution nécessite, de la part du centre d'arbitrage, communication sur l'intérêt du changement pour ces utilisateurs et persuasion. Le recours au numérique peut complexifier l'offre lorsque l'outil numérique ne se substitue pas à un aspect de la procédure classique, mais constitue une alternative dont l'utilisation procédurale est optionnelle.

II. Les garanties relatives aux centres d'arbitrage : certification ou agrément

Les centres d'arbitrage auront vocation à administrer, au travers le plus souvent d'une plateforme, le règlement d'un différend. Cette administration pourra consister à mettre les services de la plateforme à disposition d'un tribunal arbitral ordinairement composé mais, allant plus loin, pourra aussi intégrer un tribunal arbitral désincarné et reposant sur des algorithmes ou, plus tard, des solutions d'intelligence artificielle¹⁵².

Dans les deux cas, le centre d'arbitrage recevra de la part des parties de nombreuses données : données personnelles, données confidentielles ou couvertes par le secret des affaires, données relatives au différend, pièces fournies par les parties, conclusions et mémoires, etc. Compte tenu de la sensibilité de ces données, mais aussi des missions confiées au tribunal arbitral, les parties devront pouvoir disposer d'un confort raisonnable quant à la confidentialité des données, à la fiabilité des plateformes, leur localisation et quant à la protection contre les intrusions et les vols de données.

À cette aune, le groupe de travail s'est interrogé sur la nécessité d'exiger des centres d'arbitrage qu'ils fassent l'objet d'une labellisation (ou d'une certification) ou, plus encore, d'un agrément. Les discussions du groupe de travail ainsi que les auditions de la directrice adjointe de la Direction des affaires civiles et du Sceau¹⁵³ ainsi que du secrétaire général de la Cnil¹⁵⁴ ont permis de dégager les grandes lignes qui suivent.

152. J. El-Ahdab J. et M. Mako, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », *Revue Droit et Affaires*, 2018, p. 49, spéc. p. 65 et s.

153. Audition de Madame Valérie Delnaud, directrice adjointe DACS 9 juillet 2018.

154. Audition de Monsieur Jean Lessi, secrétaire général de la Cnil et de Madame Amandine Jambert, ingénieur expert rattaché au service de l'expertise technologique, 19 octobre 2018.

Le groupe de travail a rapidement écarté l'idée de faire agréer les centres d'arbitrage par une autorité publique. Il est apparu que l'exigence d'un agrément serait disproportionnée par rapport aux buts poursuivis. Les centres d'arbitrage numérique évoluent dans un univers concurrentiel qu'il convient de ne pas dénaturer en le soumettant à des exigences administratives trop strictes. De plus, les parties qui ont recours à l'arbitrage s'écartent volontairement et de manière consentante de la voie du règlement de leur différend par des juridictions étatiques, de sorte qu'il n'est probablement pas conforme à leurs volontés que de faire agréer par l'État les centres arbitraux qui seraient susceptibles d'accueillir les procédures.

En revanche, la confiance nécessaire que doit inspirer un centre d'arbitrage milite pour que des labels ou certifications¹⁵⁵ puissent être accordés par des organismes eux-mêmes agréés par le Cofrac (comité français d'accréditation). De tels labels pourront utilement prévoir ce qui suit¹⁵⁶ :

- ▶ l'information obligatoire de l'utilisateur qu'il y a recours à un algorithme ;
- ▶ la solution apportée ne doit pas résulter exclusivement d'un traitement par algorithme ;
- ▶ des règles en matière de condition de compétence, diligences, impartialité et indépendance doivent être exigées pour obtenir le label ;
- ▶ les intervenants seront soumis au secret professionnel ou à une obligation de confidentialité ;
- ▶ la protection des données personnelles doit être garantie ;
- ▶ la fiabilité et la sécurité des systèmes d'information utilisés doivent être assurées ;
- ▶ les conditions relatives à l'évolution de la plateforme (développement technologique) et le cas échéant au transfert des données doivent être portées à la connaissance des utilisateurs.

Le groupe de travail a débattu, sans dégager de consensus, de l'opportunité de rendre la certification obligatoire ou de laisser aux centres d'arbitrage la simple faculté de l'obtenir. Selon certains membres du groupe, plusieurs arguments militent pour qu'il s'agisse d'une simple possibilité : tout d'abord, en matière d'arbitrage international, il serait singulier d'exiger des centres d'arbitrage français une certification alors que d'autres centres internationaux réputés échapperaient à cette exigence. De surcroît, les dynamiques d'un marché concurrentiel obligeront de fait chaque centre d'arbitrage à faire preuve d'un certain niveau d'exigence en matière de sécurité, confidentialité et de protection des données afin de rester compétitifs. On le voit avec les réseaux sociaux aujourd'hui : la perspective d'un scandale dans ces domaines pourrait contribuer à faire fuir les « clients » que sont les justiciables. Aussi, les centres d'arbitrage seront-ils naturellement incités à obtenir des certifications, même s'ils n'y sont pas tenus.

155. La norme ISO/IEC 27001, exposant les exigences relatives aux systèmes de management de la sécurité des informations, est utilisée en référence.

156. Cf. not. Audition par le groupe de travail de Madame Valérie Delnaud, *op. cit.*

À l'inverse, d'autres membres du groupe de travail ont considéré que la sensibilité des missions confiées aux centres d'arbitrage numérique justifie un certain niveau d'exigence qui, sans aller jusqu'à un agrément, pourrait passer par l'obtention obligatoire d'une certification.

Une solution intermédiaire a été proposée, à savoir inclure l'arbitrage numérique dans le périmètre d'une obligation de certification, mais réserver cette certification aux petits litiges (plafond à 4 000 ou 5 000 €) et aux litiges relevant du droit de la consommation. Les autres différends, comme ceux entre entreprises par exemple, pourraient être traités par des centres certifiés ou non, les premiers disposant cependant d'un avantage concurrentiel en termes d'attractivité.

Pour conclure, le groupe de travail a considéré que la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en cours d'examen au Parlement a bien fait de prévoir une certification identique pour l'arbitrage à celle des modes amiables. Incidemment, le groupe de travail a considéré, à la majorité absolue de ses membres, que la loi avait également bien fait de ne pas modifier le périmètre actuel de la représentation obligatoire par avocat et qu'il n'était ainsi pas opportun d'étendre ce périmètre aux mesures alternatives de règlement des différends (MARD), en ce compris à l'arbitrage numérique.

III. La sécurisation de la procédure et des données garantie par le centre d'arbitrage

Outre les questions relatives à la protection des données personnelles (cf. infra), les centres d'arbitrage devront proposer des solutions technologiques offrant toutes les garanties de fiabilité : en effet, un défaut de service ou encore une perte ou une altération de données pourrait considérablement nuire à l'exercice de la mission juridictionnelle confiée à la juridiction arbitrale sous l'égide du centre.

De plus, compte tenu de son rôle, le centre d'arbitrage devra offrir des garanties de sécurité relatives à deux types de risque susceptibles de se présenter dans le cadre de son activité. Le premier est de nature « matérielle », à savoir le risque d'intrusion et de piratage, tandis que le second est plutôt de nature « juridique », soit le risque que les données administrées par le centre d'arbitrage fassent l'objet d'une procédure de saisie diligente par des autorités étrangères.

La gestion de ces deux risques suppose que les centres d'arbitrage – et en amont les critères de certification de ceux-ci – conçoivent des systèmes d'hébergement des données offrant des garanties raisonnables contre ces risques.

L'utilisation de services d'hébergement et, éventuellement, de PaaS (*platform as a service*) et de SaaS (*software as a service*), devra se faire en tenant compte de la fiabilité et de la robustesse des systèmes

d'information retenus ainsi que de leur localisation. En la matière, la sécurité juridique et matérielle ne répond pas à une logique binaire : un Cloud public proposé par un grand éditeur – souvent américain – fera l'objet d'un niveau de protection très élevé contre le risque de piratage car les grandes sociétés multinationales qui proposent ces services consacrent des investissements sans pareils à la sécurité de leur réseau. En même temps, l'exposition au risque judiciaire américain (*Cloud Act*¹⁵⁷) augmente. À cet égard, les centres d'arbitrage pourront utilement distinguer selon qu'ils proposent des services à destination de clients particuliers, consommateurs et PME ou à des groupes internationaux. Si les premiers sont relativement indifférents au risque de saisie judiciaire étrangère, les seconds seront certainement plus vigilants. Les solutions reposant sur des Clouds privés ou des Clouds hybrides¹⁵⁸ devront également être étudiées par les centres d'arbitrage.

En conclusion sur ce point, le groupe de travail estime que des offres différenciées seront utilement proposées par les centres d'arbitrage en fonction du public auquel ils s'adressent, tout en reconnaissant qu'un socle minimum ayant trait à la fiabilité de la plateforme et à la sécurité des données devra être respecté par tous. Ce socle minimum pourra être défini par les organismes habilités à délivrer des certifications.

CHAPITRE 3.

LA PROCÉDURE

En temps qu'outils au service du bon déroulement de la procédure arbitrale (!), les solutions logicielles et, à terme, l'intelligence artificielle, trouvent leurs emplois naturels. L'arbitrage international peut y gagner en efficacité, dès lors que les litiges qui le caractérisent font fréquemment apparaître des besoins divers que la technologie est – ou à terme proche sera – apte à satisfaire : traduction, interprétariat, communications multimédias, logiciels de gestion documentaire et de recherche par mots-clés tels que « Relativity » ou autres, accès à des sources juridiques, etc.

157. Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (dénommé « Cloud Act ») a été promulgué par le Président des États-Unis le 23 mars 2018.

158. Plateforme Cloud « privée » partagée par plusieurs utilisateurs partageant des objectifs en commun. On pourrait ainsi concevoir que plusieurs centres d'arbitrage utilisent un même Cloud pour y héberger chacun leurs plateformes et les données qu'elles hébergent. Outre des contraintes fortes de confidentialité, il faudra vérifier qu'aucune règle de droit de la concurrence ne s'y oppose. On relèvera que le gouvernement français travaille actuellement à la mise en place d'un Cloud « souverain » dans le cadre de la protection des intérêts français face au risque d'application extraterritoriale de réglementations étrangères (Cloud Act, etc.).

Par ailleurs, s'il est certain que, ainsi qu'exposé précédemment¹⁵⁹ dans le présent rapport, le remplacement de l'arbitre par la machine n'est pas envisageable (même à moyen terme, en tout cas dans l'arbitrage tel qu'il est pratiqué aujourd'hui), la numérisation de l'arbitrage a une influence sur les sentences. La formidable puissance de recherche, de calcul et de raisonnement de l'intelligence artificielle va en faire un auxiliaire incontournable de l'arbitre dans l'élaboration de sa décision (II).

En outre, envisager l'impact du numérique au cours de la procédure arbitrale impose de prendre la mesure des changements introduits par Règlement général de la protection des données sur l'arbitrage international (III).

Enfin, le numérique offrant des outils d'aide aux instances arbitrales de plus en plus performants, il s'agira de s'interroger sur les changements, pour ne pas dire bouleversements, plus profonds qui peuvent être attendus au cours de la procédure arbitrale (IV).

I. L'intelligence artificielle et assistance à la procédure d'arbitrage international

L'appui de la technologie est d'autant plus pertinent que, signe des temps, le bon déroulement d'une procédure arbitrale suppose de plus en plus fréquemment de résoudre la question de l'absorption par les parties et les arbitres de volumes considérables d'informations dont le traitement humain est à la fois onéreux et chronophage. L'inflation des volumes d'informations devant être traités par les parties prenantes à l'arbitrage est un phénomène indéniable : il concerne aussi bien les informations qui constituent la matière même du différend (A), que celles qui sont produites dans le cadre de son règlement (B).

A. L'inflation des volumes d'informations qui constituent la matière litigieuse

Le règlement des différends de la vie des affaires suppose d'être en mesure de traiter des situations de fait, souvent techniques, dont la manifestation pourra prendre la forme de communications dématérialisées multiples et d'un volume considérable. Un consensus général admet la dématérialisation des échanges d'informations et, sauf cas particulier, n'en remet pas en cause les conditions de fonctionnement. La fluidité et la rapidité des échanges auxquels il est ainsi procédé, par courrier électronique, SMS et sur les plateformes de messagerie, sont un phénomène contemporain. Celui-ci n'est pas propre à l'arbitrage : il a rattrapé les différentes formes de justice qui appréhendent la vie des affaires dans ses différents aspects. Mais l'arbitrage, et singulièrement l'arbitrage international où l'instruction des faits de la cause est très approfondie, y est quotidiennement confronté.

159. V. *infra* partie II. 1.

B. L'inflation des documents créés et échangés pour les besoins de l'arbitrage

L'activité propre au déroulement d'un arbitrage international génère un trafic documentaire en accroissement flagrant. Là encore, ce fait n'est pas le propre de l'arbitrage : le monde du droit, qu'il s'agisse de l'élaboration de la norme ou du règlement des différends, induit un volume considérable d'échanges d'informations et de supports documentaires. Les juristes créent davantage de documents et les produisent d'autant plus vite que progresse leur aptitude à l'exploitation des outils informatiques, eux-mêmes de plus en plus performants. Les mémoires échangés en arbitrage sont d'autant plus prolixes qu'ils reproduisent, par le truchement du copié/collé, de larges extraits de pièces, de déclarations de témoins et d'experts et de sources juridiques, ce que permet leur accessibilité en support électronique. Il n'est plus rare d'échanger des mémoires comportant des centaines de pages auxquels sont annexés des volumes de pièces jointes se comptant parfois en milliers de feuillets. Les sentences arbitrales n'échappent pas non plus à ce syndrome, ne serait-ce que par souci de motivation complète de la décision. L'on ne s'attardera pas sur le fait que dans certains cas, des fins tactiques aisément imaginables peuvent être à l'origine de narrations factuelles aussi longues que truffées d'inexactitudes ou de communications de pièces pléthoriques. L'arbitre hésitera à écarter des débats des allégations ou des pièces sans pertinence, de crainte de s'exposer à une accusation de préjugé ; le conseil adverse aura aussi à cœur de préserver sa responsabilité professionnelle, d'autant plus si son client exige de réfuter les allégations qu'il conteste en dépit de leur absence de pertinence. De fait, il faut souvent traiter toutes les informations soumises aux arbitres, quitte à ce que soient sanctionnés les comportements relevant de l'obstruction, par exemple en mettant les surcoûts à la charge de la partie responsable.

Les conseils comme les arbitres doivent donc trouver le moyen de traiter avec efficacité cette abondance d'informations. L'assistance de solutions logicielles et à terme de l'intelligence artificielle est ainsi susceptible de répondre utilement à l'inflation du volume des informations en sélectionnant, dans des conditions de temps et de coûts raisonnables, celles qui seront pertinentes pour la solution du différend. Quelques exemples seront donnés ici, sans prétendre à l'exhaustivité.

◆ 1. Revue documentaire par la *Technology Assisted Review/predictive coding*

Non spécifique à l'arbitrage, la *Technology Assisted Review* (« TAR », ou *predictive coding*) permet de rendre la revue de documents beaucoup plus rapide et moins coûteuse. Elle est de plus en plus utilisée aux États-Unis dans le cadre de contentieux, notamment en vue de la phase de *pre-trial discovery of documents* (on parle d'*e-discovery*). Il s'agit d'une technologie « assistée » qui suppose, pour le modelage du code, que les avocats aient une connaissance très poussée des faits et des enjeux du dossier : ce sont en effet les conseils qui choisissent les documents et les mots-clés

de l'algorithme. La TAR réduit de manière considérable la part humaine du travail, autrefois effectuée par les plus jeunes des collaborateurs des cabinets d'avocats, et donc le coût puisque traditionnellement ce travail est rémunéré par application d'un taux horaire au nombre d'heures qui y est consacré. La part humaine du travail consiste donc à définir les faits et les mots-clés avec les équipes du client en amont du TAR et, en aval de celui-ci, à analyser les documents obtenus avant leur échange avec la partie adverse¹⁶⁰. *Le predictive coding* est une solution efficace qui permettrait de réduire les coûts de l'arbitrage international notamment en réduisant le temps consacré à la revue des documents¹⁶¹.

◆ 2. Accès aux sources du droit

Le développement des systèmes experts ou *expert systems* – des programmes informatiques ayant une connaissance spécialisée dans un domaine du droit particulier – soulève la question de leur capacité à remplacer les experts juridiques (*expert witnesses*) qu'il est fréquent d'entendre contradictoirement dans le cadre d'un arbitrage international pour rapporter la preuve de la teneur d'un droit étranger. En l'état actuel du développement des systèmes experts, la doctrine universitaire ainsi que les praticiens sont pour l'heure partagés s'agissant de la capacité de la technologie à remplacer les experts de droit, mais s'accordent sur le fait que ces technologies représentent une aide aux conseils comme aux arbitres pour se renseigner sur l'état du droit dans un domaine particulier.

Un système expert est un logiciel intelligent qui exploite, au même niveau qu'un expert humain du domaine, des connaissances et des inférences logiques définies. Ces logiciels utilisent des formules de logique et de probabilité, et dans leur format basique, ne sont pas des programmes d'intelligence artificielle¹⁶². Toutefois, le développement prévisible de ces systèmes vise à les faire évoluer vers de véritables programmes d'intelligence artificielle, où les méthodes de réflexion et de raisonnement d'un expert constitueraient les règles de base sur lesquels se fonderaient ensuite les formules de logique¹⁶³. À cette fin, les nouveaux programmes combineront la méthode du système expert avec la méthode d'apprentissage automatique¹⁶⁴. Cette combinaison tend à permettre de prendre en compte le fait que les juges peuvent arriver à des conclusions différentes sur la base de faits similaires. La technique de l'apprentissage automatique ambitionne d'équilibrer l'application « brute » des règles avec des exemples historiques de différentes décisions prises par les juges dans une situation comparable¹⁶⁵. Selon les développeurs de ces nouveaux logiciels, leur ambition est de mettre en place un système qui

160. S. D. Becerra, « The Rise of Artificial Intelligence in the Legal Field: Where We Are and Where We Are Going », *J. Bus. Entrepreneurship et L.*, vol. 11, p. 40, 27(2018) ; v. également L. Angelo et al., *examples of artificial intelligence systems in legal*, 2018 txclx-af1 30-v (2018).

161. M. Mills, « Using AI in Law: It's Practical Now », 42 No. 4 *Law Prac.* 48, 2016.

162. Pamela S. Katz, J.D., « Expert Robot: Using Artificial Intelligence to Assist Judges in Admitting Scientific Expert Testimony », 24 *Alb. L.J. Sci. et Tech.* 1, 13 (2014).

163. *Ibidem*.

164. « AI am the Law », *The Economist*, 10 mars 2005 [en ligne] < <http://www.economist.com/node/3714082> >.

165. *Ibidem*.

émulera le processus décisionnel d'un juge ou d'un arbitre¹⁶⁶.

Dans le domaine juridique, ces systèmes experts ont connu des développements il y a déjà plusieurs années, sans pour autant s'imposer comme norme. Les exemples suivants illustrent ces avancées :

- ▶ au Brésil, le programme Judges on Wheels spécialisé en droit des accidents de la circulation repose sur un algorithme qui passe en revue la jurisprudence et produit une recommandation ; une recherche a montré que les juges – qui ne sont pas tenus de suivre la solution proposée, l'adoptaient dans 68 % des cas¹⁶⁷;
- ▶ un programme développé en Australie, nommé SplitUp, permet aux couples en instance de divorce de déterminer le régime de séparation des biens qui s'appliquerait dans leur cas. Ce programme peut prédire la décision d'un juge sur la base de décisions précédentes¹⁶⁸. SplitUp utilise une « base de connaissance » composée de 94 variables, qui sont les facteurs identifiés par des experts juridiques comme étant les plus importants en matière de séparation des biens dans le contexte d'un divorce ;
- ▶ également en Australie, le programme GetAid est utilisé par les services d'assistance juridique *pro bono* (*Victoria Legal Aid*) pour permettre aux demandeurs de déterminer si leur dossier peut bénéficier de l'assistance juridictionnelle, ce qui représente une économie et un gain de temps considérable par rapport à une évaluation humaine¹⁶⁹.

Par ailleurs, le développement de « robots experts » est constaté dans le monde de la *legaltech*. Aux États-Unis, la société Neota Logic a développé un programme d'intelligence artificielle censé recréer le travail d'un expert de manière automatisée, dans le domaine de la finance, de l'immigration, du commerce ou de la conformité¹⁷⁰. Ce programme a déjà été utilisé pour développer des bases de données dites « intelligentes » dans le domaine de la conformité destinées à des juristes d'entreprises et responsables de conformité, notamment pour les entreprises qui n'ont pas les moyens de développer leur propre structure de mesures anticorruption¹⁷¹.

Des systèmes de *predictive coding* sont également développés dans le but de prédire le résultat de décisions de justice. Ces programmes ont été conçus pour les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), ainsi que pour la Cour suprême des États-Unis. De tels programmes pourraient constituer des outils de plus en plus utiles pour

166. *Ibidem*.

167. J. Jenkins, « What Can Information Technology Do for Law? », 21 *Harv. J.L. et Tech.* 589, 602 (2008).

168. « AI am the Law », *op. cit.*

169. *Ibidem*.

170. Neota Logic, « Replicate the thinking and actions of experts » [en ligne] < <https://www.neotalogic.com/solution/expert-advisors/> >.

171. Neota Logic, « Bloomberg BNA features Neota Logic: Automating Legal Advice: AI and Expert Systems », 22 janvier 2016 [en ligne] < <https://www.neotalogic.com/2016/01/22/bloomberg-bna-features-neota-logic-automating-legal-advice-ai-and-expert-systems/> >. Le « Data Law Center » développé par le cabinet Akerman n'existe plus car les associés ayant fondé ce programme ont quitté le cabinet en 2018. V. également Foley Global Risk Solutions < <https://www.foley.com/grs/> >.

s'orienter au stade de recherches préliminaires dans certains domaines du droit de l'arbitrage. En 2016, des chercheurs de l'University College London ont développé une intelligence artificielle capable d'élaborer des décisions de justice et de prédire les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce « juge » artificiel a analysé 584 affaires de la CEDH, correspondant à trois articles de la Convention européenne des droits de l'homme : interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3), droit à un procès équitable (article 6) et, enfin, droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), et dans 79 % des cas, l'intelligence artificielle a rendu des jugements similaires à ceux des juges. Pour éviter tout biais, les chercheurs avaient sélectionné un nombre égal de décisions dans lesquelles les juges avaient retenu ou écarté une violation de la Convention¹⁷². De même, la start-up LexPredict a développé un algorithme qui prédit la décision des juges de la Cour suprême des États-Unis, et dont la performance a été considérée comme fournissant des résultats plus exacts que ceux obtenus auprès d'experts humains en la matière – l'algorithme a correctement prédit le résultat d'une décision de justice dans 70.2 % des cas, contre 66 % pour les experts¹⁷³. Le programme Lex Machina utilise les méthodes de *data mining* et d'analyse prédictive pour déterminer le résultat de décisions de justice dans le domaine de la propriété intellectuelle. Ce programme a accès aux greffes étatiques et fédéraux, le US International Trade Commission information system, et le US Patent and Trademark Office (USPTO)¹⁷⁴.

En matière d'arbitrage international, le domaine de la protection des investissements internationaux pourrait se prêter à une initiative comparable. Cette matière se caractérise en effet par des sources du droit à la fois accessibles et sujettes à des variables juridiques limitées. Les débats sont le plus souvent transparents, compte tenu des problématiques d'intérêt général posées par ce type de différends, ce qui permet l'accès aux sentences rendues tant sur la compétence que sur le fond. Les traités bilatéraux et multilatéraux peuvent se prêter à une certaine systématisation, tant s'agissant des conditions de compétence

-
172. A. Cherif, « Justice : Une intelligence artificielle rend des verdicts semblables à ceux des juges », La Tribune, 26 octobre 2016, [en ligne] < <https://www.latribune.fr/technos-medias/informatique/justice-une-intelligence-artificielle-rend-des-verdicts-semblables-a-ceux-des-juges-611119.html> > ; v. aussi « AI predicts outcomes of human rights trials », UCL, 24 octobre 2016 [en ligne] < <https://www.ucl.ac.uk/news/2016/oct/ai-predicts-outcomes-human-rights-trials> >. (« The most reliable factors for predicting the court's decision were found to be the language used as well as the topics and circumstances mentioned in the case text. The "circumstances" section of the text includes information about the factual background to the case. By combining the information extracted from the abstract "topics" that the cases cover and "circumstances" across data for all three articles, an accuracy of 79 % was achieved. »). V. également le rapport publié dans le journal scientifique Peer J : « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective », Peer J, 24 octobre 2016 [en ligne] < <https://peerj.com/articles/cs-93/> >.
173. M. Hutson, « Artificial Intelligence prevails at predicting Supreme Court decisions », Science Mag, 2 mai 2017 [en ligne] < <http://www.sciencemag.org/news/2017/05/artificial-intelligence-prevails-predicting-supreme-court-decisions> > ; D. Katz et al., « A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States », PLoS ONE 12(4), 16 janvier 2017 [en ligne] < <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698> >.
174. M. Mills, *Artificial Intelligence and the Law: The State of Play 2016*, p. 5 [en ligne] < <http://www.legalexecutiveinstitute.com/wp-content/uploads/2016/03/Artificial-Intelligence-in-Law-The-State-of-Play-2016.pdf> >.

que celles relatives à la protection et aux réparations. Les principes de droit international applicables sont bien identifiés. Le recours au droit national des États impliqués n'est pas systématique et est le cas échéant également modélisable. L'intérêt économique du développement d'un système expert en la matière n'est en revanche pas forcément évident compte tenu du coût modéré d'une consultation préliminaire d'un expert de la matière et du volume des dossiers qui relèvent de ce domaine.

Il serait probablement d'un intérêt plus grand de développer une solution comparable en matière de récusation d'arbitres ou de demandes de communications forcées de documents, domaines dans lesquels les arbitres et les conseils s'appuient couramment sur des règles de soft law devenues quasi universelles : les règles de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts et sur l'accès aux preuves. L'obstacle tient, en revanche, à l'accès limité aux sources, dans la mesure où les décisions en la matière sont pour la plupart confidentielles. En matière de récusation d'arbitres, certaines institutions arbitrales commencent à publier leurs décisions, mais la constitution d'un fonds de décisions pertinent sur la question supposerait un accès systématique et une collaboration poussée entre les institutions d'arbitrage dont l'activité est concurrente. En outre, la jurisprudence des juridictions étatiques sur la question peut connaître d'importantes variations. Quant aux décisions sur les demandes de communications de pièces en arbitrage, la plupart d'entre elles sont confidentielles.

Enfin, s'agissant des sentences rendues sur la compétence ou sur le fond en matières arbitrale, le nombre des variables factuelles, contractuelles et en termes de droit applicable, ajouté au caractère privé et à la confidentialité, constitue un obstacle encore plus grand.

II. L'intelligence artificielle, une aide précieuse à la décision qui doit rester sous contrôle

L'évolution vers une plus grande utilisation de l'intelligence artificielle dans le processus de décision représente un défi tant sur le plan technique que sur le plan des principes (A), au point que l'on vient à se demander si celle-ci va assister l'arbitre ou s'y substituer¹⁷⁵. Mais l'intelligence artificielle est inévitable et les efforts doivent être consacrés à en conserver la maîtrise (B).

A. L'intelligence artificielle comme aide à la décision : un défi tant sur le plan technique que sur le plan des principes

◆ 1. Un défi technique

L'utilisation de l'informatique dans l'élaboration de la décision par l'arbitre est un phénomène progressif qui a déjà commencé. Cette utilisation

175. J. El-Ahdab J. et M. Mako, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », *Revue Droit et Affaires*, 2018, p. 49, spéc. p. 60 et s.

peut concerner toutes les étapes du processus décisionnel de l'arbitre soit, chronologiquement, l'analyse de la problématique juridique, la recherche de précédents, l'élaboration d'un raisonnement et la fourniture d'une solution. L'introduction de l'informatique n'épouse pas cette chronologie pour de multiples raisons notamment celles tenant au développement des capacités de l'intelligence artificielle. Afin de mieux approcher les différentes phases de ce développement de l'intelligence artificielle appliquée au processus décisionnel de l'arbitre (et du juge), Marc Clément¹⁷⁶ a proposé une grille d'analyse des différentes étapes qui est la suivante :

- ▶ **Niveau 1** : Utilisation des bases de données juridiques et notamment des bases de données de jugements.
- ▶ **Niveau 2** : Analyses sur les bases de données plus sophistiquées, comme des analyses des liens entre les décisions qui forment la jurisprudence¹⁷⁷.
- ▶ **Niveau 3** : Sélection automatique de jurisprudences pertinentes à partir d'un problème posé ou par classe de problèmes à partir d'une description succincte du cas à traiter. L'algorithme prend partiellement la main sur les critères de recherche dans la base de données.
- ▶ **Niveau 4** : Proposition de raisonnements alternatifs. En complément du niveau précédent, il s'agit alors de proposer des scénarios de résolution de problèmes en diversifiant les hypothèses.
- ▶ **Niveau 5** : décision totalement automatisée à partir de la description des faits de l'espèce.

Cette classification peut être contestée, mais elle présente l'intérêt de permettre de mesurer les étapes qui nous séparent d'une décision produite intégralement par l'intelligence artificielle.

Le groupe de travail a procédé à des auditions afin d'évaluer l'état de développement des outils dits de justice « prédictive » (la traduction correcte de l'anglais étant juste « prévisible ») que sont Predictice, Legalmetrics, JurisPredis et Case Law Analytics et leur application à l'arbitrage.

Toutes ces sociétés proposent des systèmes de recherche plus ou moins améliorés. Ainsi, à la recherche par mots-clés, l'outil ajoutera des mots associés. Ces ajouts sont toutefois limités. Par exemple, l'outil à qui il aura été demandé de rechercher les décisions contenant le mot « remise » proposera aussi celles contenant le mot « remettre », mais pas par exemple « réduction de prix. » Certains proposent quelques analyses prédictives sur les chances de gagner ou perdre tel ou tel type de contentieux et les montants accordés par tel ou tel type de juridiction dans ces contentieux.

176. M. Clément, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on rester maître ? », *AJDA* n° 43/2017, n° 2453.

177. Par exemple, pour l'analyse des décisions de la Cour de cassation faite par lawdataworkshop en collaboration avec A. Gonzales de l'université d'Aix Marseille : V. « What is Law Data Workshop ? » [en ligne] < <http://lawdataworkshop.eu> >.

Le groupe de travail a reçu Monsieur Jacques Lévy-Vehel¹⁷⁸, cofondateur de Case Law Analytics. Case Law Analytics ne travaille que sur un nombre limité de domaines du droit (environ une quinzaine), relativement étroits et homogènes dont notamment la rupture brutale des relations commerciales, le licenciement sans cause réelle et sérieuse, les prestations compensatoires et les manquements d'initiés. Selon Monsieur Lévy-Vehel, Case Law Analytics se distingue des autres *legaltechs* en ce que celles-ci ne fonctionnent que comme des grands moteurs de recherche qui vont donner des statistiques en fonction des mots-clés qui sont contenus dans les jugements et des grands types de contentieux. Ces systèmes ne tentent pas de modéliser le raisonnement juridique afin de pouvoir traiter des situations factuelles ou juridiques particulières.

L'originalité de Case Law Analytics est d'indiquer, à partir de faits précis, un éventail des solutions possibles avec les probabilités attachées à chacune d'elles. L'outil ne fonctionne pour l'instant que pour un certain nombre de modules dont ceux qui sont cités ci-dessus. Pour créer un module, l'équipe de Case Law Analytics rencontre des magistrats et des avocats spécialistes du domaine pour établir la liste des critères (entre 30 et 150) et les raisonnements utilisés par les juges pour trancher les litiges en cause. Dans un deuxième temps, est constituée une base de données des décisions de justice sur le sujet. Dans un troisième temps, en utilisant les règles dégagées lors de la première étape et les décisions regroupées lors de la deuxième étape, Case Law Analytics, « apprend » à la machine à s'approcher d'un raisonnement de juge. Ainsi, est mise au point une centaine d'algorithmes qui sont la représentation informatique de cent juges capables, à partir des données des décisions passées identifiées, de reproduire les résultats de ces décisions. Une fois le module ainsi constitué, il est mis à la disposition des utilisateurs. Ceux-ci n'ont qu'à renseigner avec les faits de leur espèce les critères proposés par l'outil et ce dernier leur produit sous forme statistique le résultat obtenu. Ainsi, en matière de rupture de relations commerciales, il convient de renseigner les informations relatives à la durée de la relation commerciale, à l'exclusivité du chiffre d'affaires, à la marge commerciale ou encore à la violation du contrat par le distributeur... et l'outil vous indique par exemple que :

- ▶ aucune indemnité ne sera obtenue dans w % des cas ;
- ▶ une indemnité comprise entre 10 000 et 20 000 euros sera octroyée dans x % des cas ;
- ▶ une indemnité comprise entre 20 000 et 40 000 euros sera octroyée dans y % des cas ; et,
- ▶ une indemnité supérieure à 40 000 euros sera octroyée dans z % des cas.

L'outil ne fournit que les résultats, mais il permet à l'utilisateur de faire varier les paramètres afin d'en mesurer l'impact sur les résultats obtenus. Les limites techniques sont évidentes.

178. Audition de Monsieur Jacques Lévy-Vehel, 13 septembre 2018.

L'outil ne peut fonctionner que pour des contentieux de masse, type indemnité de licenciement, prestation compensatoire ou indemnité de préavis de rupture de relations commerciales. En effet, la fiabilité des résultats de sa modélisation repose sur la quantité de décisions disponibles. Case Law Analytics revendique pourtant qu'il lui soit possible de créer un module fiable même dans les domaines de contentieux « rares » si deux conditions sont réunies : d'une part, disposer de l'intégralité – ou presque – des décisions, et, d'autre part, de connaître les critères exprimés. Ainsi les décisions des juges seraient cohérentes et systématiques. Autrement dit, il est nécessaire que les décisions présentent, dans leur structure de raisonnement, un fort caractère répétitif. La fiabilité du module « délits d'initiés » paraît, toutefois, à première analyse, plus réduite en raison des quelque trois cents décisions disponibles. L'utilisation en matière d'arbitrage va donc directement dépendre de la disponibilité des sentences arbitrales et de l'existence d'un nombre suffisant de décisions traitant d'une même problématique pour mettre au point un module.

- ▶ En outre, l'outil fonctionne d'autant mieux qu'un petit nombre de critères exerce une influence déterminante sur la solution ; c'est ainsi le cas de l'ancienneté en matière de licenciement ou de la rupture de relations commerciales ;
- ▶ l'outil est également plus efficace dès lors qu'il repose sur des critères objectifs difficilement contestables, tels que des chiffres (durée, montant, etc.). En revanche, il est plus fragile lorsque le renseignement du critère requiert une analyse juridique préalable du juge. D'où le grand intérêt de l'outil au stade de la quantification d'un préjudice ou d'une indemnité ;
- ▶ le résultat sera par ailleurs plus pertinent dès lors que les critères motivant la décision ont un mode de fonctionnement binaire, par exemple le critère de « l'exclusivité », qui peut être renseigné par « oui » ou par « non. » En revanche, les situations factuelles ou juridiques qui présentent des nuances ou des gradations sont plus difficiles à appréhender. Il est ainsi beaucoup plus difficile de faire fonctionner l'outil en présence d'un état de dépendance économique ou d'une violation contractuelle qui peut exister à des degrés divers. De même, en matière de délits d'initiés, la question de la preuve de la possession de l'information privilégiée est complexe et difficile à réduire en sous-critères. Cette preuve n'est en général jamais directe, mais dans la quasi-totalité des cas le résultat d'une analyse de « *red flags* » évalués à la lumière des justifications apportées par le mis en cause. Cet exercice d'évaluation multicritère nécessiterait encore de disposer de plus de décisions que les autres modules. Or, c'est précisément une matière où les précédents sont insuffisamment nombreux. On voit cependant bien l'intérêt qu'une modélisation réussie dans un tel domaine pourrait présenter pour la résolution de questions fréquemment rencontrées en arbitrage international, comme celle de la corruption ;
- ▶ l'outil fournit enfin un résultat et non un raisonnement. Cette limitation tient à la conception même de l'outil qui répond à l'origine à une

logique de gestion de risque. Il n'a pas pour vocation de produire la solution d'un contentieux, mais les différentes probabilités que telle ou telle solution survienne. Il n'y a alors que deux solutions : soit adopter purement et simplement la solution la plus probable sans se préoccuper du raisonnement juridique qui pourrait la justifier, soit traiter ce résultat comme une simple indication. Néanmoins, l'utilisation de cette indication n'est pas aisée. Comment savoir si le résultat proposé comme le plus probable est fondé sur le raisonnement souhaité par l'arbitre ? La solution proposée par Case Law Analytics consistant à faire varier les différents critères pour mesurer l'impact sur le résultat obtenu est intéressante, mais cela demeure une approche statistique et non un raisonnement juridique auquel l'arbitre doit nécessairement se livrer. Cette indication est évidemment beaucoup plus pertinente au stade du quantum.

En dépit de ces limitations, ce type d'outil, qui se caractérise par une grande facilité d'utilisation, présente un intérêt certain. Ce n'est ni le point de départ ni le point d'arrivée du raisonnement de l'arbitre, mais il procure une perspective enrichissante sur ce que cent autres juges ou arbitres auraient décidé si la présente espèce leur avait été soumise. Quelle sera l'utilisation qui en sera faite ? Ces outils visent, en effet, à rationaliser, par référence à des moyennes ou des indicateurs agrégés, le raisonnement juridique du juge. Certes ils fonctionnent par corrélation de faits et non par raisonnement juridique, mais l'aspect bénéfique n'est-il pas d'alerter l'arbitre sur le fait que sa solution s'écarte de ce qu'auraient pu décider « cent autres juges » afin qu'il puisse remettre en cause les biais subjectifs résultant de son analyse humaine. Cette pression de la justice prédictive ne serait, pour certains, que la forme numérique de la conscience collective¹⁷⁹.

Faut-il regretter une justice indemne de toute « prédiction » qui serait restée pure ? C'est faire bien peu de cas de l'indépendance d'esprit de l'arbitre. L'arbitre n'est pas plus tenu par les résultats obtenus de l'outil qu'il n'est tenu par la jurisprudence.

◆ 2. Un défi au plan des principes

Il ne sera pas question ici des contraintes juridiques à l'utilisation de l'intelligence artificielle, mais simplement de se limiter aux interrogations qui affectent le processus décisionnel lui-même.

La première objection à l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le processus décisionnel est la celle du biais consubstantiel à toute modélisation qui résulte de la conception de l'algorithme. Disons d'emblée que ce rejet du biais algorithmique est paradoxal dès lors que l'intelligence artificielle a pour objet, ou à tout le moins pour effet, de réduire le biais humain nécessairement plus important et souvent

179. A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, éd. PUF, 2018, p. 279.

critiqué de l'arbitre. Il est clair que dans ce domaine comme dans d'autres (la voiture autonome en est un bon exemple) nous n'acceptons pas de la machine ce que nous tolérons de l'humain.

Ce biais est également présent au stade de l'utilisation des simples bases de données, étape franchie depuis maintenant plusieurs années. Comme le relève fort justement Marc Clément¹⁸⁰, la présentation chronologique des résultats permet d'appréhender les évolutions juridiques les plus récentes, mais avec le risque de ne pas identifier l'écart entre ces solutions et des décisions plus anciennes fixant des principes. De même, l'utilisation systématique de ces bases de données, souvent comme point de départ de la recherche, modifie le raisonnement juridique lui-même. La recherche du précédent acquiert une importance qu'elle n'avait pas dans notre tradition civiliste qui privilégiait le raisonnement déductif en partant des faits et de la règle de droit.

La seconde objection est celle de l'obstacle à l'évolution du droit. Les outils prédictifs fondés sur une analyse du passé enfermeraient l'arbitre dans ces solutions et le priveraient ou, à tout le moins, l'inhiberaient, dans sa capacité prescriptive, dans sa capacité à innover. Cela pourrait conduire au renforcement des tendances majoritaires et, à terme, certains agitent le spectre que cette justice prédictive se transforme en « une normativité secondaire¹⁸¹. » La troisième objection a trait à la nature du traitement lui-même. En effet, celui-ci exige la déstructuration des éléments du jugement qui étaient liés entre eux dans la décision. Les décisions ne sont plus considérées selon une logique argumentative, de type syllogistique par exemple, partant de prémisses pour arriver à une conclusion, mais comme une collection de critères, données de calculs statistiques, dont le modèle identifie des corrélations¹⁸². Or, dans notre droit, la jurisprudence et la doctrine sont responsables de sélectionner, de hiérarchiser les décisions de justice afin de donner son sens à la règle de droit.

B. L'intelligence artificielle comme aide à la décision : des contrôles amenés à croître dans la même mesure que le rôle de l'intelligence artificielle dans le processus de décision de l'arbitre

◆ 1. Un rôle de l'intelligence artificielle amené à croître

Parmi les scénarios présentés par le président de MyCercle¹⁸³, il envisage l'extension de l'arbitrage à des secteurs nouveaux pour soulager la charge des tribunaux traditionnels. Dans ce modèle, les instances judiciaires deviendraient les contrôleurs du bon fonctionnement des plateformes d'arbitrages privées : il évoque ainsi trois niveaux : une médiation numérique, puis un arbitrage numérique en cas d'échec de la médiation et enfin un contrôle éventuel par la juridiction par le biais d'un appel, d'un

180. M. Clément, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on rester maître ? », *op. cit.*

181. A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, *op. cit.*, p. 239.

182. *Ibidem*, p. 222.

183. Audition de Monsieur Jérôme Cazes, 13 septembre 2018.

recours en annulation ou d'une procédure d'exequatur.

Un tel arbitrage entièrement numérique pourrait-il être qualifié d'arbitrage ? Le choix de l'arbitre numérique paraît une extension naturelle du choix de l'arbitre personne physique, même si le Code de procédure civile exige encore qu'il soit une personne physique, du moins dans l'arbitrage interne (art. 1450). L'intelligence artificielle produirait une solution au litige. Et cette solution s'imposerait aux parties sous réserve d'un recours, ce qui, là encore, entre dans la qualification juridique d'arbitrage.

En l'état, nous ne pouvons imaginer de tels arbitrages que dans des contentieux de masse simples à trancher et ne nécessitant pas l'évaluation de preuves contradictoires complexes, telles que par exemple l'indemnisation des retards de transports. Bien qu'appelé et qualifié d'arbitrage, ce mode de règlement de litiges resterait bien proche d'une procédure de service clients mis en place par les entreprises. Les progrès de l'intelligence artificielle devraient sans aucun doute faire avancer la frontière de ce qui est réalisable et fiable et permettre à l'arbitre « intelligence artificielle » de traiter des litiges de plus en plus complexes.

Imposer un arbitrage intégralement numérique est impossible aujourd'hui, tant sur le plan technique que sur le plan juridique. Aussi faut-il réfléchir à une introduction facultative de tels mécanismes afin de ne pas ajouter un facteur d'obscurité et d'inquiétude à une procédure qui inspire déjà de la méfiance. Le paradoxe est en effet que l'arbitrage humain reste marqué de suspicion pour beaucoup. Il apparaît dangereux à la partie dite « faible » – particulier, consommateur, petite pme ou tous ceux qui ne sont pas des usagers de cette procédure¹⁸⁴. Il est probable que les générations futures (les « bébés numériques ») n'auront pas les mêmes appréhensions à l'égard de l'arbitrage numérique et que la crainte du biais algorithmique leur sera bien moins grande que celle du biais humain.

Une autre solution pourrait être de n'introduire l'intelligence artificielle que dans la phase de quantification du dommage. Les arbitres sont fréquemment confrontés à des rapports d'expertises contradictoires et ne recourent alors que peu fréquemment à la désignation d'un expert du tribunal. L'intelligence artificielle peut devenir cet expert du Tribunal qui confronte les rapports des experts, explore les calculs et produit une solution nouvelle, fruit de paramètres rectifiés, empruntés ou non aux rapports des experts des parties.

◆ 2. Des contrôles à renforcer

Les contrôles paraissent devoir être renforcés, que l'on se place dans l'optique d'un arbitrage partiellement automatisé (a) ou dans le cadre d'un arbitrage entièrement automatisé (b).

■ a. Le contrôle de l'arbitrage partiellement automatisé

184. Sur la question, cf. M. de Fontmichel : *Le Faible et l'arbitrage*. Préface de Th. Clay. *Économica*, coll. Recherches juridiques, 2013.

Dans le cadre de l'arbitrage partiellement automatisé, les contrôles doivent tout particulièrement concerner les rapports entre l'homme et la machine et la garantie de la maîtrise de l'un sur l'autre. Ce principe est affirmé par tous, mais une grande imprécision règne sur son contenu. Car une information détaillée sur les modalités de traitement et de fonctionnement des algorithmes utilisés est-elle suffisante ? Suffit-il qu'un organisme certificateur composé d'informaticiens et de juristes valide l'outil ? Doit-on exiger un degré de compréhension approfondi par l'arbitre utilisateur lui-même ?

Ce débat trouve une illustration au stade de la motivation. Il ne saurait, en l'état, être envisagé de supprimer l'exigence de motivation. La suppression de la motivation, essentielle à l'acceptation des décisions par les parties, paraît inconcevable en l'état du droit et des mentalités. La question qui va immédiatement se poser au nom de l'efficacité est celle du coût de l'effort de motivation en présence d'une solution produite par l'intelligence artificielle et validée par l'arbitre. Faut-il prévoir une obligation de motivation différente lorsque la solution retenue par l'arbitre est celle considérée comme la plus probable par les outils de justice prédictive ? Il est incontestable que les parties qui disposeront des mêmes outils de justice prédictive auront une attente particulière pour la justification d'une solution, différente de celle suggérée par l'intelligence artificielle. Il nous paraît cependant tout aussi nécessaire que le même degré de motivation soit exigé des décisions dont le sens est conforme à l'intelligence artificielle. En effet, tant que notre société et notre droit conserveront comme principe que la machine doit rester maîtrisée par l'humain, celui-ci, l'arbitre, devra à tout le moins démontrer sa capacité à justifier la décision prononcée par son propre raisonnement juridique et non par l'intelligence artificielle.

Au côté de l'utilisation officielle de l'intelligence artificielle, l'arbitre et les parties vont être confrontés à la problématique de la révélation de l'utilisation de l'intelligence artificielle par l'arbitre. Certaines *legaltechs* vont mettre gratuitement leur outil à la disposition des juges et des arbitres. En tout état de cause, pour une somme modeste, tout arbitre aura accès à une offre de plus en plus grande d'outils prédictifs utilisables comme aide à la décision. Il n'est point de possibilité de contrôle s'il n'est point de révélation. Il va donc falloir élargir l'obligation de révélation de l'arbitre aux outils d'intelligence artificielle. Celle-ci ouvrira alors un droit à contestation des parties si la solution d'intelligence artificielle n'est pas labélisée.

■ b. Le contrôle de l'arbitrage entièrement automatisé

Il peut paraître hérétique d'envisager un arbitrage entièrement automatisé en matière de protection des investissements étrangers. Cependant, tant les récentes mises en cause des arbitres intervenant fréquemment dans ces arbitrages, que les critiques portées contre l'instauration de tribunaux permanents dont les juges/arbitres seraient désignés par les États, deviendraient sans objet si les arbitrages pouvaient être tranchés par l'intelligence artificielle. Trop complexe ? Est-ce certain ? Les questions

de définition d'investisseurs et d'investissements sont récurrentes, les traités relativement standards, les violations alléguées peu nombreuses et les problématiques d'indemnisation assez similaires. Les décisions sont accessibles. Les enjeux sont importants. L'intelligence artificielle est déjà largement utilisée dans le profilage des arbitres et l'utilisation des précédents. Tous ces facteurs devraient inciter les informaticiens à développer des outils d'aide à la décision puis de résolution « tout intelligence artificielle¹⁸⁵. »

La question intéressante dans une telle perspective est celle du contrôle sur l'arbitre « artificiel » proposé dans le traité de protection des investissements ou par l'organisme international (un « *ciirdia* »). En cette matière, la qualité de la protection accordée à l'investisseur (en ce compris l'intelligence artificielle résolvant le litige) est déterminante de son investissement. Il s'exercerait donc une pression naturelle sur les États dans le choix de ces arbitres « artificiels » pour que ceux-ci fonctionnent de façon à assurer une protection efficace aux investisseurs.

Cette réflexion prospective a pour mérite de montrer que le contrôle de l'arbitrage peut être variable et sera directement fonction du degré de sophistication des parties.

Mais un contrôle renforcé va être nécessaire dans la grande majorité des arbitrages. Nul doute que le domaine d'expansion de l'arbitrage « artificiel » va être celui du droit de la consommation et que c'est un domaine dans lequel une partie faible doit être protégée et rassurée. On peut comprendre que pour des raisons budgétaires, et peut-être techniques, la Chancellerie préfère en l'état de l'intelligence artificielle opter pour une certification privée des plateformes d'arbitrage en ligne. Néanmoins on pourrait, avec ambition, imaginer que la Cour de cassation se dote d'une cellule « intelligence artificielle » et que la certification des plateformes et arbitres « artificiels » soit effectuée sous son autorité.

III. L'impact du Règlement général de la protection des données sur l'arbitrage

Le Règlement général de la protection des données (le « RGPD » ou le « Règlement ») s'applique à tous les niveaux de la procédure arbitrale. Comprendre comment le RGPD s'applique aux acteurs et à la procédure arbitrale (A), permet d'établir et d'organiser les responsabilités respectives de chaque acteur – parties, conseils, institutions arbitrales et arbitres notamment (B).

A. Application du Règlement général de la protection des données à l'arbitrage

185. V. Contra : P. Bordachau, « La justice prédictive et l'arbitrage international relatif aux investissements étrangers », *Archives de philosophie du droit*, 60 (2018), p. 199.

◆ 1. Applicabilité du Règlement aux données fournies et échangées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage

Le RGPD impose à toute entité amenée à traiter les données personnelles d'une personne physique (i) d'obtenir le consentement préalable de cette dernière, et (ii) de garantir le respect des protections octroyées aux personnes physiques par le RGPD. Les droits des personnes physiques concernées incluent le droit à la transparence¹⁸⁶, le droit d'accès à leurs données¹⁸⁷, le droit de rectification et à l'effacement¹⁸⁸, le droit à la limitation du traitement¹⁸⁹, le droit à la portabilité des données¹⁹⁰, le droit d'opposition et le droit de ne pas être soumis à une décision individuelle automatisée¹⁹¹. Ces protections peuvent se révéler difficiles à concilier avec la réalité de l'arbitrage, au regard notamment du principe de confidentialité qui domine la procédure arbitrale et de la nécessité pour un tribunal de pouvoir parvenir à une décision sans que des données essentielles lui soient retirées¹⁹². Dans ce contexte se pose la question des modalités d'application du RGPD à la procédure arbitrale.

Aux termes de l'article 3 du Règlement, ce dernier s'applique :

1. « au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union », et
2. « au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées : a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes ; ou b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union. »

Par conséquent toute partie, conseil, arbitre, expert ou institution arbitrale, dès lors qu'ils sont établis dans l'Union européenne, sont en principe soumis au Règlement dans la mesure où ils traitent des données personnelles au cours de la procédure arbitrale. La question de l'applicabilité du RGPD impose toutefois d'analyser les notions de « données à caractère personnel » (1) pour voir comment elles s'appliquent (2).

◆ 2. Données à caractère personnel

Dans le cadre de l'arbitrage, toutes « données à caractère personnel » seront soumises au régime du RGPD, c'est-à-dire « toute information

186. Articles 12, 13 et 14 du RGPD.

187. Article 15 du RGPD.

188. Articles 16 et 17 du RGPD.

189. Article 18 du RGPD.

190. Article 20 du RGPD.

191. Articles 21 et 22 du RGPD.

192. K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », 41 *Fordham Int'l L.J.* 841, 856 (2018) ; v. également K. Paisley, « *Managing Arbitral Data under the GDPR* », *Global Arbitration Review*, 29 mai 2018 ; L. Young, « More Questions than Answers: Philippe Pinsole on the challenge of GDPR », *Global Arbitration Review*, 25 mai 2018.

se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale¹⁹³. » Les exemples de données à caractère personnel énoncés par la Commission européenne incluent « un prénom et un nom », « une adresse personnelle », « une adresse e-mail », « un numéro de carte d'identité », « des données de localisation », « une adresse de protocole Internet », « un cookie », « l'identifiant publicitaire de votre téléphone¹⁹⁴. »

Ainsi toute information, même professionnelle, échangée durant une procédure d'arbitrage et contenant des informations permettant d'identifier un individu est considérée comme une donnée à caractère personnel au sens du Règlement. Au premier chef sont concernées les pièces échangées par les parties qui pourront comporter de telles informations, mais également les mémoires, attestations de témoins, rapports d'experts et la sentence elle-même. Tous ces documents, dès lors qu'ils sont susceptibles d'identifier des individus, peuvent donc être soumis au régime du RGPD¹⁹⁵.

■ a. Traitement

Sont considérées comme des opérations de traitement au titre du RGPD « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction¹⁹⁶. »

Durant la procédure arbitrale, la collecte et l'examen des documents, le transfert de documents à un conseil ou un expert, l'échange de documents entre les parties, ou la divulgation de preuve ordonnée par le tribunal sont dès lors toutes susceptibles d'être considérées comme des activités de « traitement » au sens du règlement¹⁹⁷.

■ b. Responsable de traitement et sous-traitant

Le Règlement organise la responsabilité respective des différents intervenants de traitement de données. Le « responsable du traitement » (ou *controller* en anglais) est la personne sur qui repose l'obligation

193. Article 4 (1) du RGPD.

194. Commission européenne, « A quoi correspondent les données à caractère personnel ? », [en ligne] < https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_fr >.

195. K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », *op. cit.*, p. 863.

196. Article 4 (2) du RGPD.

197. K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », *op. cit.*, p. 864.

première de conformité avec le Règlement, et est défini comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement¹⁹⁸. »

Pour le « G29¹⁹⁹ », comprendre qui « détermine » les moyens de traitement suppose « une analyse des éléments factuels ou des circonstances de l'espèce : il conviendra d'examiner les opérations de traitement en question et de comprendre qui les détermine, en répondant dans un premier temps aux questions "pourquoi ce traitement a-t-il lieu ?" et "qui l'a entrepris ?"²⁰⁰. »

Selon l'article 5 du Règlement, le responsable de traitement doit veiller à ce que les données à caractère personnel soient « traitées de manière licite, loyale et transparente » ; « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités » ; « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées » ; « exactes et, si nécessaire, tenues à jour » ; « traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel » ; et conservées pour une durée limitée. Le Règlement interdit par ailleurs le traitement de certaines catégories de données telles que des données révélant l'origine raciale ou les convictions religieuses, excepté lorsque « le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle²⁰¹. » Ces « catégories particulières » de données peuvent donc être traitées au cours d'une procédure d'arbitrage si elles sont « nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice. » Bien que le sens du mot « nécessaire » ne soit pas défini dans le Règlement, le Comité européen de la protection des données (« EDPB »), qui a succédé au G29, a expliqué que ce « test de nécessité » exigeait « un lien étroit et important entre les données en question et la constatation, l'exercice

198. Article 4 (7) du RGPD ; voir K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », *op. cit.*, p. 369 : « The question is who decides why and how the Personal Arbitral Data is processed in order to undertake its role in the arbitral process, whether it be as a party, a data analyst or lawyer doing an electronic data review to retrieve relevant evidence, counsel preparing a memorial, an independent expert writing a report, a tribunal preparing the award, or an arbitral institution reviewing the award. »

199. Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données – groupe consultatif et indépendant institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE qui avait pour attribution de fournir des avis à la Commission sur des questions concernant la protection de données et de contribuer à l'application homogène de la directive au sein des États membres. Dissous en mai 2018 suite à l'abrogation de la Directive européenne 95/46/CE sur la protection de données, le G29 est remplacé par le Comité européen de la protection des données (*European Data Protection Board*, ou EDPB).

200. Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, Avis 1/2010 sur les notions de « responsable de traitement » et de « sous-traitant », adopté 16 février 2010, p. 9, [en ligne] < https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp169_fr.pdf > : Avis encore pertinent dans la mesure où certaines règles du RGPD sont similaires à celles de l'ancienne Directive.

201. Article 9 (2)(f) du RGPD. Voir également le considérant 52 du RGPD, qui dispose dans le cadre des catégories particulières de données qu'«[u]ne dérogation devrait, en outre, permettre le traitement de [...] données à caractère personnel, si cela est nécessaire aux fins de la constatation, de l'exercice ou de la défense d'un droit en justice, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire, administrative ou extrajudiciaire ».

ou la défense spécifique de la position juridique²⁰². » Dès lors, le simple caractère informatif de ces données ou la bonne volonté des parties ne sont pas suffisants pour traiter ces catégories de données au cours de l'arbitrage²⁰³.

De par la nature des fonctions de conseil, d'arbitre, d'expert ou d'institution arbitrale, tous les acteurs de la procédure arbitrale sont susceptibles d'être considérés comme des responsables du traitement. Afin d'anticiper la question de la responsabilité respective de chacun des intervenants et le chevauchement de ces responsabilités, il sera donc judicieux de mettre en place un protocole afin de répartir la responsabilité du traitement au cours de la procédure²⁰⁴.

◆ 3. De quelques règles applicables au traitement des données à caractère personnel

Lorsque le RGPD s'applique à un arbitrage, chaque responsable de traitement ou sous-traitant est astreint à des obligations dont on rappellera les principales.

■ a. Mise en place d'un système de cybersécurité (article 32)

Les responsables du traitement et les sous-traitants sont tenus de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté au risque, y compris entre autres l'anonymisation et le chiffrement des données à caractère personnel ou des mesures permettant de rétablir la disponibilité des données à caractère personnel. Certaines initiatives ont déjà été prises pour développer un protocole de sécurité du traitement dans le cadre de l'arbitrage, notamment le *Protocol to Promote Cybersecurity in International Arbitration* de la *law firm Debevoise et Plimpton*, ainsi que le *Draft Cybersecurity Protocol for International Arbitration* rédigé par l'ICCA, le New York City Bar Association et l'International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)²⁰⁵. Bien que ces modèles de protocole de cybersécurité n'aient pas été développés spécifiquement pour répondre aux exigences du RGPD, ils constituent une base utile pour mettre en place un régime de protection de données dans l'arbitrage. Les parties, et leurs conseils respectifs, seront donc dans un premier temps responsables du développement d'un système de sécurité de traitement ; et à défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral pourra être saisi

202. EDPB, Lignes Directrices 2/2018 relatives aux dérogations prévues à l'article 49 du règlement (UE) 2016/79, 25 mai 2018. Bien que ces lignes directrices discutent de l'article 49 et non de l'article 9 du RGPD, l'article 49(1)(e) cite comme exemption à l'interdiction du transfert de données à un pays tiers la nécessité du traitement des données « à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice », qui est similaire à l'exception prévue à l'article 9 du Règlement.

203. *Ibidem*.

204. K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », *op. cit.*, p. 870.

205. Debevoise et Plimpton, *Protocol to Promote Cybersecurity in International Arbitration*, 2017 [en ligne] < https://www.debevoise.com/~media/files/capabilities/cybersecurity/protocol_cybersecurity_int_arb_july2017.pdf >; *Cybersecurity Protocol for International Arbitration*, Consultation Draft, 2018, 32 p. [en ligne] < http://www.arbitration-icca.org/media/10/43322709923070/draft_cybersecurity_protocol_final_10_april.pdf >.

pour décider des mesures de sécurité appropriées²⁰⁶.

■ b. Minimisation des données (article 5)

La minimisation des données est obligatoire lorsque le Règlement s'applique aux données à caractère personnel collectées au cours d'un arbitrage. Le principe de minimisation des données est le principe selon lequel « des données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'un traitement que si, et pour autant que, les finalités du traitement ne peuvent être atteintes par le traitement d'informations ne contenant pas de données à caractère personnel²⁰⁷. » Les parties devront donc s'assurer que les données collectées sont nécessaires au traitement, en réduisant les catégories ainsi que le volume de données traitées au minimum.

■ c. Droit à la transparence ou principe du respect des droits de la personne (articles 13 et 14)

Tout responsable de traitement doit communiquer à la personne concernée (i) les coordonnées du responsable du traitement et du sous-traitant, (ii) les finalités et la base du traitement, (iii) les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement, (iv) le cas échéant l'intention d'effectuer un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers et l'existence ou l'absence d'une décision d'adéquation rendue par la Cnil, (v) la durée de conservation des données et/ou les critères utilisés pour déterminer la durée, (vi) l'existence du droit de demander au responsable du traitement l'accès aux données à caractère personnel, la rectification ou l'effacement de celles-ci, ou une limitation du traitement relatif à la personne concernée, ou du droit de s'opposer au traitement et du droit à la portabilité des données, (vii) l'existence du droit de retirer son consentement à tout moment, (viii) le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle²⁰⁸.

L'article 14 du RGPD revêt une importance particulière relativement aux données à caractère personnel qui ne sont pas directement collectées auprès de la personne concernée. C'est notamment le cas lorsqu'un conseil reçoit de son client des informations sur la partie adverse – l'avocat récipiendaire de ces éléments ne peut les communiquer à la personne concernée à peine d'enfreindre le secret professionnel. C'est pourquoi l'article 14 prévoit une exception à l'obligation d'information de l'alinéa 5 (d) lorsque lesdites données doivent rester confidentielles en vertu d'une obligation de secret professionnel réglementée²⁰⁹. Il demeure à préciser si cette exception peut être invoquée pour préserver la confidentialité des échanges entre arbitres au cours de leur délibéré et de la rédaction des projets d'ordonnances ou de sentences ; si la simple confidentialité n'est pas assimilable à une « règle de secret

206. *Cybersecurity Protocol for International Arbitration*, op. cit., article 13.

207. Conseil National des Barreaux, *Guide : Les avocats et le règlement général sur la protection des données*, mars 2018, p. 13 [en ligne] < https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/guide_rgp_d_avocats-2018.pdf >.

208. Conseil national des barreaux, *Guide : Les avocats et le règlement général sur la protection des données*, op. cit., p. 10-11.

209. *Ibidem*, p. 11.

professionnel », il faut considérer que le secret du délibéré en relève²¹⁰. Les parties pourront envisager de préciser dans leur protocole de protection de données que seules les parties seront responsables de communiquer les informations requises par le RGPD aux personnes concernées, à l'exception des arbitres et de l'institution arbitrale qui seront exempts de toute obligation d'information²¹¹.

■ d. Droit de rectification et droit à l'oubli (articles 16 et 17)

Selon l'article 16 du RGPD, « la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexactes. » L'article 16 ne prévoit pas de dérogation et s'applique donc à l'arbitrage, sauf si un État membre y déroge en vertu de l'article 23 du Règlement.

Le droit à l'oubli prévoit que les personnes concernées ont le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, l'effacement des données à caractère personnel les concernant. Ce droit n'est pas exerçable lorsque le traitement des données est nécessaire « à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice. » La procédure arbitrale pourrait être exemptée de cette obligation si les données en question sont considérées nécessaires à l'exercice et à la défense des droits des parties et que leur effacement y ferait grief. Une mesure prudente pourrait consister en la conservation des données pendant la durée des délais de prescription relatifs aux différentes actions susceptibles d'être exercées contre la sentence ou les parties prenantes.

■ e. Portabilité des données (article 20)

Le droit à la portabilité des données permet, à toute personne concernée, d'exiger des responsables de traitement à qui elle a directement remis ses données personnelles, leur transmission à un autre responsable de traitement, sans que le responsable de traitement initial puisse s'y opposer²¹². Dans le cadre de l'arbitrage, ce droit n'engendre *a priori* d'obligation que pour les parties, puisqu'elles sont à l'initiative de la collecte des données (*Initial Data Controllers*), et non pour les arbitres ou l'institution arbitrale, et ne devrait donc pas avoir d'effet sur la procédure.

210. K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », op. cit., p. 908 (« the GDPR provides that confidentiality can only be a basis for not providing the requisite data privacy notice when 'the personal data must remain confidential subject to an obligation of professional secrecy regulated by Union or Member State law, including a statutory obligation of secrecy.' This standard will typically not be met by arbitral confidentiality generally, although it may apply to counsel who is subject to legal privilege and to the arbitrator's duty of confidentiality »).

211. *Ibidem*.

212. L'article 20 du RGPD prévoit « le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable de traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et de les transmettre à un autre responsable de traitement [...] » et « le droit d'obtenir que les données soient transmises directement d'un responsable de traitement à un autre lorsque cela est techniquement possible ».

◆ 4. Exceptions à la limitation du traitement de données des personnes concernées dans le cadre de procédures judiciaires ou extrajudiciaires

Le RGPD ne prévoit pas expressément, dans sa liste de causes légitimes de traitement de données, les procédures arbitrales (pas plus que les procédures contentieuses)²¹³. Dans un document de travail sur l'échange de données dans les procédures de contentieux international avec les États-Unis, le G29 a envisagé la question de la compatibilité entre les règles européennes de protections de données et les règles de *disclosure* américaines²¹⁴. Il est possible d'inférer de ses conclusions que le traitement de données par un conseil, un arbitre ou une institution arbitrale dans le cadre d'un arbitrage devrait constituer un traitement nécessaire par le responsable de traitement dans le cadre de ses obligations légitimes (a). Par ailleurs, bien que le RGPD interdise le transfert de données hors des pays membres, certaines exceptions permettent le transfert de données à l'étranger dans le cadre d'une procédure arbitrale (b).

■ a. Licéité du traitement

Le Règlement prévoit six cas dans lesquels le traitement de données à caractère personnel est licite²²² :

- ▶ le consentement de la personne au traitement de ses données pour une ou plusieurs finalités spécifiques ;
- ▶ la nécessité du traitement pour l'exécution d'un contrat ;
- ▶ la nécessité pour le responsable de traiter ces données pour respecter une obligation légale ;
- ▶ la nécessité du traitement à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique ;
- ▶ la nécessité du traitement à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ; et enfin
- ▶ lorsque le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers.

Le traitement de données dans le cadre d'une procédure arbitrale doit être considéré comme « licite » car nécessaire pour l'exécution d'un contrat, pour le respect d'une obligation légale, ou aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement²¹⁶. Le G29, dans son document de travail sur la protection de données dans le cadre du contentieux international, soulignait que le traitement de données dans le cadre d'une procédure judiciaire internationale pourrait être considéré comme étant « nécessaire aux fins des intérêts légitimes²¹⁷. » Bien que

213. Article 6 du RGPD.

214. G29, « Working Document 1/2009 on pre-trial discovery for cross border civil litigation », 0339/09/EN WP 158, 11 février 2009 [en ligne] < <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/ARTICOLO+29++WP+158++cross+border+civil+litigation.pdf> >.

215. Article 6 du RGPD.

216. Voir en ce sens « GDPR: A guide for non-data protection lawyers », *Practical Law* 2018, p. 9-10 [en ligne] < [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-2560?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-2560?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) >.

217. G29, « Working Document 1/2009 on pre-trial discovery for cross border civil litigation », op. cit., p. 8-9.

ce document de travail ait été publié lors de l'application de la précédente directive remplacée aujourd'hui par le RGPD, cette conclusion peut se révéler pertinente en cas d'arbitrage sous le régime du RGPD, car le principe émis dans ce *Working Paper* soutient la licéité du traitement de données dans le contexte de l'arbitrage si le traitement est proportionnel et que des mesures sont mises en place pour protéger les données des personnes concernées²¹⁸.

L'article 23 autorise les États membres à mettre en place certaines dérogations qui permettraient le traitement de données dans d'autres contextes que ceux prévus par le Règlement. Un État membre peut restreindre ce champ d'application notamment pour garantir « la protection de l'indépendance de la justice et des procédures judiciaires », ce qui peut permettre de limiter les droits des personnes concernées²¹⁹. Une procédure d'arbitrage dans un État membre où ces droits sont ainsi limités permettrait de continuer à respecter certaines règles fondamentales de l'arbitrage telle que la confidentialité et éviterait la prolifération de protocoles de traitement et de transfert de données²²⁰. L'Irlande est l'un des premiers pays à avoir adopté une dérogation pour permettre la limitation des droits des personnes concernées dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale et permet de déroger aux droits des personnes concernées lorsque cela est nécessaire pour l'exercice ou la défense d'un droit en justice²²¹. Il serait souhaitable que la France face de même.

■ b. Transfert de données hors de l'Union européenne

Le Règlement n'autorise pas le transfert de données à caractère personnel dans un pays autre qu'un État membre, excepté lorsque (1) la Commission a considéré que le niveau de protection assuré par le pays tiers est adéquat²²² (2), que le responsable du traitement ou le sous-traitant a prévu des garanties appropriées pour le transfert de données²²³ (3), qu'un

218. *Ibidem*.

219. Articles 12 à 22 du RGPD.

220. *Ibidem* p. 858 « The data subject rights that can be exempted [...] are particularly difficult to apply to an arbitration, and can be inconsistent with the arbitrator's decision-making function, including the interactions among arbitrators, and with the institution. The exemption of these rights makes the GDPR more consistent with international arbitration, while at the same time protecting the fundamental goal of the GDPR to protect the personal data of data subjects ».

221. Irish Data Protection Act 2018, Section 60 : « The rights and obligations provided for in Articles 12 to 22 and Article 34, and Article 5 [of the GDPR] in so far as any of its provisions correspond to the rights and obligations in Articles 12 to 22 are restricted... to the extent that the restrictions are necessary and proportionate... in contemplation of or for the establishment, exercise or defence of, a legal claim, prospective legal claim, legal proceedings or prospective legal proceedings whether before a court, statutory tribunal, statutory body or an administrative or out-of-court procedure ». Voir également L. Moerel, *GDPR Conundrums Part 1 et 2*, International Association of Privacy Professionals (2018), [en ligne] < <https://iapp.org/about/person/0011a0000DIOPyAAN/> >.

222. Article 45 du RGPD. La Commission européenne considère que les lois de protection de données de la Suisse, de l'Andorre, des Îles Féroé, du Guernesey, de Jersey, de l'île de Man, de l'Argentine, du Canada, des États-Unis, de la Nouvelle-Zélande et de l'Uruguay sont adéquates. Les décisions concernant le Canada et les États-Unis sont des constats d'adéquation « partiels ». La décision concernant les États-Unis ne s'applique qu'aux entités ayant adopté le bouclier de protection UE-États-Unis (privacy shield). Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Échange et protection de données à caractère personnel à l'ère de la mondialisation*, COM(2017) 7, p. 7 [en ligne] < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&from=FR>

223. Articles 46 et 47 du RGPD.

tribunal ordonne le transfert de données conformément à un traité,²²⁴ et (4) qu'une des dérogations de l'article 49 s'applique, autorisant entre autres le transfert de données à un pays tiers lorsque « le transfert est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice. » Cette dérogation devrait permettre le transfert de données dans un pays tiers dans le cadre de l'arbitrage²²⁵.

L'interprétation de la « nécessité » du transfert par l'EDPB est cependant stricte et limite donc considérablement le nombre de documents qui peuvent être transférés à l'étranger²²⁶.

B. Le partage des responsabilités entre les différents acteurs

Le RGPD ferait peser dans le cadre d'une procédure arbitrale des responsabilités de différents ordres à l'égard des parties au litige (1), des avocats (2) et des institutions arbitrales et arbitres (3).

◆ 1. Responsabilités des parties

■ a. L'obtention du consentement de toute personne dont les données sont susceptibles d'être traitées dans le cadre d'un arbitrage

Toutes les personnes morales susceptibles de recourir à l'arbitrage devraient, à titre de mesure de mise en conformité avec le RGPD, prévoir dans leur politique de protection de données que les données personnelles relatives à leurs employés présents, passés et futurs, pourront être traitées dans le cadre d'une procédure arbitrale, et que ces données pourront être transférées à l'étranger dans un pays tiers pour autant qu'il respecte les conditions du Règlement. Il conviendrait d'informer les personnes concernées et de recueillir leur consentement²²⁷. Conformément au considérant 39 du Règlement, « les personnes physiques devraient être informées des risques, règles, garanties et droits liés au traitement des données à caractère personnel et des modalités d'exercice de leurs droits en ce qui concerne ce traitement. En particulier, les finalités spécifiques du traitement des données à caractère personnel devraient être explicites et légitimes, et déterminées lors de la collecte des données à caractère personnel²²⁸. »

224. Article 48 du RGPD.

225. Voir également le considérant 111 du Règlement qui dispose qu'« [il] y a lieu de prévoir la possibilité de transferts dans certains cas où la personne concernée a donné son consentement explicite, lorsque le transfert est occasionnel et nécessaire dans le cadre d'un contrat ou d'une action en justice, qu'il s'agisse d'une procédure judiciaire, administrative ou extrajudiciaire, y compris de procédures devant des organismes de régulation ». Bien que l'arbitrage ne soit pas mentionné explicitement, il est possible de déduire que l'arbitrage inclut le traitement de données « nécessaire aux fins de la constatation, de l'exercice ou de la défense d'un droit en justice », et la mention de procédures « extrajudiciaire[s] » pourrait certainement inclure l'arbitrage.

226. EDPB, Lignes Directrices 2/2018 relatives aux dérogations prévues à l'article 49 du règlement (UE) 2016/79, 25 mai 2018, [en ligne] < https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_2_2018_derogations_fr.pdf >.

227. K. Paisley, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », op. cit., p. 884.

228. *Ibidem*, p. 885, 887.

■ b. Possibilité et modalités de traitement des données collectées par les parties, à l'origine dans le cadre d'une relation d'emploi ou d'une relation professionnelle

Cette situation de « traitement secondaire » est prévue par le Règlement à l'article 6, qui dispose que le fondement du traitement des données personnelles collectées (dans le cadre d'un arbitrage, par exemple) doit avoir une fin « compatible » avec la finalité pour laquelle les données ont été initialement collectées (une relation de travail, par exemple). Pour cela, toute partie devrait, au moment de la collecte de données, prévenir les personnes physiques que leurs données pourraient être utilisées dans le cadre d'un litige ou d'un arbitrage, et obtenir leur consentement à ce que leurs données soient utilisées à cette fin²²⁹.

■ c. Garanties de protection de données en cas de transfert à un pays tiers

Si les données doivent être transférées dans un pays dont les règles de protection de données n'ont pas été jugées adéquates par la Commission, les parties devraient prévoir un contrat de garantie de protection des données des personnes concernées. Cela impliquerait que les parties procèdent préalablement à un exercice de cartographie des données (*data mapping*) pour déterminer quelles sont les données à caractère personnel collectées et traitées, où seront stockées ces données, et les mesures de sécurité physique et logique mises en place pour en garantir la protection. Ces mesures peuvent s'avérer nécessaires au regard de la localisation du siège arbitral ou d'une institution arbitrale, voire dans la perspective d'un contentieux para-arbitral ou d'exécution de la sentence, dans un pays visé par cette disposition.

■ d. Tenue d'un registre d'activités et désignation d'un responsable du traitement des données

L'article 5 (2) du Règlement dispose que « le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1^{er} et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté », et l'article 30 dispose que le responsable du traitement doit tenir un « registre des activités de traitement effectuées sous sa responsabilité. » Selon l'article 30 du Règlement, les entreprises comprenant moins de 250 salariés ne sont pas tenues de tenir un registre d'activités, sauf si le traitement qu'elles effectuent est susceptible de comporter un risque au regard des droits et des libertés des personnes concernées, s'il n'est pas occasionnel ou s'il porte notamment sur des données sensibles, ou sur des données se rapportant à des condamnations et des infractions pénales²³⁰.

229. *Ibidem*, p. 884-485.

230. Article 30 du RGDP. Le registre doit comporter les informations suivantes : le nom et les coordonnées du responsable du traitement et, le cas échéant, du responsable conjoint du traitement, du représentant du responsable du traitement et du délégué à la protection des données ; les finalités du traitement ; une description des catégories de données traitées, ainsi que les catégories de personnes concernées par le traitement ; les catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été ou seront communiquées, y compris les destinataires dans des pays tiers ou des organisations internationales ; le cas échéant, les transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers ou vers une organisation internationale, y compris l'identification de ce pays tiers ou de cette organisation internationale, et les documents attestant de l'existence de garanties appropriées ; les délais prévus pour l'effacement des différentes catégories de données ; une description générale des mesures de sécurité techniques et organisationnelles mises en œuvre.

◆ 2. Responsabilité des conseils des parties

Les conseils des parties sont considérés comme des responsables de traitement par le RGPD. Ils peuvent notamment limiter leurs obligations de conformité en signant un contrat de traitement de données avec leur client de façon à réduire le champ de leurs obligations de traitement à un nombre limité de personnes concernées²³¹.

◆ 3. Institutions arbitrales et arbitres

Au mois de décembre 2018, la Chambre de commerce internationale (CCI) a publié une note, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019, qui met à jour ses règles de procédure et contient une section VII (D) relative à la protection des données personnelles²³² qui prévoit notamment le consentement de toutes les parties prenantes à un arbitrage CCI au traitement, au sens large en ce compris archivage aussi longtemps que nécessaire et publication, de leurs données personnelles, ainsi que leur transfert dans un pays tiers éventuel. Il est prévu qu'il incombe aux arbitres de rappeler aux parties, avant le commencement d'une audience, l'application du RGPD et de leur consentement au traitement de leurs données personnelles. Il est également prévu que les parties et les arbitres s'assureront que les données personnelles sont collectées, communiquées et archivées de manière sécurisée tout au long de la procédure.

Cette solution a incité le groupe de travail à réfléchir sur l'applicabilité aux centres d'arbitrage numérique du RGPD. La réponse manque d'évidence dans la mesure où les centres d'arbitrage administrent des procédures de règlement de différends qui relèvent de l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Un tribunal arbitral est en effet une juridiction qui se doit de respecter les garanties fondamentales du procès et dont l'indépendance doit être assurée afin que la séparation des pouvoirs soit pleinement effective. À cet égard, dans une décision du 12 juin 2018²³³, le Conseil constitutionnel a écarté le grief qui était adressé à l'article 5 de la loi relative à la protection des données personnelles qui exclut le contrôle de la Cnil sur les opérations de traitement effectuées par les juridictions dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Par analogie, un tribunal arbitral qui exerce une fonction juridictionnelle devrait échapper au contrôle de la Cnil pour les besoins de sa mission juridictionnelle.

Il convient d'abord de déterminer si un centre d'arbitrage numérique se confond, ou non, avec une juridiction arbitrale. La réponse négative pourrait s'imposer si le centre d'arbitrage se « limitait » à administrer la procédure arbitrale sans contribuer d'aucune manière au règlement du différend : c'est en effet le tribunal arbitral qui règle le différend et exerce ainsi une fonction juridictionnelle, de sorte que le centre d'arbitrage ne

231. *Ibidem*, p. 895-896.

232. Chambre de commerce internationale, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, 1^{er} janvier 2019 [en ligne] < <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf>

233. Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, Loi relative à la protection des données personnelles.

devrait pas y être assimilé. Cependant, ce serait omettre que le centre d'arbitrage sera amené à collecter, traiter et conserver nombre de données personnelles afin de permettre au tribunal arbitral d'exercer sa fonction juridictionnelle. On le voit, la fonction purement administrative du centre d'arbitrage ne peut pas complètement être séparée de la fonction juridictionnelle du tribunal arbitral. Plus encore, lorsque le centre d'arbitrage numérique propose que le différend soit réglé, au moins en partie, par un algorithme ou par une solution reposant sur l'intelligence artificielle, le centre d'arbitrage lui-même accomplit une partie de la fonction juridictionnelle.

Il semblerait qu'aucune réponse ne s'impose facilement. Le groupe de travail retient que si la question du contrôle des centres d'arbitrage par la Cnil se pose, elle devra être réglée par celle-ci sous le contrôle du Conseil d'État.

Il n'en reste pas moins que, au-delà de la question du contrôle, rien ne permettrait de considérer que les centres d'arbitrage peuvent se soustraire au respect de la réglementation relative à la protection des données personnelles. La raison tient, comme cela a été indiqué, à l'existence d'une fonction au moins partiellement « administrative » accomplie par les centres d'arbitrage, mais plus encore à la nécessaire confiance que les centres d'arbitrage numérique doivent inspirer auprès des justiciables. On ne saurait créer les conditions d'une telle confiance en commençant par s'affranchir des règles relatives au respect des données personnelles.

Le groupe de travail retient que les centres d'arbitrage devront ainsi déterminer les modalités de respect du RGPD par leurs soins, notamment dans les domaines suivants²³⁴ :

- ▶ la finalité du traitement des données : l'accomplissement de la mission juridictionnelle supposera évidemment que les données soient traitées, mais il faudra aussi préciser les conditions dans lesquelles elles pourront l'être afin justement de contribuer à l'alimentation de bases de données servant à renforcer la fiabilité des algorithmes (par exemple de justice prédictive) ;
- ▶ la gestion des accès : le centre devra définir quelles sont les autorisations d'accès et l'étendue des droits ainsi conférés aux « accédants » dans la mesure du besoin qu'a chacun d'en connaître ;
- ▶ les conditions d'exercice des droits d'accès, de rectification et de suppression des données personnelles ;
- ▶ la durée de conservation : le centre devra expliciter la durée de conservation, soit en durée chiffrée à partir du dépôt de la demande, soit en durée déterminable à partir d'un événement donné (par exemple à partir de la date à laquelle la sentence arbitrale numérique a acquis son caractère définitif) ;

234. Audition par le groupe de travail de Monsieur Jean Lessi, *op. cit.*

- ▶ l'interconnexion avec d'autres systèmes de traitement de données ;
- ▶ les conditions éventuelles de transferts des données en dehors de l'Union européenne.

La procédure de certification des centres d'arbitrage devra comporter des exigences relatives à la protection des données personnelles en adoptant l'approche de responsabilisation retenue par le RGPD : chaque responsable de traitement de données personnelles assume la responsabilité du respect de la réglementation, sans qu'il soit besoin d'obtenir une autorisation ni même de faire une déclaration auprès d'une autorité quelconque.

IV. Un bouleversement plus profond de l'arbitrage ?

Le numérique offre d'intéressants outils d'aide aux instances arbitrales, de plus en plus performants. Ceux qui les connaissent apprécient ainsi leur facilité d'utilisation et les gains de productivité qu'ils procurent. Les avocats et leurs clients, les experts et les arbitres se familiarisent avec ces nouveaux outils qu'ils emploieront de plus en plus.

Des changements plus profonds sont-ils attendus ? Sans faire de prospective à très long terme, la réponse est affirmative.

Si, demain, les logiciels de justice dite « prédictive » fournissaient – grâce à l'intelligence artificielle – des éléments statistiques fiables sur l'issue d'un procès, ce avant même son introduction, le risque existerait que le contentieux, qu'il soit étatique ou arbitral, finisse dans certains secteurs par disparaître. Quelle est en effet l'utilité d'engager ou de subir une procédure dont le résultat final peut être anticipé avec suffisamment de certitude grâce aux algorithmes ?

Il est fort à parier que, lorsque les outils de justice prédictive auront atteint leur maturité, l'adage ancien selon lequel « une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès » se vérifiera avec une acuité toute nouvelle, tenant à l'anticipation désormais possible, grâce à l'intelligence artificielle, des chances de succès et du probable résultat économique du procès.

Les parties disposant, de part et d'autre, des mêmes informations ou d'informations comparables sur ce résultat et sa probabilité, elles seront incitées à rechercher une solution négociée, au besoin par la médiation, pour éviter les coûts et la durée du procès.

Certes, il existera toujours des plaideurs attachés à obtenir une décision de principe, ne serait-ce que « pour l'exemple » au sein d'un réseau de fournisseurs ou de distributeurs pour prendre une illustration parmi d'autres. Il y aura aussi toujours des parties qui, quelle que soit la prédiction de l'outil numérique, imagineront pouvoir obtenir un autre résultat grâce au talent de leur avocat, ou autrement.

Il n'en demeure pas moins que des pans entiers du contentieux finiront vraisemblablement par échapper aux tribunaux, en particulier lorsque les juges statuent, à partir de données factuelles simples, dans des domaines où le droit peut être modélisé par un mathématicien du numérique.

En matière commerciale, la fixation d'une indemnité en cas de rupture brutale de relations commerciales établies²³⁵ en est un exemple. Tel est aussi le cas, en droit du travail, des indemnités de licenciement ou, en matière familiale, des pensions alimentaires et prestations compensatoires ou encore en matière de préjudice.

La modélisation de ce type de contentieux pose la question de l'opportunité d'avoir recours au juge, alors que la négociation, à partir des réponses statistiques fournies par les algorithmes, est une façon plus efficiente de régler les différends. La durée et le coût d'un contentieux, évités par une transaction, seront un élément de cette négociation, indépendamment de l'issue probable du procès après des années de procédure.

Avec les progrès de l'intelligence artificielle, la question se posera par ailleurs – avec une acuité croissante – de savoir si les différends pourront être tranchés sans l'intervention d'un juge (en tant que personne humaine). Techniquement, une décision pourrait être obtenue on line sur des plateformes dédiées au règlement des contentieux. En matière pénale toutefois, cela paraît très difficilement concevable, ne serait-ce qu'au plan éthique et des droits du justiciable. Mais qu'en sera-t-il dans les domaines, tel le droit de la consommation, où l'accès au juge est aujourd'hui perçu comme un obstacle à faire valoir ses droits ? La justice étatique est vraisemblablement, et pour longtemps encore, à l'abri de cette évolution. L'arbitrage, en revanche, pourrait y trouver plus tôt des champs nouveaux. Il suffirait, pour cela, d'adaptations assez limitées du droit de l'arbitrage et de la procédure arbitrale, réformés par le décret du 13 janvier 2011 et la loi du 18 novembre 2016 qui a étendu aux activités non professionnelles la validité de la clause compromissoire.

En dehors des arbitrages d'un type nouveau qui pourraient se développer « en ligne » pour ce type de litiges, l'arbitrage paraît moins affecté par l'intelligence artificielle que la justice étatique. Il en est ainsi pour plusieurs raisons.

En premier lieu et naturellement, lorsque les arbitres reçoivent pour mission de statuer comme amiable compositeur, donc en équité, les algorithmes perdent leur fiabilité pour pronostiquer le résultat. Sans être ingénieur, on peut affirmer (sans trop de risque d'erreur) que le sentiment d'équité de l'arbitre est plus difficilement modélisable que l'application d'une règle de droit à une situation factuelle donnée.

235. Article L. 442-6 du Code de commerce.

En deuxième lieu, la modélisation suppose l'accès aux décisions de jurisprudence à partir desquelles les outils numériques opèrent leurs prédictions. Or, l'accès aux sentences arbitrales, quand elles ne sont pas publiées (ce qui, hormis au CIRDI – centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements –, est souvent le cas) est loin d'être aussi facile que l'accès aux décisions de justice étatique. Il n'existe pas, au moins à court terme, de perspective que les sentences arbitrales entrent dans le big data exploitable par les algorithmes. La confidentialité de l'arbitrage demeure en effet un principe, tant dans l'arbitrage interne qu'international.

En troisième lieu et plus fondamentalement, même lorsqu'ils ne statuent pas en équité, les arbitres ont plus de souplesse vis-à-vis de la règle de droit que n'en a le juge étatique. En effet, de jurisprudence constante en France, la sentence arbitrale n'est pas révisée au fond par le juge étatique du contrôle de cette sentence (sous réserve des questions d'ordre public où la jurisprudence continue à rechercher la juste mesure de ce contrôle). Certes, sauf à méconnaître sa mission, l'arbitre ne peut pas écarter la règle de droit au nom de l'équité. Mais que ce soit dans l'appréciation d'une faute ou dans la quantification d'un préjudice, l'arbitre dispose d'une latitude plus grande que le juge étatique, puisque sa décision est sans appel sur le fond, même s'il s'écarte quelque peu de la règle de droit ou du contrat. L'arbitre fait ainsi œuvre de justice avec des contraintes moins grandes que celles du juge étatique, lequel ne statue qu'en premier ressort. Là aussi, même sans être ingénieur, l'on peut penser que la modélisation de la jurisprudence arbitrale est donc plus difficile que celle de la jurisprudence des tribunaux étatiques, qui est déjà complexe même pour des mathématiciens chevronnés.

Enfin, de nombreux arbitrages posent des questions de fait, de droit et de chiffres assez, voire très complexes. La simplicité, dans l'arbitrage, est rarement au rendez-vous. La solution n'est jamais binaire. La longueur et le coût d'un arbitrage font que les litiges simples y sont peu nombreux. L'influence de la philosophie anglo-saxonne sur les instances arbitrales, même dans les arbitrages internes en France, rend celles-ci de plus en plus lourdes (avec des audiences d'audition de témoins et d'experts ainsi que de plaidoirie, dont l'utilité est évidente, et des incidents multiples, dont l'utilité est beaucoup moins évidente). Une partie s'engage rarement dans une telle procédure si la complexité de l'affaire ne le justifie pas...

Ainsi, parce que les algorithmes trouvent plus difficilement leur place dans la justice arbitrale, il est permis de penser – et d'espérer diront les avocats et les arbitres – que l'arbitrage est et restera moins impacté par l'intelligence artificielle que la justice étatique.

CHAPITRE 4.

LA SENTENCE ARBITRALE

L'arbitrage en ligne existe déjà sous différents visages : sous celui d'abord d'une plateforme de communication dématérialisée, où les échanges entre le demandeur et le centre d'arbitrage, entre les parties et l'arbitre ou le tribunal arbitral, entre le tribunal arbitral et le centre se font par courriels ou en ligne, de façon sécurisée et rapide ; sous celui ensuite d'une plateforme de procédure électronique, qui permet la communication dématérialisée des mémoires et pièces, de la sentence ou encore la tenue de rendez-vous de procédure et d'audiences à distance par conférences téléphoniques ou vidéoconférences.

Ces dématérialisations de la procédure d'arbitrage, si elles sont réelles, ne semblent toutefois pas bouleverser les règles de l'arbitrage, ni sa pratique, sauf peut-être lorsqu'il s'agit de déposer en ligne mémoires et pièces, auquel cas, pour des questions de simplification d'accès et de coût, la procédure est rationalisée et le nombre de caractères et pièces limité.

Mais intéressons-nous maintenant à la sentence arbitrale, pas seulement sur la question de savoir si l'arbitrage peut se saisir du numérique pour s'en servir (ce qui est la pratique courante), mais pour savoir aussi si le numérique peut saisir l'arbitrage, se l'approprier et l'automatiser.

En d'autres termes, le processus de décision juridictionnelle (qui n'est bien sûr pas exclusif à l'arbitrage) peut-il être systématisé ou automatisé à tel point qu'un « robot arbitre » pourrait rendre une sentence arbitrale ?

Plusieurs pistes sont à explorer. Tout d'abord le numérique peut-il intervenir dans le processus d'aide à la rédaction, voire à la décision (I) ? La sentence elle-même, dans son entièreté, pourrait-elle être numérique (II) ? Et dès lors la signature numérique de l'arbitre ne devrait-elle pas devenir la norme pour « authentifier » une sentence surtout si celle-ci est numérique (III) ? Enfin quel est, ou quel pourrait être, l'impact du numérique sur l'exequatur, sur l'exécution et sur les recours relatifs à la sentence (IV) ?

I. La rédaction de la sentence et l'aide à la décision

Le numérique est déjà – et continuera d'être – un outil inévitable d'aide à la rédaction de la sentence. En effet, lors de la rédaction de la sentence, l'arbitre ou le tribunal arbitral doit, pour la construire, pour la motiver et pour pouvoir la rendre opposable, reprendre un certain

nombre d'éléments tels que l'identification des parties, l'identification des conseils, l'identification des arbitres, les faits, le déroulement de la procédure, les moyens et prétentions des parties. C'est un travail, parfois fastidieux, mais à faible valeur ajoutée : naguère le secrétaire du tribunal arbitral, ou certaines institutions d'arbitrage, « préparai (en)t » ainsi un début de sentence arbitrale.

Aujourd'hui, les parties et leurs conseils transmettent habituellement à l'arbitre ou au tribunal arbitral leurs mémoires (et même leurs pièces) en format informatique ouvert. De plus, l'acte de mission, ou le procès-verbal d'arbitrage s'il a été établi, comporte aussi de nombreuses informations qui peuvent être aisément reprises. Ainsi l'outil numérique facilite-t-il le travail de secrétariat, voire le remplace.

À ce stade cependant, rien de bien nouveau, le numérique est certes plus utilisé que dans la justice étatique, mais il n'a pas de portée significative ni sur le coût de l'arbitrage ni sur le travail des arbitres eux-mêmes puisque c'est plutôt le travail de secrétariat qui est concerné.

On passe un stade supérieur avec l'utilisation accrue de logiciels de reconnaissance vocale qui permet de généraliser la transcription des débats et la dictée automatisée ce qui facilite l'instruction des affaires, mais aussi le contrôle du débat contradictoire et la production des sentences. De tels outils existent déjà comme c'est le cas dans le tribunal populaire intermédiaire n° 3 de Pékin qui dispose depuis 2016 d'un système de retranscription automatique pouvant reconnaître et traiter plusieurs conversations simultanées, le texte complet étant disponible 10 minutes après l'audience, avec une marge d'erreur maximum de 5 %²³⁶.

Cette reconnaissance par la machine de la parole humaine peut à son tour être analysée par des algorithmes qui savent « lire », c'est-à-dire « comprendre » le texte, le classer, en reconnaître les mots-clés, etc. Et avec une intelligence artificielle toujours plus évoluée, ces algorithmes sauront de mieux en mieux comparer les textes (et donc les argumentations qu'elles soient écrites ou orales) sur le fond du discours (et non sur la simple forme), et en rendre compte car les algorithmes qui « écrivent » se développent aussi.

Ces mêmes algorithmes savent tout autant lire et analyser les bases de données jurisprudentielles qui sont aujourd'hui proposées par des éditeurs juridiques et des *legaltechs* de plus en plus performantes, de plus en plus intelligentes. À cela s'ajoute la tendance à l'open data des décisions de justice, instituée en France par la loi « Lemaire » du 7 octobre 2016²³⁷, qui devrait conduire à créer un big data public, donc une énorme base de données mettant en libre disposition toute la jurisprudence

236. A. Manwaring, « Des "tribunaux intelligents" aux "tribunaux Internet" : la justice chinoise à l'ère du numérique », *Rev. Prat. Prospective et Innovation*, n° 2, oct. 2018, p. 47.

237. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

française, laquelle pourra être étudiée, classifiée et réutilisée par des algorithmes et l'intelligence artificielle.

En croisant à la fois l'argumentation des parties et son « savoir » à partir de ses bases de données un logiciel pourra donc techniquement donner « une » solution à un différend. Mais quelle solution ? Une solution purement statistique, une moyenne jurisprudentielle ou une solution créée et conçue à l'instar de celle qui serait rendue par un juge ou un arbitre ?

Paradoxalement, ces systèmes d'aide à la décision souvent désignés sous l'expression « justice prédictive », pourraient réduire le nombre de procès de façon général, et d'arbitrages en particulier, puisqu'ils conduiraient les parties à transiger en adoptant la solution proposée par le logiciel. Ce serait rapide, moins coûteux et prétendument « objectif. » Si un algorithme intelligent, à partir d'une bonne base de données, indique avec un taux de fiabilité de 90 % que dans 80 % des cas la jurisprudence s'est déterminée dans tel sens, quel avocat, quel juriste, quel juge, quel arbitre sera tenté de dire que la solution va dans un autre sens²³⁸ ? On l'a vu avec l'exemple de Case Law Analytics, évoqué plus haut.

En d'autres termes, à condition de disposer d'un minimum de jurisprudences ou de données (ce pourrait être des sentences arbitrales), l'intelligence artificielle serait susceptible de « singer » le juge (ou l'arbitre), pour « donner » la décision et non pas juste retrouver les décisions les plus similaires dans la jurisprudence passée. Il ne s'agit donc plus seulement de la modélisation de la matière, de l'objet résultant de la justice, mais aussi de la modélisation des acteurs de la justice, du sujet qui juge²³⁹.

Cette évolution s'accompagne aussi de la faculté autoapprenante (*machine learning*) de l'intelligence artificielle. Car c'est bien d'apprentissage dont il est question et non plus de la simple recherche documentaire jurisprudentielle. La collection de décisions jurisprudentielles est remplacée par la mise en équation du droit ce qui, à le supposer possible²⁴⁰, pose de réels problèmes éthiques²⁴¹. Qu'il suffise de se rendre compte que l'autoapprentissage de la machine peut être biaisé si celle-ci est « bombardée » de données peu fiables ou triées. Le mécanisme d'autoapprentissage lui-même peut induire la prise en considération de critères trop simplifiés ou surévalués quantitativement par rapport à d'autres, plus qualitatifs, et parvenir à de mauvais résultats (tels les « faux positifs »)²⁴².

238. Sur cette question cf. L. Degos, « Justice prédictive : ni justice ! Ni prédictive ! », colloque *Éthique et intelligence artificielle*, école Polytechnique, 12 avril 2018 ; Adde. L. Degos, « Juriste d'entreprise : une profession en plein bouleversement », in Les Échos, [en ligne] < <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-183272-juriste-dentreprise-une-profession-en-plein-bouleversement-2179217.php> >.

239. L. Degos, « Justice numérique et justice judiciaire, contradiction et aléa », *JCP. G*, n° 51 Suppl, 17 décembre 2018, p. 38.

240. P. Jensen, *Pourquoi la société ne se laisse pas mettre en équation*, éd. Seuil, 2018.

241. Y. Meneceur, « Les systèmes judiciaires européens à l'épreuve du développement de l'intelligence artificielle », *Rev. Prat. Prospective et Innovation*, p. 11.

242. Sur cette question cf. Y. Meneceur, *ibidem*, § 10-12.

Et si l'intelligence artificielle participe elle-même à la prise de décision, donc à nourrir la jurisprudence qui constituera la base de données – alors que les décisions humaines seront principalement des transactions restant dans la sphère privée, donc en dehors de la base de données jurisprudentielle – la matière risque de s'appauvrir, et à tout le moins le système risque de tourner en vase clos et d'être de moins en moins utile ou de plus en plus simplifié.

C'est ainsi qu'un auteur a pu parler de « l'apparition d'un droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et la technique, un droit qui s'applique tout seul et n'a besoin d'aucune administration, ni d'aucun tiers de justice, ne dépendant plus ni des coutumes, ni de la culture, un droit qui coïnciderait complètement avec la science²⁴³. »

Nous n'en sommes pas encore là, mais il reste que si les litigants n'ont pas transigé, un logiciel d'aide à la décision pourrait alléger le travail de l'arbitre, important et chronophage au stade de la rédaction de la sentence, ce qui pourrait réduire en partie, et à terme, le coût de l'arbitrage. En effet, cet impact financier ne produira des effets qu'une fois l'outil numérique amorti, soit avec le temps, soit avec le volume d'affaires. C'est pourquoi le terreau le plus favorable pour le développement de la décision automatisée est celui des litiges à faible enjeu juridique ou économique, dans un domaine circonscrit et bien connu, qui surviennent de façon répétée ou concernent toute une classe de personnes.

Typiquement, les réclamations des voyageurs de compagnies aériennes (notamment avec la généralisation du low cost) correspondent à ces caractéristiques : nombreux problèmes de vols donc litiges sériels, nombreux plaignants pour chaque vol, cadre juridique simple et généralisé (règlement européen, convention internationale), indemnisations ou sanctions prédéterminées.

C'est pourquoi la plateforme « *Flight Right* » propose de résoudre automatiquement les litiges entre les voyageurs et les compagnies aériennes (« membres » de la plateforme) en enregistrant les réclamations et en « obtenant » des indemnités, lesquelles sont reversées par la plateforme moyennant une retenue de commission de 27 %²⁴⁴.

Ainsi, si ce que veulent les parties est une moyenne de jurisprudences et un traitement automatique comme c'est le cas dans l'exemple de « *Flight Right* », alors l'intelligence artificielle ne sera plus seulement un outil d'aide à la rédaction de la sentence et à la décision, mais deviendra le décisionnaire. Autrement dit, l'intelligence artificielle se substituera à l'arbitre et la solution proposée deviendra LA seule et unique solution. C'est un pas vers la sentence numérique.

243. A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, n° 12, 9 janv. 2017, doctr. 31.

244. V. site de *Flightright* < <https://www.flightright.fr/> >.

II. La sentence numérique

L'expression sentence numérique peut recouvrir deux acceptions : soit une sentence numérisée c'est-à-dire rendue sous forme électronique avec une intervention humaine, fut-elle minime telle une simple relecture, soit une sentence purement numérique, « rendue » par la machine, mais qui n'est pas nécessairement exprimée, ou imprimée, tant elle s'inscrit dans une chaîne algorithmique²⁴⁵ d'automatismes.

C'est bien sûr la sentence numérisée ou sous forme électronique qui est aujourd'hui la plus usitée et qui tend à se développer. Ainsi, l'article 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (qui vient modifier l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle), dispose :

« Art. 4-2. – Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne d'arbitrage sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité. Le service en ligne délivre une information détaillée sur les modalités selon lesquelles l'arbitrage est rendu.

La sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties. »

Ces dispositions font suite à un amendement présenté le 1^{er} octobre 2018 n° 463 par MM. Buffet et Détraigne, rapporteurs, dont l'objet visait « à mieux distinguer les obligations applicables aux plates-formes proposant des services en ligne de conciliation ou de médiation et celles applicables aux plates-formes proposant des services en ligne d'arbitrage, car les prestations de résolution amiable ne sont pas de même nature que la justice conventionnelle que constitue l'arbitrage » et qui proposait de remplacer les alinéas alors rédigés par les alinéas suivants :

Art. 4-1-1. – Les personnes proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne d'arbitrage sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité. Le service en ligne garantit un accès direct aux informations relatives au processus d'arbitrage.

« La sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique. »

Dans la formulation finale de l'alinéa 4.2 a donc été ajoutée la formule « sauf opposition de l'une des parties », de façon à ce que les personnes dépourvues de compétence numérique ne soient pas entravées dans leur droit de recourir à un arbitrage. Ainsi, le numérique s'invite dans la forme de la sentence, sans primer toutefois sur le caractère consensuel

²⁴⁵. Pour reprendre l'expression de la Cnil dans son rapport *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, décembre 2017, p. 6.

de l'arbitrage et la volonté de chaque partie dans le respect du droit d'accès à la justice, fût-elle arbitrale.

Cette nouvelle loi ne vise donc pas l'hypothèse d'une sentence purement numérique, puisque celle-ci ne l'est que dans sa forme, laquelle peut être refusée par une partie de telle sorte que la sentence sera rendue dans une forme « matérialisée », noir sur blanc.

Bien mieux, la nouvelle loi, donc aux visées prospectives jusqu'en 2023, précise que :

« Art. 4-3. – Les services en ligne mentionnés aux articles 4-1 et 4-2 ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. »

Puisque le service d'arbitrage en ligne ne peut avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé, l'intervention humaine est donc obligatoire, mais pas nécessairement en tant qu'arbitre dont la mission peut fort bien être partagée entre l'homme et la machine. Il s'ensuit deux séries d'interrogation.

D'une part, force est de constater que nous ne sommes donc pas dans le cas d'un système complètement automatisé de traitement de litige de consommation tel que Flight Right qui traite des réclamations relatives aux litiges de transport aérien décrit ci-dessus. D'après la nouvelle loi, un tel service – qui existe déjà – n'est pas un service en ligne d'arbitrage (prévu à l'article 4.2), il n'est même pas non plus un service en ligne de conciliation ou de médiation (visé à l'article 4.1). Pourtant ce service traite bien de réclamations, étayées par des pièces, qui donnent lieu, le cas échéant, à des indemnités dont le paiement est lui-même automatisé, ce qui met fin à la contestation.

Un auteur a ainsi considéré que le service *Flight Right* « n'est pas vraiment un mécanisme juridique de résolution des litiges, mais plutôt un traitement macroéconomique de la masse des réclamations qui sont réglées par le biais de remises ou remboursements bien calculés, etc. En bref, une résolution commerciale, plus que juridique, effectuée par la machine²⁴⁶. »

D'autre part, s'il y a bien intervention humaine, obligatoire pour relever de la qualification d'arbitrage, mais que celle-ci n'est que partielle puisque

246. L. Degos, « Justice numérique et justice judiciaire, contradiction et aléa », *op. cit.*, § 5.

la solution serait aussi issue de l'intelligence artificielle, comment déterminer qui est l'auteur de la sentence ? Peut-on considérer, faisant fi de la règle d'imparité pourtant exiger en matière interne, qu'un tribunal arbitral peut être composé d'un humain et d'une machine artificiellement intelligente ? Doit-on estimer au contraire que la machine n'est qu'un instrument pour l'humain même si le rôle de ce dernier se borne à valider ce que l'algorithme « prédit » ? Dans quelle mesure l'arbitre humain est-il libre, indépendant et impartial, par rapport à la solution scientifique de l'arbitre « robot » ? Y a-t-il un partage des responsabilités ? L'arbitre humain n'est-il pas encore plus responsable s'il contredit la machine, s'il résiste à la solution machinale ?

Ces considérations nous amènent logiquement à nous interroger sur la signature de la sentence puisque cette obligation n'est pas supprimée. Dans le cadre de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, si les parties choisissent une sentence rendue sous forme électronique et si elles ont au surplus accepté un traitement algorithmique (non exclusif), le service en ligne d'arbitrage devra s'assurer de la mise en place d'une modalité fiable de signature numérique de la sentence.

III. La signature numérique

Signatures électroniques et signatures numériques se distinguent. D'après la loi fédérale américaine sur les signatures électroniques (*federal esign act*), ces dernières se définissent comme un « son, symbole ou processus électronique attaché ou logiquement associé à un contrat ou tout autre enregistrement, qui est appliqué ou adopté par une personne dans l'intention de signer l'enregistrement. » C'est l'équivalent de la signature manuscrite numérisée.

S'agissant des signatures numériques, l'enjeu consiste à pouvoir vérifier que le signataire du document est bien la personne qu'il affirme être, que sa signature est valide et n'a pas été falsifiée, et que le document n'a pas évolué. C'est l'équivalent « en ligne » d'une signature notariée, et, à la différence de la signature électronique, un tiers de confiance, l'Autorité de certification (AC), vérifie l'identité du signataire.

Les signatures peuvent être personnalisées pour inclure une image (signature physique ou sceau officiel) et divers renseignements sur la signature (lieu, date, et motif de signature). Les signatures peuvent également être invisibles et contenues dans des documents qui affichent alors un ruban bleu dans leur barre des tâches.

S'agissant des sentences arbitrales, si les parties choisissent sa forme numérique, c'est certainement sa signature numérique qu'il conviendra d'organiser, l'opération de cryptage associée permettant alors de vérifier et garantir que : (i) le document contenant la sentence est authentique et provient d'une source vérifiée, (ii) il n'a pas été falsifié depuis sa signature

numérique car à la moindre modification, la signature s'afficherait comme non valide et (iii) l'identité de l'arbitre ou du tribunal arbitral a été vérifiée par un organisme de confiance (l'AC).

Mais cette question devra également être analysée au regard du droit applicable à la procédure et dans les pays dans lesquels l'exécution de la sentence sera recherchée, de façon à déterminer quel type de signature numérique ou électronique ces pays reconnaissent comme valable.

IV. Impact du numérique sur l'exequatur, sur l'exécution, sur les recours

L'exequatur en France des sentences arbitrales est régi par les dispositions des articles 1487 et 1488 du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne, et par celles des articles 1516 et 1517 du même Code pour l'arbitrage international. Ces dispositions sont similaires et ne sont pas adaptées à une sentence qui serait rendue exclusivement sous forme électronique puisque la procédure relative à la demande d'exequatur est une procédure écrite, la requête devant être déposée avec l'« original » de la sentence et de la convention d'arbitrage ou à défaut de leurs « copies », et l'exequatur elle-même sera apposée sur la sentence ainsi déposée.

Il en va de même pour le régime de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dite Convention de New York, conclue le 10 juin 1958. Celle-ci n'avait assurément pas pu anticiper le développement de la dématérialisation, de la numérisation et encore moins des services en ligne d'arbitrage. En conséquence, son article IV qui traite de l'exequatur et sur la base duquel ont été rédigés les articles du Code de procédure civile français (ainsi que les lois d'arbitrage des 159 États parties à la Convention), exige toujours un écrit de la sentence et de la Convention d'arbitrage, soit en original soit une copie certifiée.

Mais ces notions d'original et de copie sont inadaptées à l'arbitrage en ligne qui peut ne générer ni original ni copie dès lors que les documents n'existent que sous forme électronique. Il a donc fallu adapter les concepts, et même les règles, pour intégrer l'arbitrage en ligne, ce qu'a fait l'article 4 de la loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 qui énonce que « la sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties. » Pour être nouvellement énoncée, cette règle existait en réalité déjà. Elle permet de consacrer l'arbitrage en ligne, mais elle ne dispense pas de la production de copies des sentences pour obtenir l'exequatur.

On pourrait cependant envisager d'aller plus loin et d'admettre l'exequatur de sentences produites uniquement sous forme électronique.

Une autre solution pourrait être 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). D'autant plus que la participation, même partielle, du numérique dans l'établissement de la sentence arbitrale, de sa rédaction formelle à sa teneur juridique, fait douter de l'utilité de recours. En effet, à une même question ou confronté à un même litige, une intelligence artificielle avec ses algorithmes et ses bases de données, ne pourra que donner indéfiniment la même réponse. Sauf à changer les données ou les méthodes de traitement des données, la machine fera toujours le même calcul pour arriver au même résultat car la science exacte chasse l'aléa.

On a là un bon exemple de ce que le numérique peut apporter à la modification des règles de l'arbitrage, fussent-elles les plus solidement installées.

CONCLUSION GÉNÉRALE



Quelle place occupent de nos jours les technologies numériques et, en particulier, l'intelligence artificielle dans l'arbitrage ? Quelle place sont-elles susceptibles d'occuper demain ? C'est à ces questions que le groupe de travail sur l'arbitrage en ligne du Club des juristes s'est efforcé de répondre, avec toute la prudence qui s'imposait compte tenu des importantes incertitudes existant en la matière.

Une première incertitude, rapidement dissipée, tient à la qualification même d'arbitrage. Le choix a été fait de se limiter à l'arbitrage au sens strict. Les modes amiables de règlement des litiges – conciliation et médiation – ont ainsi été exclus du champ de l'étude, bien que, çà et là, ils aient pu inspirer la réflexion des membres du groupe de travail. De même, certaines procédures, au sujet desquelles le terme « arbitrage » est pourtant parfois utilisé, ont été écartées car, à l'analyse, une ou plusieurs caractéristiques de l'arbitrage véritable leur manquent. Tel est en particulier le cas de la procédure UDRP administrée par le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI, laquelle vise à régler les conflits entre noms de domaine et marques. Cependant, là encore, l'expérience de ces procédures *sui generis* a pu, par certains aspects, nourrir la réflexion des auteurs du présent rapport. Les procédures de ce type ont, du reste, tendance à se multiplier dans l'environnement numérique. Or, ne pouvant être formellement qualifiées d'arbitrage, elles n'offrent pas toujours aux justiciables les mêmes garanties. Aussi a-t-il été proposé, afin d'éviter toute ambiguïté, d'encadrer l'utilisation du terme « arbitrage » en limitant l'usage aux seuls modes de résolution des litiges qui présentent les caractéristiques d'un authentique arbitrage.

Une seconde incertitude repose sur l'ampleur des possibilités techniques que vont offrir à l'avenir les technologies numériques. Les contributions doctrinales sur le sujet, qu'elles soient juridiques ou non, se sont multipliées dans une période récente. À leur lecture, il n'est pas toujours aisé de faire le départ entre ce que permettront effectivement ces technologies et ce qui relève encore de l'imagination, voire de la science-fiction. S'il est certain que l'intelligence artificielle est désormais une réalité et qu'elle ne cesse de progresser, l'exercice consistant à anticiper précisément les incidences qu'elle est susceptible d'avoir sur l'arbitrage n'en demeure pas moins délicat. Comme toute révolution technologique en marche, l'intelligence artificielle va produire des effets qu'il est encore difficile de mesurer avec exactitude.

Dans ces conditions, les membres du groupe de travail, guidés par les éclairages que leur ont apportés les différentes personnes qu'ils ont auditionnées, ont choisi de structurer leur réflexion en opposant le présent à l'avenir ou, du moins, à ce qu'il pourrait être.

I. S'agissant en premier lieu du présent, l'arbitrage en ligne apparaît aujourd'hui comme une réalité modeste

A. Le groupe de travail a d'abord jugé nécessaire de dresser un inventaire des différentes sources du droit en la matière. La loi française renferme de nombreuses dispositions consacrées à l'arbitrage, qu'il s'agisse des dispositions générales bien connues prévues par le Code civil et le Code de procédure civile ou des dispositions spéciales propres à certaines branches du droit figurant dans d'autres codes (Code du travail, Code de commerce, Code de la consommation, etc.). Cependant, aucune de ces dispositions, y compris parmi les plus récentes, ne traite spécialement du rôle que les outils numériques sont de nature à jouer en matière d'arbitrage. Elles ont simplement vocation à s'appliquer à l'arbitrage en ligne comme à toute autre forme d'arbitrage. L'examen des instruments européens et des traités internationaux conduit à la même conclusion : ces textes couvrent certes l'arbitrage en ligne, mais sans lui consacrer de dispositions particulières, certains d'entre eux étant au demeurant antérieurs au développement d'Internet.

Si l'on prend la question sous l'angle, non plus du droit de l'arbitrage, mais du droit du numérique, le constat est peu ou prou le même. L'essor des technologies numériques a naturellement conduit à l'adoption de textes internes, européens et internationaux consacrés aux activités en ligne : dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques, à la protection des données personnelles, à l'open data, à la protection des cyberconsommateurs, à la propriété intellectuelle, etc. Plusieurs de ces textes ont naturellement vocation à régir, au titre des questions qu'ils couvrent, certains aspects de l'arbitrage en ligne, mais ils ne lui consacrent pas de disposition spécifique. Il en va de même des récentes lois françaises visant à moderniser, par une prise en compte accrue des outils numériques, les procédures devant les juridictions nationales : ces lois ne concernent pas l'arbitrage en tant que tel ; elles ne le régissent qu'indirectement, en ce qu'elles s'appliquent au contentieux mené devant les juridictions étatiques parallèlement à la procédure arbitrale ou à l'issue de celle-ci (juge d'appui, voies de recours, exequatur, etc.).

Avec la promulgation de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, dont l'article 4 traite explicitement des services d'arbitrage en ligne²⁴⁷, il y a une première avancée législative significative relativement aux liens entre arbitrage et nouvelles technologies. Cette loi vient compléter, d'une part, de travaux de la doctrine – française et étrangère – et, d'autre part, de rapports établis par différents centres et institutions d'arbitrage.

B. Précisément, après avoir constaté la rareté des sources formelles du droit en matière d'arbitrage en ligne, le groupe de travail a porté son

247. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 26), JO 24 mars 2019, texte n° 2.

attention sur la pratique d'ores et déjà à l'œuvre en ce domaine. Si les initiatives sont nombreuses, le recours effectif à l'arbitrage en ligne apparaît encore modeste. Les acteurs de l'arbitrage en ligne ont ainsi pu être classés en trois catégories.

Appartiennent à la première catégorie les acteurs que l'on peut qualifier d'« installés » ou de « première génération. » Parmi ceux-ci, figure le laboratoire Cyberjustice créé au sein de la Faculté de droit de l'université de Montréal. Les travaux de cette institution ont mis en lumière les nombreuses applications possibles des nouvelles technologies en matière de règlement des litiges. S'agissant plus particulièrement de l'arbitrage, l'expérience et les réflexions du laboratoire Cyberjustice montrent que le numérique constitue un outil efficace de gestion des procédures, par exemple pour la transmission des pièces en ligne, les audiences en visioconférence ou l'institution d'un greffe numérique. Cependant, les parties ne souhaitent généralement pas se soustraire à la justice humaine, en particulier dans les arbitrages complexes. Les technologies numériques aident ainsi les arbitres personnes physiques, mais ne sauraient se substituer à eux dès lors qu'est en cause la fonction de juger. Le deuxième acteur classique à justifier d'une expérience en matière de règlement des différends en ligne est le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI. Ainsi qu'il a été relevé plus haut, la procédure UDRP administrée par le Centre n'est par un véritable arbitrage. Ce n'est toutefois pas la seule procédure proposée par l'OMPI, qui intervient aussi en qualité d'authentique centre d'arbitrage en matière de propriété intellectuelle. Pour l'heure, le rôle que pourrait jouer l'intelligence artificielle au moment de rendre la décision n'en est qu'au stade de la réflexion. Là encore, en pratique, les outils numériques ne sont aujourd'hui utilisés par le Centre que pour faciliter le déroulement des procédures qu'il administre. Ils sont, au demeurant, généralement couplés avec des outils classiques. Le même constat s'impose au regard des pratiques de la Chambre de commerce internationale. La CCI a créé au début des années 2000 la plateforme d'arbitrage en ligne Netcase. L'expérience a cependant pris fin assez rapidement. Au-delà de cette tentative, la CCI admet aujourd'hui l'utilisation des technologies numériques dans l'arbitrage, mais de manière limitée. Son règlement permet ainsi aux litigants et au tribunal arbitral de recourir à ces technologies et d'échanger des communications en ligne entre eux ou avec le Secrétariat. Il interdit cependant l'emploi de ces technologies lorsqu'une présence physique est indispensable. On en déduit qu'en l'état actuel du règlement CCI, un arbitrage totalement dématérialisé n'est pas envisageable.

La deuxième catégorie d'acteurs regroupe les nouveaux opérateurs constitués sous forme de start-up de la *Legaltech*, tels que FastArbitre ou eJust, dont les représentants ont été auditionnés par le groupe de travail. Ces entreprises offrent des services d'arbitrage en ligne avec pour objectif la dématérialisation la plus complète possible des procédures, laquelle est censée entraîner une baisse des coûts et une célérité accrue. Pareille dématérialisation passe notamment par l'encodage de certaines règles de procédure, opération qui suppose de prêter une attention particulière

au respect des principaux fondamentaux du procès. La part donnée à la machine par ces nouveaux acteurs est donc plus forte qu'auprès des acteurs installés. Pour autant, il n'est pas question de laisser la machine juger au fond. Encore une fois, le recours au numérique se présente comme un simple outil – certes ici très poussé – qui vient aider les parties et les arbitres lors du déroulement de l'instance. Mais la machine doit ensuite s'effacer au profit de l'homme, qui seul peut élaborer et rendre la sentence. Par ailleurs, il n'est pas certain que ces nouveaux acteurs aient eu, jusqu'à présent, une quantité significative de litiges à traiter.

La troisième catégorie d'acteurs de l'arbitrage en ligne est, pour l'heure, principalement virtuelle. La justice numérique constitue un véritable marché que les grands opérateurs d'Internet, entre autres, vont certainement chercher à capter. Des initiatives venant d'entreprises comme Facebook ou eBay laissent penser qu'à terme, une grande partie des litiges liés à l'utilisation de ces plateformes – petits pour la plupart, mais nombreux – pourrait être réglée par voie d'arbitrage en ligne.

C. Il restait, au titre de l'examen du droit positif, à se livrer à un exercice de comparaison entre la justice arbitrale et la justice étatique.

Les règlements d'arbitrage des acteurs installés, en particulier celui de la CCI, n'accordent, nous l'avons vu, qu'une maigre place aux outils numériques. Face à une telle carence, il revient aux parties et aux arbitres eux-mêmes de développer de nouvelles pratiques dans le sens d'une plus grande prise en compte de ces outils, lesquels ne peuvent que contribuer à rendre l'arbitrage plus attractif du fait de la simplicité et de la rapidité qu'ils confèrent. À cet égard, il importe de rappeler que la nature conventionnelle de l'arbitrage offre aux plaideurs la possibilité de s'accorder sur l'essentiel des règles de procédure. Leur volonté commune est ainsi à même de donner aux nouvelles technologies toute la place qu'elles méritent.

Les données du problème sont différentes s'agissant de la justice étatique. Les règles de procédure sont ici édictées par la loi. Or, nombreux sont les pays à avoir rapidement pris conscience de l'intérêt que pouvait présenter, en termes d'accessibilité de la justice, de coût, de délai et, en un mot, d'efficacité, le développement du recours aux outils numériques. La France en fait partie. Dans une période relativement récente, plusieurs lois visant à accentuer la dématérialisation des procédures ont été adoptées dans notre pays. Reposant sur une volonté politique, le mouvement s'avère nettement plus abouti qu'en matière d'arbitrage. Ainsi, la communication électronique des actes et des pièces s'est considérablement développée, tant dans le cadre des procédures judiciaires que dans le contentieux administratif ou constitutionnel, au point de devenir presque le principe. Bien que l'évolution soit pour l'instant moins nette, l'accès numérique du justiciable à la procédure devrait se généraliser dans un avenir proche. Enfin, la numérisation et l'open data

des décisions de justice sont au cœur des préoccupations actuelles du législateur et devraient poursuivre la révolution numérique.

En somme, on constate, d'un côté, une absence de cadre juridique permettant d'institutionnaliser et de systématiser le recours au numérique dans les procédures arbitrales et, de l'autre, une volonté politique forte conduisant à une dématérialisation accrue des procédures devant les juridictions étatiques. Certes, l'arbitrage est encore généralement présenté comme une justice plus efficace que la justice étatique, mais il n'est pas exclu qu'à terme, sans réaction des praticiens de l'arbitrage sur ce point, un renversement de paradigme s'opère.

II. Dans un second temps, l'analyse a porté sur l'avenir de l'arbitrage en ligne, la maîtrise nécessaire d'un tel mode de résolution des conflits étant recommandée par le groupe de travail

A. La première étape de cet examen prospectif a consisté à s'interroger sur le *rôle de l'algorithme* : s'agit-il simplement de procurer une aide matérielle à l'arbitre et aux parties dans le déroulement de la procédure, rôle auxquelles se limitent peu ou prou les outils numériques existants, ainsi qu'il a été observé dans la première partie ? L'intelligence artificielle peut-elle, un cran au-dessus, assister l'arbitre lors de la prise de décision, notamment grâce à des instruments dits prédictifs ? Est-il envisageable qu'elle le remplace radicalement ? Rejoignant la décision du Conseil constitutionnel du 12 juin 2018²⁴⁸, le groupe de travail a repoussé fermement cette dernière solution, la faculté de juger devant rester l'apanage de l'intelligence humaine. Plus généralement, diverses considérations ont amené ses membres à envisager avec beaucoup de prudence l'intervention de la machine en matière d'arbitrage.

Les premières tiennent à la personne de l'arbitre. Plusieurs qualités sont attendues d'un juge privé : compétence technique dans un secteur particulier, pratique du droit substantiel, maîtrise des règles de procédure, capacité à comprendre et à faire interagir l'ensemble des données d'un litige généralement complexe, conception de la justice, en particulier dans l'hypothèse de l'amicable composition, indépendance, pour ne citer que les principales. Or, il n'est pas certain, à tout le moins dans un futur proche, qu'une intelligence artificielle puisse posséder l'ensemble de ces qualités. La faculté de juger est directement tributaire de la conscience, laquelle caractérise l'intelligence humaine. Le présent rapport insiste à cet égard sur le fait que l'une des conditions de la véritable justice tient à la capacité qu'ont les juges à douter, capacité leur permettant d'effectuer des revirements de jurisprudence. Or, compte tenu de son mode de fonctionnement,

248. Conseil constitutionnel, décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles, considérant n° 71, *in fine* : « Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement. »

l'intelligence artificielle semble dépourvue d'une telle capacité, même lorsqu'elle est autoapprenante. En outre, insensible, elle peinera à prendre en considération certains éléments de contexte ou certaines évolutions qui pourraient conduire un juge humain à s'écarter, occasionnellement ou définitivement, du sens des décisions habituellement rendues sur une question donnée. Par ailleurs, la proximité physique de l'arbitre et des parties permet une meilleure écoute et une meilleure compréhension mutuelles, tandis qu'une procédure totalement désincarnée les éloigne au contraire. Une autre difficulté réside dans la présence de potentiels biais dans la programmation de l'intelligence artificielle, lesquels ne sont de surcroît pas toujours perceptibles. Ils peuvent, par exemple, tenir à la personnalité ou aux origines du programmeur, ou encore à une mauvaise compréhension d'éléments de contexte. Les données nourrissant la machine pourront ainsi être orientées, parfois involontairement, privant ainsi la décision d'objectivité. Dans ces conditions, la transparence apparaît comme le maître-mot afin que les parties aient connaissance de l'origine comme de la teneur de l'algorithme de jugement et qu'elles puissent en comprendre le fonctionnement. Cette exigence de transparence devrait conduire à recourir à un système externe de labellisation de l'algorithme. Il importe également de garantir aux parties un haut degré de sécurité dans le fonctionnement de la plateforme d'arbitrage intelligente, de façon, d'une part, à préserver la confidentialité des échanges et, d'autre part, à empêcher les tiers de s'introduire dans le système d'information dans le but de fausser le déroulement de l'arbitrage. Or le voit, il sera toujours plus difficile de s'assurer de l'indépendance et de la neutralité d'une machine que de celle d'un être humain. Or cette qualité est primordiale dans l'arbitrage.

Ces éléments ne sont pas sans conséquence sur la question du choix de l'arbitre par les parties. L'intérêt et le succès de l'arbitrage tiennent principalement à la relation de confiance qui se noue entre les différents intervenants : confiance entre les parties, confiance des parties envers les arbitres, confiance entre les arbitres. Dans le cas d'une machine arbitre, dès lors qu'il risque d'être difficile de comprendre pleinement son fonctionnement, on peut craindre que cette confiance fasse défaut et que l'usage d'une telle machine n'emporte pas l'assentiment des litigants. Au reste, dans l'arbitrage classique, la confiance tient pour partie à la collégialité de la formation de jugement : dans la configuration la plus fréquente, chaque partie nomme un arbitre, puis les deux arbitres ainsi désignés en nomment un troisième en qualité de président du tribunal. Or une telle collégialité paraît difficile à transposer dans l'hypothèse d'un arbitrage réalisé par voie d'algorithme. La question de la responsabilité des centres d'arbitrage intervenant en tant que plateformes numériques se pose également. Pour l'heure, les obligations de loyauté et de transparence pesant sur de telles plateformes sont embryonnaires, mais elles devraient être consacrées plus nettement dans un avenir proche.

La confiance doit être maintenue tout au long de la procédure arbitrale jusqu'à ce que la sentence soit rendue. Aussi est-il nécessaire que les parties puissent être informées en permanence des principales caractéristiques de fonctionnement de l'algorithme. Toute la difficulté

vient du fait que, dans l'hypothèse d'une machine autoapprenante, ces caractéristiques sont évolutives. L'obligation d'information risque ainsi d'être complexe voire impossible à mettre en œuvre. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 juin 2018 citée à plusieurs reprises dans le présent rapport, a estimé que « ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement. » La solution mériterait d'être étendue aux sentences arbitrales et, plus généralement, à tous les jugements.

Les performances de l'algorithme en matière d'arbitrage suscitent également des interrogations. L'arbitrage est en principe gouverné par la confidentialité, de sorte que la plupart des sentences ne sont pas publiées. L'intelligence artificielle ne peut donc être alimentée qu'avec un nombre limité de données, ce qui risque de fausser les résultats auxquels elle peut aboutir. Il faudrait, de plus, s'assurer que les pièces et documents échangés par son entremise le sont dans un format commun aux deux parties pour que, d'une part, le contradictoire et l'égalité des armes soient respectés et, d'autre part, il n'y ait pas de déperdition d'informations susceptible d'introduire un biais dans le fonctionnement de la machine.

Quant à la sentence elle-même, il conviendrait de vérifier que, ni absurde ni inique, elle correspond bien aux standards de la justice humaine. Un contrôle par l'homme paraît donc indispensable. Une fois la décision rendue et contrôlée, les technologies *block chain* et *smart contract* pourraient rendre possible l'exécution automatique de certains éléments de la condamnation, tels que le versement de dommages-intérêts. Enfin, une voie de recours devrait être ouverte contre la sentence rendue par une intelligence artificielle, soit devant des juges humains, soit éventuellement devant une autre intelligence artificielle, mais à condition que celle-ci soit plus sophistiquée que celle ayant statué en premier ressort, ce qui n'est pas sans poser des problèmes.

Autant d'obstacles, d'interrogations et d'incertitudes invitent finalement à repousser l'hypothèse d'un arbitrage réalisé entièrement par un robot.

B. Toujours sous l'angle prospectif, le rapport étudie le rôle du centre d'arbitrage. Les membres du groupe de travail sont partis du constat, effectués dans la première partie, suivant lequel il existe actuellement deux types d'offres : une offre fortement dématérialisée, proposée par les nouveaux acteurs ; une offre partiellement dématérialisée, proposée par les acteurs installés. Pour les premiers, le défi va consister à faire accepter leur offre innovante : acceptation par les utilisateurs – parties et praticiens de l'arbitrage –, alors que ces nouveaux acteurs n'ont pas nécessairement d'expérience véritable dans le domaine du règlement des litiges ; acceptation par les autorités judiciaires et administratives qui seront amenées à contrôler les différents aspects de leur activité (conformité des sentences à l'ordre public et, en particulier, aux principes directeurs du procès, respect de la réglementation relative aux données personnelles,

etc.). Le défi est également financier : les nouveaux acteurs doivent parvenir à pérenniser leur modèle économique reposant à titre exclusif sur l'arbitrage en ligne, ce qui ne paraît pas acquis pour l'instant. Du côté des acteurs installés proposant une offre mixte, les défis sont également importants. L'introduction du numérique dans un système qui, jusqu'à présent, lui laissait une place réduite comporte des risques et représente un coût. Des choix stratégiques devront être faits : faut-il développer les outils numériques en interne ou faire appel à des prestataires ? Jusqu'où aller dans l'utilisation de ces outils pour ne pas dénaturer l'offre et l'« esprit » du centre, qui ont fait son succès ? De la simple base de données facilitant la recherche de précédents à l'assistance à la décision en passant par le greffe virtuel, l'éventail est, en effet, très vaste. Si l'évolution est forte, le centre devra communiquer sur les bienfaits de celle-ci, de façon à ne pas effrayer ses clients habituels. Dans la même veine, les personnes travaillant au sein du centre pourront craindre de ne pas maîtriser les nouvelles technologies ou de ne pas avoir le temps de dégager les ressources nécessaires au développement des outils numériques, accaparés qu'elles seront par le succès éventuel des procédures d'arbitrage traditionnelles.

Quel que soit le degré d'intervention des outils numériques dans la procédure, le centre recevra de nombreuses données sensibles (données personnelles, données couvertes par le secret, pièces et actes de la procédure). Il importe qu'il puisse apporter aux parties de réelles garanties : confidentialité des données, fiabilité de la plateforme, localisation de celle-ci, protection contre les intrusions et la soustraction d'informations, etc. Le groupe de travail s'est dès lors interrogé sur la nécessité d'exiger des centres d'arbitrage en ligne qu'ils fassent l'objet d'une certification ou, plus encore, d'un agrément. Grâce aux auditions de la directrice adjointe de la Direction des affaires civiles et du sceau et du secrétaire général de la Cnil, de grandes orientations ont pu être dégagées. Complexe à mettre en œuvre et peu compatible avec la volonté généralement affichée par les parties à un arbitrage de s'écarter du modèle étatique de justice, l'idée de faire agréer les centres d'arbitrage par une autorité publique a été repoussée. Le groupe de travail s'est dès lors montré favorable à une simple certification accordée par un organisme agréé par le Cofrac (Comité français d'accréditation). La certification serait soumise au respect de diverses conditions, prévues pour certaines par la loi, telles que : l'obligation d'informer les parties en cas d'intervention d'un algorithme ; l'obligation de ne pas rendre une décision reposant exclusivement sur un algorithme ; la protection des données personnelles ; le respect de la confidentialité ; des exigences tenant à la compétence, l'indépendance, la diligence et l'impartialité des arbitres ; des garanties relatives à la fiabilité et à la sécurité des outils numériques utilisés. Le groupe de travail est partagé sur la question de savoir s'il faut rendre une telle certification obligatoire. Une solution intermédiaire a été proposée, consistant à admettre ce caractère obligatoire uniquement pour les petits litiges et les litiges de droit de la consommation (plafond à 4 000 ou 5 000 €).

C. L'incidence future des technologies numériques sur la procédure arbitrale a été également analysée. Le volume d'informations et de

documents échangés à l'occasion d'un arbitrage est en constante augmentation. Les technologies numériques et l'intelligence artificielle sont à même de remédier à cette inflation en sélectionnant, dans des conditions de temps et de coûts raisonnables, les données qui seront utiles pour la solution du litige. Deux exemples sont présentés dans le rapport : *la Technology Assisted Review* ou *predictive coding* qui permet, dans une affaire donnée, de sélectionner les documents à partir de mots-clés choisis par les avocats ; le système expert, logiciel intelligent qui, à l'image d'un expert humain, exploite dans un domaine précis du droit des connaissances – avant tout jurisprudentielles – et propose une solution, la difficulté en matière d'arbitrage venant du fait que la plupart des sentences ne sont pas publiées.

Si l'intelligence artificielle peut, dans ces conditions, constituer une aide précieuse à la décision, elle doit rester sous contrôle. L'expérience de Case Law Analytics est à cet égard éclairante. Les instruments développés par cette entreprise permettent d'indiquer, à partir de faits précis, un éventail des solutions possibles avec les probabilités attachées à chacune d'elles. Pour l'heure, le système n'a été développé qu'à propos de certains contentieux : prestation compensatoire en matière de divorce, rupture brutale de relations commerciales, licenciement sans cause réelle et sérieuse, notamment. L'équipe de Case Law Analytics rencontre d'abord des magistrats et des avocats spécialistes du domaine concerné pour établir la liste des critères et les raisonnements utilisés par les juges pour trancher les litiges en cause. Est ensuite constituée une base de données des décisions de justice sur le sujet. À partir des éléments dégagés lors de la première étape et des décisions recensées lors de la deuxième, la machine « apprend » à s'approcher du résultat auquel différents juges sont susceptibles de parvenir. Il suffit dès lors à l'utilisateur de renseigner les critères proposés en fonction des faits de son espèce pour que la machine produise sous forme statistique ces résultats. Cet exercice de simulation se heurte cependant à plusieurs limites. Il ne fonctionne pour l'instant qu'au sujet de contentieux très ciblés et assez récurrents, pour lesquels un nombre important de décisions est disponible. En outre, il ne permet d'apporter de réponses qu'à des questions relativement simples – montant d'une prestation compensatoire, d'une indemnité, etc. – et ne paraît pas à même d'appréhender des litiges plus complexes supposant d'en passer par la construction d'un véritable raisonnement. Fonctionnant par corrélation de faits, il ne propose d'ailleurs pas de raisonnement juridique. D'autres faiblesses de l'intelligence artificielle sont mises en avant dans cette partie du rapport : si des biais peuvent se rencontrer dans sa programmation, ils peuvent aussi porter sur les données qu'elle utilise, par exemple si elle n'est alimentée que par des données récentes, alors que des données plus anciennes pourraient conduire à d'autres solutions ; la difficulté à innover de la machine est en outre soulignée une fois de plus.

Proposer un arbitrage entièrement numérique peut dès lors sembler aujourd'hui exagérément ambitieux et à la vérité déraisonnable. Si l'arbitrage classique suscite la confiance des milieux d'affaires, il génère

plutôt la méfiance en dehors de ceux-ci. Les justiciables qui ne sont pas familiers de ce mode de règlement des conflits ont, en effet, tendance à considérer qu'il représente un danger. Laisser le soin à une intelligence non humaine de trancher les différends contribuerait à augmenter cette méfiance. Sans doute les mentalités vont-elles évoluer : habituées au « tout » numérique, les générations futures sauront peut-être davantage s'accommoder des biais de la machine que de ceux de l'homme. En attendant, une voie médiane peut être suggérée : limiter le jeu de l'intelligence artificielle, au sein du processus décisionnel, à la phase de quantification du dommage.

En toute hypothèse, l'assistance de l'intelligence artificielle dans la prise de décision ne doit pas permettre au tribunal de se soustraire à son obligation de motivation. En outre, la multiplication des outils de justice prédictive invite à reconsidérer le périmètre de l'obligation de révélation pesant sur les arbitres : tout arbitre utilisant une telle technologie devrait en informer les parties afin, notamment, que celles-ci puissent en contrôler le fonctionnement, conformément aux observations formulées plus haut.

L'examen des questions de procédure supposait également prendre la mesure de l'application du dispositif de protection des données personnelles en matière d'arbitrage en ligne. L'audition des membres de la Cnil a été à cet égard très instructive. Le présent rapport contient ainsi des développements approfondis sur la mise en œuvre du RGPD. L'article 4 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice va dans le sens des analyses proposées par le groupe de travail, puisqu'il énonce que les services d'arbitrage en ligne « ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. »

Enfin, il convient de se demander si, à plus long terme, les outils numériques ne vont pas entraîner des bouleversements profonds de l'arbitrage. De fait, les instruments de justice prédictive, indépendamment de leur éventuelle mise en œuvre par les arbitres, risquent d'être utilisés systématiquement par les parties et leurs conseils. S'ils s'avèrent fiables, les plaideurs, plutôt que de poursuivre dans une voie contentieuse débouchant sur un résultat connu à l'avance, auront tout intérêt à en passer par une transaction, solution plus rapide et moins coûteuse. La justice arbitrale, comme du reste la justice étatique, pourrait dès lors être amenée à décliner, voire à disparaître, à tout le moins dans les branches du droit dans lesquelles les outils prédictifs feront leurs preuves. À

l'analyse, toutefois, il n'est pas certain que les bouleversements soient si profonds. On rappellera d'abord que plusieurs obstacles s'opposent au bon fonctionnement de l'intelligence artificielle en matière arbitrale, à commencer par l'absence de publication systématique des sentences et la complexité des litiges généralement soumis aux arbitres. S'agissant spécialement de l'amicable composition, l'équité qui gouverne cette forme d'arbitrage s'avère nettement plus difficile à modéliser que les paramètres qui peuvent dicter une décision en droit. En dehors du cas particulier de l'amicable composition, l'arbitrage est généralement choisi pour la souplesse qu'il confère, l'arbitre disposant de plus de liberté dans l'application de la règle de droit que le juge étatique. Or il n'est pas certain que l'intelligence artificielle puisse un jour être dotée d'une telle souplesse.

D. Le groupe de travail s'est, pour finir, interrogé sur l'influence que les technologies numériques sont susceptibles d'avoir sur la sentence arbitrale. Les outils numériques facilitent d'ores et déjà la rédaction de la sentence. Celle-ci doit mentionner des éléments tels que l'identification des parties, de leurs conseils et des arbitres, les faits, le déroulement de la procédure, les moyens et prétentions des parties. Il suffit désormais de puiser ces éléments dans les mémoires et les pièces échangées par voie numérique lors de la procédure. Plus innovants, des logiciels de reconnaissance vocale permettent de transcrire par écrit en un temps record les échanges oraux ayant lieu devant le tribunal. Les algorithmes savent également lire et classer les bases de données, notamment jurisprudentielles, et peuvent ainsi servir à sélectionner les précédents pertinents, avec toujours la limite tenant au faible nombre de sentences arbitrales publiées. La justice prédictive et les outils proposés par des entreprises comme Case Law Analytics peuvent aussi, sous les réserves mentionnées précédemment, constituer des instruments d'aide à la décision. À terme, l'usage des technologies numériques devrait contribuer à faire baisser le coût des procédures. Cela ne sera toutefois possible qu'une fois amortis les frais liés à l'acquisition de ces technologies, soit avec le temps, soit avec le volume d'affaires.

Depuis la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoit expressément que la sentence arbitrale puisse être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties. La précision finale vise à protéger les personnes dépourvues d'accès à Internet ou maîtrisant mal les nouvelles technologies. Au-delà de la question de la forme numérique de la sentence, le rapport s'interroge sur l'hypothèse d'une sentence rendue par un arbitre ayant eu recours, pour trancher certains points relevant du fond, à une intelligence artificielle. Comment concilier cette hypothèse avec l'imparité exigée en matière d'arbitrage ? Doit-on considérer que la machine n'est qu'un instrument pour l'humain, arbitre unique, même si le rôle de ce dernier se borne à valider ce que l'algorithme a prédit ? La réponse n'est guère évidente.

La sentence doit être signée par le tribunal arbitral, ce qui invite à s'interroger sur les garanties que doit présenter la signature électronique.

L'enjeu consiste à pouvoir vérifier que le signataire du document est bien la personne qu'il affirme être, que sa signature est valide, qu'elle n'a pas été falsifiée et que le document n'a pas évolué.

Le rapport examine pour finir l'influence du numérique sur la phase post-arbitrale. La loi française n'est pas parfaitement adaptée à la sentence sous forme électronique puisque la procédure relative à la demande d'exequatur est une procédure écrite, la requête devant être déposée avec l'original de la sentence et de la convention d'arbitrage ou, à défaut, de leurs copies, l'exequatur lui-même étant apposé sur la sentence ainsi déposée. Les dispositions du Code de procédure civile pourraient donc être modifiées pour que les sentences sous forme électronique puissent être directement revêtues d'un exequatur. Le numérique pourrait par ailleurs faciliter l'exécution des sentences grâce aux *smart contracts*, lesquels permettent l'exécution automatisée d'une commande (une sentence par exemple) dès lors que des conditions prédéterminées sont remplies (absence de recours par exemple).

En conclusion, s'il est important de promouvoir l'utilisation des outils numériques dans la conduite de l'arbitrage, il n'est pas souhaitable que l'intelligence artificielle puisse se substituer totalement à l'humain dès lors qu'il s'agit de rendre une décision contraignante. Les technologies numériques peuvent constituer une aide précieuse dans l'organisation de la procédure, mais elles ne devraient avoir qu'une incidence limitée pour ce qui est de l'élaboration de la sentence, tâche qui devrait relever à titre principal de l'intelligence humaine. En d'autres termes, il importe que l'arbitrage assisté par la machine ne dégénère pas en un arbitrage réalisé par la machine.

12

RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL



SYNTHÈSE

Le groupe de travail institué par le Club des juristes a pu, tout au long du rapport présenté ci-dessus, formuler des recommandations. Celles-ci ne visent naturellement pas à freiner le développement de l'activité d'arbitrage en ligne, mais plutôt à l'encadrer afin que son développement se fasse dans les meilleures conditions.

À ce titre, le groupe de travail a mis en valeur deux axes essentiels qui doivent être suivis afin d'assurer un développement pérenne de l'arbitrage en ligne. Ainsi, celui-ci devra se développer autour de deux valeurs, deux maîtres mots, qui ne sont pas des concepts nouveaux dans le cadre de l'arbitrage « classique » : la transparence et la sécurité.

Recommandations du groupe de travail quant à la transparence et à la sécurité de l'arbitrage en ligne :

- ▶ 1. Par souci d'intelligibilité et de transparence, il convient de limiter l'utilisation du terme « arbitrage » aux procédures qui correspondent à la qualification juridique de l'arbitrage, le distinguant des autres modes alternatifs de règlement des différends. C'est une sécurité pour les utilisateurs d'arbitrages en ligne qui savent à quoi s'en tenir et qui bénéficient ainsi des protections des garanties de l'arbitrage.
- ▶ 2. Il convient d'affirmer le principe de la prévalence de la décision humaine sur la décision algorithmique. La faculté de juger doit rester l'apanage de la personne humaine et ne peut aujourd'hui être totalement déléguée à la machine ou à l'intelligence artificielle. L'intelligence humaine n'est pas soluble dans l'intelligence artificielle en matière juridictionnelle. En cela, il faut s'inscrire dans le cadre de la décision du Conseil constitutionnel du 12 juin 2018, qui refuse qu'une décision, même administrative, puisse avoir comme fondement exclusif des algorithmes.
- ▶ 3. Il faut assurer, en tout état de cause, l'existence d'un droit au recours à une solution rendue par des personnes humaines. La Cour de cassation pourrait à cet égard se doter d'une cellule « Intelligence Artificielle ».
- ▶ 4. La certification visant à garantir de la part des divers fournisseurs des services d'arbitrage en ligne le respect des garanties procédurales

suffisantes, devrait être obligatoire dans le cadre des petits litiges ainsi comme pour les litiges de consommation (plafond à 4 000 ou 5 000 €).

- ▶ **5.** Dans une optique de transparence, il apparaît essentiel que l'arbitre ayant recours à une intelligence artificielle dans le cadre de sa mission afin de traiter un litige, en informe les parties préalablement, pour que celles-ci aient la possibilité de s'y opposer le cas échéant. En cas de désaccord entre les parties, l'arbitre devra renoncer à l'utilisation de l'intelligence artificielle pour rendre sa décision.
- ▶ **6.** Les plateformes ou tout autre support technologique visant à offrir des services d'arbitrage en ligne doivent garantir un niveau de sécurité suffisant au regard du caractère sensible des données qu'elles seront amenées à traiter, notamment en matière de confidentialité, de fiabilité, de localisation, ou encore de protection contre les intrusions, la soustraction ou la manipulation d'informations.
- ▶ **7.** Dans un souci de transparence, il convient de faire peser une obligation de révélation sur le concepteur de l'algorithme portant d'abord sur l'existence de l'algorithme et ensuite, sur sa mise en œuvre, c'est-à-dire la méthode et les différentes modalités de l'algorithme lui-même, afin que celui-ci et son fonctionnement puissent être compris par les parties et l'ensemble des différents acteurs susceptibles d'intervenir dans la procédure.
- ▶ **8.** Le fournisseur de la plateforme ou tout autre support technologique visant à offrir des services d'arbitrage en ligne devra garantir un double niveau de sécurité : d'abord, pour ce qui est de traitement, transfert et stockage des données ; ensuite, pour ce qui est de l'authenticité de la sentence arbitrale, permettant d'assurer la validité d'une signature électronique au bas de la sentence, celle-ci devant être signée par le tribunal arbitral.
- ▶ **9.** Le contrôle des sentences arbitrales électroniques n'étant pas réellement pris en compte en droit positif, il serait souhaitable de mettre en place un dispositif adapté à cette réalité afin de garantir le contrôle effectif et l'exécution efficace des sentences électroniques. Une possibilité à explorer serait que le Code de procédure civile évolue afin de permettre que les sentences rendues sous forme électroniques puissent recevoir directement l'exequatur, sans avoir à se conformer à la procédure classique.
- ▶ **10.** Les centres d'arbitrages en ligne ainsi que les algorithmes de résolution des litiges devraient pouvoir faire l'objet d'une certification ou d'un agrément par un organisme extérieur agréé par la COFRAC, permettant ainsi d'assurer un certain niveau de sécurité et de confiance aux utilisateurs de la plateforme. La certification serait soumise aux respect de diverses conditions, prévues pour certaines par la loi, telles que : l'obligation d'informer les parties en

cas d'intervention d'un algorithme ; l'obligation de ne pas rendre une décision reposant exclusivement sur un algorithme ; la protection des données personnelles ; le respect de la confidentialité ; des exigences tenant à la compétence, l'indépendance, la diligence et l'impartialité des arbitres ; des garanties relatives à la fiabilité et à la sécurité des outils numériques utilisés.

- ▶ **11.** Il faut encadrer l'intervention de l'intelligence artificielle dans la résolution des litiges soumis à l'arbitrage en ligne. Cela emporte deux conséquences : l'intelligence artificielle, appliquée au degré de développement actuel, devrait être limitée dans son usage en matière de jurisprudentielle à la simple quantification du dommage, et l'assistance de l'intelligence artificielle au profit du tribunal arbitral ne doit en aucun cas le dispenser de son obligation de motivation de la sentence rendue. En particulier, les outils générés par l'intelligence artificielle d'aide à la recherche ou d'analyse statistique doivent garder un caractère complémentaire et non substitutif.

- ▶ **12.** La dématérialisation des procédures arbitrales touchant à des aspects aussi éthiques que techniques en matière de justice, la CNIL devra déterminer si elle est compétente pour contrôler les centres d'arbitrage en ligne, notamment en matière de protection de données à caractère personnel. Les garanties d'une bonne administration de la justice à l'égard des justiciables devant l'emporter sur le caractère privé de l'offre de justice sous forme arbitrale.

LISTE

- ▶ **Recommandation n° 1 :**
Les procédés de résolution des litiges qui ne sont pas de l'arbitrage ne doivent plus en emprunter le nom.
- ▶ **Recommandation n° 2 :**
Affirmer un principe de prévalence de la décision humaine sur la décision algorithmique propre à garantir l'existence d'un droit au recours à une solution rendue par des personnes humaines.
- ▶ **Recommandation n° 3 :**
Limiter l'intervention de l'Intelligence Artificielle dans la résolution du litige à la quantification du dommage.
- ▶ **Recommandation n° 4 :**
Faire peser sur l'arbitre et sur le centre d'arbitrage y ayant recours, une obligation de révélation de l'utilisation d'un algorithme dans le traitement du litige.
- ▶ **Recommandation n° 5 :**
Assurer un droit de recours devant une personne humaine contre une décision rendue au moins partiellement par voie algorithmique. A cet égard, la Cour de cassation pourrait se doter d'un pôle « Intelligence Artificielle » et assurer ainsi ce contrôle.
- ▶ **Recommandation n° 6 :**
Imposer une obligation de révélation à la charge du concepteur de l'algorithme portant sur l'existence et les modalités de l'algorithme lui-même.
- ▶ **Recommandation n° 7 :**
Imposer que l'utilisation de l'Intelligence Artificielle dans le traitement d'une procédure arbitrale ne dispense pas le tribunal arbitral de son obligation de motiver la sentence.

► **Recommandation n° 8 :**

Assurer que la signature électronique de la sentence par le tribunal arbitral en ligne présente l'ensemble des garanties nécessaires à sa sécurité, notamment en matière d'authenticité de la signature et de la sentence.

► **Recommandation n° 9 :**

Modifier le Code de procédure civile pour permettre de conférer directement l'exequatur à une sentence rendue en ligne, sans passer par la procédure écrite traditionnelle.

► **Recommandation n° 10 :**

Recourir à un système externe de labellisation de l'algorithme et de la plateforme et rendre cette labellisation obligatoire pour les petits litiges et les litiges de consommation.

► **Recommandation n° 11 :**

Faire peser une obligation de résultat sur les plateformes d'arbitrage en ligne quant à la sécurité des données qui y sont transférées, notamment en raison de leur caractère sensible.

► **Recommandation n° 12 :**

Déterminer si la CNIL peut contrôler les centres d'arbitrages en ligne.

BIBLIOGRAPHIE



OUVRAGES

- **Amro I.**, *Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common and Civil Law Countries*, Cambridge Scholars Publishing, 2019.
- **Bouiri B.**, *L'Arbitrage électronique : la mise en place d'un environnement favorable*. Thèse université Nice Côte d'Azur, sous la direction d'Y. Strickler et M.'Hamed Segame, 2016.
- **Cadiet L., Normand J., et Amrani-Mekki S.**, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^e éd., 2013.
- **Clay Th.**, et **Pinsolle Ph.**, *The French International Arbitration Law Reports 1963-2007* (avec Thomas Voisin), JurisNet, New York, 2014.
- **Dondero B.**, *Droit 2.0. Apprendre et pratiquer le droit au xx^e siècle*, Lextenso, coll. Forum, 2015.
- **Condorcet**, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions à la pluralité des voix*, 1785.
- **El Shakankiry A.**, *Le Règlement des litiges du commerce international par l'arbitrage électronique : une approche sur le droit de l'économie numérique*, thèse université Montpellier, 2012.
- **de Fontmichel M.**, *Le Faible et l'arbitrage*. Préface de Th. Clay. *Économica*, coll. Recherches juridiques, 2013.
- **Garapon A.**, Lassègue J., *Justice digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, 2018.
- **Hacking I.**, *L'Émergence de la probabilité*, éd. Seuil, coll. Liber, nov. 2002.
- **Jensen P.**, *Pourquoi la société ne se laisse pas mettre en équation ?*, éd. Seuil, 2018.
- **Kessedjian C.** (dir.), *L'Incidence en arbitrage dans Le financement de contentieux par le tiers*, éd. Panthéon-Assas, 2012.
- **Merabet. S.**, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*. Thèse université Aix-Marseille, sous la direction de H. Barbier, 2018.
- **O'Neil C.**, *Algorithmes : la bombe à retardement*, Les Arènes, 2018.
- **Oppetit B.**, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998.
- **Piers M.**, et **Aschauer Ch.**, *Arbitration in the digital age*, éd. Cambridge University Press, 2018.

- **Racine J.-B.**, *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis-droit privé, 2016.
- **Schultz Th.**, *Information technology and arbitration ; a practitioner's guide*, éd. Kluwer Law International, 2006.
- **Sève R.** (dir.), *La Justice prédictive*, tome 60, Archives de philosophie du droit, 2018.
- **Smola A.**, et **S. Vishwanathan V. N.**, *Introduction to Machine learning*, éd. Cambridge University Press, 2008.
- **Susskind R.** et **Susskind D.**, *The Future of the Professions : How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, Oxford University Press, 2015.

ARTICLES

- **Amrani-Mekki S.**, « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures*, avril 2010, n° 4, dossier 5.
- **Balladore-Pallieri G.**, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Rec. cours La Haye* 1935.I.287.
- **Becerra S. D.**, « The Rise of Artificial Intelligence in the Legal Field: Where We Are and Where We Are Going », *J. Bus. Entrepreneurship et L.*, vol. 11, p. 27 (2018).
- **Betto J.-G.**, **Fry J.**, **Henry M.**, **Kleiman E.**, et **Pinsolle Ph.**, « Nouvelles tendances de l'arbitrage international », *RDAl* 2016, p. 371.
- **Blery C.**, et **Teboul J.-P.**, « De la communication par voie électronique, de la procédure civile avant tout », *JCP G*, 2012, n° 1189.

« De la communication par voie électronique au Code de cyberprocédure civile », *JCP G*, 2017, n° 665.
- **Bordachau P.**, « La Justice prédictive et l'arbitrage international relatif aux investissements étrangers », *Archives de philosophie du droit*, 60 (2018), p. 199.
- **Cadiet L.**, « Retour sur l'open data des décisions de justice. À propos d'un signal faible des relations entre la justice et les mathématiques », in *Études en l'honneur du Professeur Marie-Laure Mathieu. Comprendre : des mathématiques au droit*, éd. Bruylant, 2019, p. 137.

« L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », in Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson,

- Fl. Renucci et S. Zientara-Logeay (dir.) : *États généraux de la recherche sur le droit et la justice*, États généraux de la recherche sur le droit et la justice, LexisNexis, 2018, p. 727.
- Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice*, D., 2017, p. 522.
- « Les tendances contemporaines de la procédure civile », in *Mélanges Georges Wiederkehr*, éd. Dalloz, 2009, p. 65.
- **Clay Th.**, « L'écrit, la parole et l'image dans les modes alternatifs de règlement des conflits », in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.) : *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?* PULIM, coll. Entretiens d'Aguesseau, 2011, p. 61.
- « Médiation et conciliation : un espoir de régulation des flux ? », in L. Flise et E. Jeuland (dir.) : *Les Instruments procéduraux de régulation des flux*. Éditions de l'IRJS, 2018, p. 13.
- **Clément M.**, « Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle ? », *D.* 2017, p. 104.
- « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on rester maître ? », *AJDA*, n° 43/2017, n° 2453.
- **Decocq G.**, « L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2012, p. 769.
 - **Degos L.**, « Justice prédictive : ni justice ! Ni prédictive ! », colloque *Éthique et Intelligence artificielle*, École polytechnique, 12 avril 2018.
- « Justice numérique et justice judiciaire, contradiction et aléa », *JCP G*, n° 51 Suppl, 17 décembre 2018, p. 38.
- **Deshoulières E., Giusti J., Saint-Aubin Th., Kohn D., et Pezard A.**, « Service public numérique de la justice : interpellation des candidats à la présidentielle », *Affiches parisiennes*, 31 mars 2017.
 - **Dondero B.**, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*, 2017, p. 532.
 - **Dondero B. et Lamon B.**, « Juristes humains contre IA : l'analyse de contrats. À propos de l'étude LawGeex », *JCP G*, 2018, n° 1201.
 - **El-Ahdab J. et Mako M.**, « Arbitrage international versus intelligence artificielle », *Revue Droit et Affaires*, 2018, p. 49.
 - **Ferrand L.**, « Nouvelles technologies et nouvelle culture judiciaire », *Archives de philosophie du droit*, tome 54, 2011, p. 13.

- **Garapon A.**, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, 31.
- **Gautier P.-Y.**, « Arbitrage et Internet », in Th. Clay (dir.) « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture », *Droit et Patrimoine*, n° 105, juin 2002, p. 88.
- **Haridi S. A.**, et **J. Brat**, « What to do when pressing the flesh means breaking the bank: trade-offs between remote and in-person hearings in international arbitration », *The Journal of Technology in International Arbitration*, Juris Legal Information, 2015, p. 83.
- **Halket Th. D.**, « Improving Arbitration Through Technology: A Quest for Basic Principles », *Dispute Resolution Journal*, New York 62.3, Août-Octobre 2007, p. 54.
- **Hardouin S.**, « La transformation numérique au service de la justice », *JCP G*, 2018, 1321.
- **Helmlinger L.**, « Télérecours », Fasc. 44-10, *JCI Justice administrative*, 10 janv. 2007, n° 1.
- **Huet J.**, et **Valmachino S.**, « Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.*, 9-11 janv. 2000, n° 11, p. 6.
- **Jeuland E.**, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Dr. et procéd.*, 2007, n° 5, p. 262.
- **Jenkins J.**, « What Can Information Technology Do for Law? », 21 *Harv. J.-L. et Tech.* 589, 602 (2008).
- **Kiffer L.**, « Les NTIC et l'arbitrage », in L'E-Justice Dialogue et pouvoir, *Archives de philosophie du droit*, tome 54, Dalloz, 2011, p. 55.
- **Lartigue M.**, « Quel avenir pour l'écosystème de la legaltech à l'horizon 2030 ? », *Gaz. Pal.*, 4 déc. 2018, p. 6.
- **Macron E.**, « Une justice pour notre temps », *Gaz. Pal.*, 14 mars 2017, p. 16.
- **Manwaring A.**, « Des "tribunaux intelligents" aux "tribunaux Internet" : la justice chinoise à l'ère du numérique », *Rev. Prat. Prospective et Innovation*, n° 2, oct. 2018, p. 47.
- **Meneceur Y.**, « Les systèmes judiciaires européens à l'épreuve du développement de l'intelligence artificielle », *Rev. Prat. Prospective et Innovation*, p. 11.
- **Mills M.**, « Using AI in Law: It's Practical Now », 42 No. 4 *Law Prac.* 48, 2016.

- **Pamela S.**, et **Katz, J. D.**, « Expert Robot: Using Artificial Intelligence to Assist Judges in Admitting Scientific Expert Testimony », 24 *Alb. L.J. Sci. et Tech.* 1, 13 (2014).

- **Paisley K.**, « It's All About the Data: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration », 41 *Fordham Int'l L.J.* 841, 856 (2018).

« Managing Arbitral Data under the GDPR », *Global Arbitration Review*, 29 mai 2018

- **Philippe M.**, « NetCase : une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI », in Spécial Supplément 2004 : La technologie au service du règlement des différends commerciaux, 2004, p. 55.

« We walked on the Moon but justice is not yet online! Technology revolution and Online Dispute Resolution », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, octobre 2016, p. 48.

- **Pinsolle Ph.**, « Arbitration and new technologies », in A. Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ICCA Congress Series, vol. 17, 2011, p. 643.

- **Racine J.-B.**, « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithmé médiateur », *D.* 2018, p. 1700.

- **Robert J.-A.** et **Laveau B.**, « Quel avenir pour le cyberarbitrage et la cybermédiation ? (Directive européenne relative au commerce électronique, 8 juin 2000, 2000/31/CE, article 17) », *Décideurs Juridiques et Financiers*, n° 29, 1^{er} sept. 2001, p. 60-61.

- **Rouvroy A.**, « *Homo juridicus est-il soluble dans les données ?* » *Law, Norms and Freedom in Cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde : liber amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, éd. Larcier, Collection du CRIDS ; numéro 43, 2018.

« La robotisation de la vie ou la tentation de l'inséparation », *Intelligence artificielle et droit*, Bruxelles, éd. Larcier, Collection du CRIDS ; numéro 41, 2017.

- **Shaughnessy P.**, « Arbitrator Intelligence – An interview with its founder and director, professor Catherine Rogers », *The Journal of Technology in International Arbitration*, vol. 1, Issue 1, 2015, p. 87.

- **Sommer J.-M.** et **Azoula M.**, « La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures : l'exemple de la Cour de cassation », *Cahiers de la fonction publique*, 2012, n° 35.

- **Warshauer C.**, « Electronic discovery and arbitration: a shortcut through e-discovery », in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers*, vol. 2, 2008, p. 239-254.

- **Young L.**, « More Questions than Answers: Philippe Pinsolle on the challenge of RGPD », *Global Arbitration Review*, 25 mai 2018.

DROIT SOUPLE, RAPPORTS

- **Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce**, Rapport *Innovation in Arbitration*, 2012 [en ligne] < http://www.sccinstitute.com/media/37112/innovation-in-arbitration_the-report.pdf >.
- **Benyekhlef K., Bailey J., Burkell J., et Gélinas F.** (dir.), *eAccess to Justice*, University of Ottawa Press, 2016.
- **Cadiet L.** (dir.), *L'open data des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, Rapport remis à la garde des Sceaux, éd. Ministère de la justice, novembre 2017, éd. janv. 2018.
- **Canivet G** (dir.), *Justice : faites entrer le numérique*, Institut Montaigne, novembre 2017.
- **CEPEJ**, Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, adoptée par la CEPEJ, 3-4 déc. 2018 [en ligne] < <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b>>.
- **Cnil**, Événement de lancement du cycle de débats publics sur les enjeux éthiques des algorithmes, organisé à la Cnil le 23 janvier 2017, Compte rendu, p. 9 [en ligne] < https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/compte_rendu_table-ronde_-_ethique_et_numerique_-_les_algorithmes_en_debat.pdf >.
- **Cnil**, « Comment permettre à l'Homme de garder la main ? », *Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, déc. 2017.
- **Commission européenne pour l'efficacité de la justice** (CEPEJ), *Lignes directrices sur la conduite du changement vers la Cyberjustice*, Strasbourg, 7 décembre 2016.
- **Conseil d'État**, *La puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation*, Rapport annuel du Conseil d'État, éd. La Documentation française, coll. Les Études du Conseil d'État, 2017.
- **Conseil d'État**, *Le Numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, sept. 2014.

- **Conseil National des Barreaux**, *Guide : Les avocats et le règlement général sur la protection des données*, mars 2018, p. 13 [en ligne] < https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/guide_rgpd_avocats-2018.pdf >. *Cyber Security Guidelines* [en ligne] < <https://www.ibanet.org/LPRU/cybersecurity-guidelines.aspx> >.
- **Consortium eJustice**, *Livre blanc sur le règlement en ligne des petits litiges*, janv. 2018.
- **Cybersecurity Protocol for International Arbitration**, Consultation Draft, 2018, 32 p. [en ligne] < http://www.arbitration-icca.org/media/10/43322709923070/draft_cybersecurity_protocol_final_10_april.pdf >.
- **Draft Cybersecurity Protocol Guidelines** [en ligne] < <https://www.arbitration-icca.org/projects/Cybersecurity-in-International-Arbitration.html> >.
- **École de droit de Sciences Po**, « Les enjeux éthiques de la justice prédictive », *Livre blanc sur la justice prédictive*, nov. 2018.
- **Groupe de travail « article 29 »** sur la protection des données, Avis 1/2010 sur les notions de « responsable de traitement » et de « sous-traitant », adopté 16 février 2010, 38 p. [en ligne] < https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp169_fr.pdf >.
- **Haeri K.** (dir.), *L'Avenir de la profession d'avocat*, Rapport confié par J.-J. Urvoas, garde de Sceaux, février 2017.
- **International Chamber of Commerce Commission**, *Information Technology in International Arbitration*, Report 2017 [en ligne] < <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission.pdf> >.
- **International Arbitration Survey** *Pre-empting and Resolving Technology, Media and Telecoms Disputes*, Queen Mary University, 2016 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/189659.pdf> >.
- **International Arbitration Survey** *Improvements and Innovations in International Arbitration*, Queen Mary University, 2017 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> >.
- **International Arbitration Survey** *The Evolution of International Arbitration*, Queen Mary University, 2018 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> >.
- **International Dispute Resolution Survey** *Pre-empting and Resolving Technology, Media and Telecoms Disputes*, Queen Mary University, 2016 [en ligne] < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/189659.pdf> >.

- **OECD**, *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontière de données de caractère personnel* [en ligne] < <http://www.oecd.org/fr/Internet/ieconomie/lignesdirectricesregissantlaprotectiondelaviepriveeetlesfluxtransfrontieresdedonneesdecaraacterepersonnel.htm> >.
- **ONU**, Résolution pour la réglementation des fichiers personnels informatisés (1990).
- **Rouvroy A.**, *Des données et des hommes, droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, Rapport du bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, éd. Conseil de l'Europe, 2016.
- **P. Servan-Schreiber** (dir.), *Médiation et entreprise. L'opportunité de l'auto-détermination : une liberté créatrice de valeur*, Club des juristes, févr. 2019.

LIENS UTILES, PUBLICATIONS EN LIGNE, AUTRES

- « AI am the Law », *The Economist*, 10 mars 2005 [en ligne] < <http://www.economist.com/node/3714082> >.
- « AI predicts outcomes of human rights trials », *UCL*, 24 octobre 2016 [en ligne] < <https://www.ucl.ac.uk/news/2016/oct/ai-predicts-outcomes-human-rights-trials> >
- « *Blockchain* Regulation: Technology Is Welcomed, Cryptocurrency Regulated », *intellect soft*, 23 avril 2018 [en ligne] < <https://www.intellectsoft.net/blog/blockchain-government-regulation/> >.
- Blog Legal-tech.fr, Le magazine français de la legaltech [en ligne] < <http://legal-tech.fr> >.
- Bregeras G., « La start-up Doctrine attaquée par l'Ordre des avocats de Paris », 27 septembre 2018 < <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/actu/0302305086735-doctrine-attaquee-par-l-ordre-des-avocats-de-paris-323612.php> >.
- Commission appoints expert group on AI and launches the European AI Alliance, 14 juin 2018 [en ligne] < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-appoints-expert-group-ai-and-launches-european-ai-alliance> >.
- Commission européenne, « À quoi correspondent les données à caractère personnel ? » [en ligne] < https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_fr >.

- Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au conseil, *Échange et protection de données à caractère personnel à l'ère de la mondialisation*, COM (2017) 7, p. 7 [en ligne] < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&from=FR> >.
- Conseil de l'Union européenne, *Plan d'action européen pluriannuel relatif à la justice en ligne 2014-2018*, 2014/C 182/02, Union européenne, Bruxelles, 14 juin 2014 [en ligne] < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XG0614\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XG0614(01)&from=FR) >.
- Chambre de Commerce International, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, 1^{er} janvier 2019 [en ligne] < <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-french.pdf> >.
- Cherif A., « Justice : une intelligence artificielle rend des verdicts semblables à ceux des juges », *La Tribune*, 26 octobre 2016 [en ligne] < <https://www.latribune.fr/technos-medias/informatique/justice-une-intelligence-artificielle-rend-des-verdicts-semblables-a-ceux-des-juges-611119.html> >.
- Danis M., « L'arbitrage en ligne, une nouvelle forme de service client ? », *L'Opinion*, 12 septembre 2017 [en ligne] < <https://www.lopinion.fr/blog/relais-d-opinion/l-arbitrage-en-ligne-nouvelle-forme-service-client-133844> >.
- Degos L., « Juriste d'entreprise : une profession en plein bouleversement », in *Les Échos* [en ligne] < <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-183272-juriste-dentreprise-une-profession-en-plein-bouleversement-2179217.php> >.
- Debevoise et Plimpton, *Protocol to Promote Cybersecurity in International Arbitration*, 2017 [en ligne] < https://www.debevoise.com/~media/files/capabilities/cybersecurity/protocol_cybersecurity_intl_arb_july2017.pdf >
- Deshoulières E., « Ouverture du Tribunal arbitral des affaires familiales », 10 juillet 2018, < <https://www.deshoulieres-avocats.com/ouverture-du-tribunal-arbitral-des-affaires-familiales/> >.
- EDPB, Lignes Directrices 2/2018 relatives aux dérogations prévues à l'article 49 du règlement (UE) 2016/79, 25 mai 2018 [en ligne] < https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_2_2018_derogations_fr.pdf >.
- G29, « Working Document 1/2009 on pre-trial discovery for cross border civil litigation », 0339/09/EN WP 158, 11 février 2009 [en ligne] < <https://www.garantprivacy.it/documents/10160/10704/ARTICOLO+29+-+WP+158+-+cross+border+civil+litigation.pdf> >.

- « GDPR : A guide for non-data protection lawyers », *Practical Law* 2018 [en ligne] < [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-2560?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-2560?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) > .
- Guernalec F., « SNCF Transilien propose le recours à l'arbitrage dans le règlement des litiges », Mobilicités.com, 6 juillet 2017, < <http://www.mobilicites.com/Dossier-20-Le-nouveau-visage-de-la-SNCF/011-6345-SNCF-Transilien-propose-le-recours-a-l-arbitrage-dans-le-reglement-de-litiges.html> > .
- Houben R., Snyers A. (dir.), *Cryptocurrencies and blockchain* [en ligne] < <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf> > .
- Hutson M., « Artificial Intelligence prevails at predicting Supreme Court decisions », *Science Mag*, 2 mai 2017 [en ligne] < <http://www.sciencemag.org/news/2017/05/artificial-intelligence-prevails-predicting-supreme-court-decisions> > .
- Katz D. *et al.*, « A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States », *PLoS ONE* 12 (4), 16 janvier 2017 [en ligne] < <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698> > .
- Lasprogata G. A., « Virtual Arbitration: Contract Law and Alternative Dispute Resolution Meet in Cyberspace », *Journal of Legal Studies Education*, vol. 19, N° 1, 2001, p. 107-140. [en ligne] < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1744-1722.2001.tb00262.x> > .
- « Le barreau de Paris poursuit en justice la société FORSETI, éditrice du site doctrine.fr », 28 septembre 2018 [en ligne] < <http://www.avocatparis.org/le-barreau-de-paris-poursuit-en-justice-la-societe-forseti-editrice-du-site-doctrinefr> > .
- Mills M., *Artificial Intelligence and the Law : The State of Play 2016*, p. 5 [en ligne] < <http://www.legalexecutiveinstitute.com/wp-content/uploads/2016/03/Artificial-Intelligence-in-Law-The-State-of-Play-2016.pdf> > .
- Moerel L., *GDPR Conundrums Part 1 & 2*, International Association of Privacy Professionals (2018) [en ligne] < <https://iapp.org/about/person/0011a00000DIOPyAAN/> > .
- Neota Logic, « Replicate the thinking and actions of experts » [en ligne] < <https://www.neotalogic.com/solution/expert-advisors/> > .
- Neota Logic, « Bloomberg BNA features Neota Logic : Automating Legal Advice : AI and Expert Systems », 22 janvier 2016 [en ligne] < <https://www.neotalogic.com/2016/01/22/bloomberg-bna-features-neota-logic-automating-legal-advice-ai-and-expert-systems/> > .

- Online dispute advisory group, *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, Londres, février 2015 [en ligne] < <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf> >.
- Open data charter [en ligne] < <https://opendatacharter.net/> >.
- Parlement européen, « Cryptocurrencies and *blockchain* – Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion » [en ligne] < <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf> >.
- Parlement européen, Résolution du 3 octobre 2018 sur les technologies des registres distribués et les chaînes de blocs : renforcer la confiance par la désintermédiation [en ligne] < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0373+0+DOC+XML+V0//FR> >.
- « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective », *Peer J*, 24 octobre 2016 [en ligne] < <https://peerj.com/articles/cs-93/> >.
- « Protection des données personnelles : que contient la loi du 20 juin 2018 ? » [en ligne] < <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/securite-Internet/protection-donnees-personnelles-que-contient-loi-du-20-juin-2018.html> >.
- Remus D., S. Lévy F., *Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, 27 nov. 2016. [en ligne] < <https://ssrn.com/abstract=2701092> > ou < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2701092> >.
- Retranscription du discours de Christiane Féral-Schuhl à l'occasion de la séance d'ouverture du Village de la Legal Tech le 27 novembre 2018.
- Site de l'*European Legal Technology Association* [en ligne] < <http://legal-tech-association.eu> >.
- Site du tribunal arbitral aux affaires familiales, < <http://www.tribunal-familial.fr/> >.
- Smola A., Vishwanathan S.V.N., *Introduction to Machine learning*, éd. Cambridge University Press, 2008, 18 p. [en ligne] < <https://www.kth.se/social/upload/53a14887f276540ebc81aec3/online.pdf> >.
- « What is Law Data Workshop ? » [en ligne] < <http://lawdataworkshop.eu> >.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES



6 juin 2018

■ **Karim Benyekhlef**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal,
Directeur du Laboratoire de cyberjustice

■ **Ignacio De Castro**

Deputy Director,
WIPO Arbitration and Mediation Center

■ **Étienne Deshoulières**

Avocat, Secrétaire général Consortium eJustice

■ **Thomas Saint-Aubin**

Directeur associé de la legal start-up Seraphin.legal
Président du Consortium eJustice
Cofondateurs de Fastarbire

■ **Anne-Sophie Reynaud et Christophe Delétraz**

Représentants d'eJust

9 juillet 2018

■ **Valérie Delnaud**

Directrice adjointe des affaires civiles et du Sceau

13 septembre 2018

■ **Jérôme Cazes**

Créateur de MyCercle

■ **Jacques Lévy-Véhel**

Chercheur Inria, créateur de Case Law Analytics

19 octobre 2018

■ **Jean Lessi**

Secrétaire général de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

■ **Amandine Jambert**

Ingénieure expert rattachée au service de l'expertise technologique, Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

TABLE DES MATIÈRES



SOMMAIRE	3
COMPOSITION DE LA COMMISSION	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE	6
I. DÉFINITIONS	6
II. QUALIFICATIONS	7
III. ENJEUX	9
IV. PRÉSENTATION DU RAPPORT	14
PARTIE I - L'ARBITRAGE EN LIGNE AUJOURD'HUI : UNE RÉALITÉ MODESTE	16
CHAPITRE 1. SOURCES	17
<u>I. LA NÉCESSAIRE APPLICATION DU RÉGIME GÉNÉRAL DU DROIT DE L'ARBITRAGE</u>	17
A. L'application du droit français de l'arbitrage	17
1. La loi française de l'arbitrage	17
2. La jurisprudence	18
3. La doctrine	18
B. L'application du droit régional à l'arbitrage en ligne	19
1. Les traités applicables	19
2. Une jurisprudence variée touchant l'arbitrage	19
C. L'application du droit international à l'arbitrage	20
1. Les traités internationaux applicables	20
2. L'application de la jurisprudence internationale	20
3. Les autres sources internationales touchant l'arbitrage	20
<u>II. LE CAS PARTICULIER DE L'ARBITRAGE EN LIGNE</u>	21
A. Les textes français relatifs à l'arbitrage en ligne	21
B. L'absence de textes européens en matière d'arbitrage en ligne	21

C. Les initiatives internationales sur la dématérialisation de l'arbitrage	21
III. LA PERTINENCE DES LOIS RELATIVES AUX <i>LEGALTECH</i>, AUX <i>START-UP</i> ET À L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE	23
A. Le droit français de la <i>legaltech</i> : une réalité contrastée	23
1. La promotion de la <i>legaltech</i> dans un cadre législatif insuffisant	23
2. Une jurisprudence manquante en matière de <i>legaltech</i>	24
3. La place de la <i>soft law</i> dans les <i>legaltech</i>	24
B. Le droit européen de la <i>legaltech</i>	24
C. Le droit international de la <i>legaltech</i>	25
IV. LA RÉGLEMENTATION RELATIVE AU DISPOSITIF D'ENREGISTREMENT ÉLECTRONIQUE PARTAGÉ	25
A. Une législation française proactive en matière de DEEP	25
B. Des objectifs européens ambitieux sur la technologie des registres distribués	26
C. La décision d'une absence de régulation internationale en matière de DEEP	26
V. UNE RÉGLEMENTATION ABONDANTE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES	27
A. Une protection légale des données personnelles affirmée	27
B. Une volonté européenne forte de protection des données	27
C. Instruments internationaux relatifs à la protection de données personnelles	28
VI. LE DROIT DES « DONNÉES OUVERTES »	28
A. Le droit français sur l'open data	28
1. La récente législation française sur l'open data	28
2. Le silence des tribunaux français sur l'open data	28
3. Un droit souple riche en matière d'open data	28
B. Les textes européens sur l'open data	29
C. Les initiatives internationales sur l'open data	30
VII. LE DROIT APPLICABLE À LA DÉMATÉRIALISATION	30
A. Le droit positif français sur la dématérialisation des actes et des procédures	30
B. Des initiatives européennes vers une cyberjustice	32
CHAPITRE 2. PRATIQUES EN VIGUEUR	33
I. LES ACTEURS INSTALLÉS ET L'ARBITRAGE EN LIGNE, UNE UTILISATION SECONDAIRE DU NUMÉRIQUE DANS LA PROCÉDURE	34
A. La naissance de l'arbitrage en ligne	35

B. La pratique de l'arbitrage en ligne dans les institutions classiques	36
II. LES NOUVEAUX ACTEURS ET L'ARBITRAGE EN LIGNE, LE NUMÉRIQUE <u>AU CŒUR DE LA PROCÉDURE ARBITRALE</u>	39
A. L'installation de nouveaux centres d'arbitrages généralistes en ligne	39
B. L'installation de nouveaux centres d'arbitrages en ligne spécialisés	41
III. LES ACTEURS POTENTIELS	42
CHAPITRE 3. COMPARAISON DE L'UTILISATION DU NUMÉRIQUE DANS L'ARBITRAGE ET DANS LA JUSTICE ÉTATIQUE	44
I. <u>LE RÔLE LIMITÉ DES OUTILS NUMÉRIQUES DANS L'ARBITRAGE</u>	45
A. Un spectre varié et déstructuré d'outils numériques au service de l'arbitrage	45
B. La question de la conformité de ces outils aux textes en vigueur en matière d'arbitrage	46
II. <u>UN RECOURS CROISSANT AUX OUTILS NUMÉRIQUES DANS LA JUSTICE ÉTATIQUE</u>	47
A. Communication électronique	47
1. Juridictions judiciaires	48
2. Juridictions administratives	50
3. Conseil constitutionnel	50
B. Accessibilité numérique de la procédure pour le justiciable	51
C. Numérisation des décisions de justice	52
PARTIE II - L'ARBITRAGE EN LIGNE DEMAIN : UNE MAÎTRISE NÉCESSAIRE	54
CHAPITRE 1. QUELLE VOCATION POUR LA SOLUTION ALGORITHMIQUE : AIDER/ASSISTER/REMPLENER L'ARBITRE ?	55
I. <u>L'IDENTIFICATION ET LE CHOIX DE L'ENTITÉ ARBITRALE ALGORITHMIQUE</u>	56
A. Les qualités intrinsèques de l'arbitre de demain	56
1. Quelle capacité d'innovation et de rupture pour un arbitre algorithmique ?	56
2. Quelle proximité physique de l'arbitre et des parties ?	58
3. La « constitution » de l'entité arbitrale algorithmique	59
4. « L'indépendance » de l'entité arbitrale ou le paradoxe de l'arbitrage algorithmique	61
a. L'exigence d'une information propre à garantir a probité de l'arbitre, son indépendance et l'égalité des armes	61
b. Les obstacles à l'accès utile à cette information	62
B. La désignation de l'arbitre comme expression d'un consensus entre les parties	65

1. Quelle place pour la collégialité ?	65
2. Les centres d'arbitrage comme des plateformes ?	66
II. <u>LE CONTRÔLE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE ALGORITHMIQUE</u>	66
III. <u>LE DESTIN DE LA SENTENCE ARBITRALE ALGORITHMIQUE</u>	69
CHAPITRE 2. LE CENTRE D'ARBITRAGE	71
I. <u>UNE DUALITÉ DES OFFRES D'ARBITRAGE</u>	71
A. Les offres	71
B. Les défis	72
1. Les défis tenant à l'offre spécifique	72
a. Un défi d'acceptation de l'offre par les utilisateurs	72
b. Un défi d'acceptation par les autorités en charge du contrôle de la décision et du cadre technique et juridique dans lequel elle a été rendue	73
c. Un défi financier	73
2. Les défis tenant à l'offre mixte	73
a. Un défi conceptuel pour le centre d'arbitrage	73
b. Un défi d'adaptation d'une procédure existante traditionnelle en intégrant l'utilisation de nouvelles technologies	74
c. Un défi d'acceptation des modifications liées à l'introduction des technologies numériques dans la procédure par les utilisateurs	75
II. <u>LES GARANTIES RELATIVES AUX CENTRES D'ARBITRAGE : CERTIFICATION OU AGRÉMENT</u>	75
III. <u>LA SÉCURISATION DE LA PROCÉDURE ET DES DONNÉES GARANTIE PAR LE CENTRE D'ARBITRAGE</u>	77
CHAPITRE 3. LA PROCÉDURE	78
I. <u>L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET ASSISTANCE À LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL</u>	79
A. L'inflation des volumes d'informations qui constituent la matière litigieuse	79
B. L'inflation des documents créés et échangés pour les besoins de l'arbitrage	80
1. Revue documentaire par la <i>Technology Assisted Review/predictive coding</i>	80
2. Accès aux sources du droit	81
II. <u>L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, UNE AIDE PRÉCIEUSE À LA DÉCISION QUI DOIT RESTER SOUS CONTRÔLE</u>	84
A. L'intelligence artificielle comme aide à la décision : un défi tant sur le plan technique que sur le plan des principes	84
1. Un défi technique	84
2. Un défi au plan des principes	88

B.	L' intelligence artificielle comme aide à la décision : des contrôles amenés à croître dans la même mesure que le rôle de l'intelligence artificielle dans le processus de décision de l'arbitre	89
1.	Un rôle de l' intelligence artificielle amené à croître	89
2.	Des contrôles à renforcer	90
a.	Le contrôle de l'arbitrage partiellement automatisé	90
b.	Le contrôle de l'arbitrage entièrement automatisé	91
III. L'IMPACT DU RÈGLEMENT GÉNÉRAL DE LA PROTECTION		
<u>DES DONNÉES SUR L'ARBITRAGE</u>		92
A.	Application du Règlement général de la protection des données à l'arbitrage	92
1.	Applicabilité du Règlement aux données fournies et échangées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage	93
2.	Données à caractère personnel	93
a.	Traitement	94
b.	Responsable de traitement et sous-traitant	94
3.	De quelques règles applicables au traitement des données à caractère personnel	96
a.	Mise en place d'un système de cybersécurité (article 32)	96
b.	Minimisation des données (article 5)	97
c.	Droit à la transparence ou principe du respect des droits de la personne (articles 13 et 14)	97
d.	Droit de rectification et droit à l'oubli (articles 16 et 17)	98
e.	Portabilité des données (article 20)	98
4.	Exceptions à la limitation du traitement de données des personnes concernées dans le cadre de procédures judiciaires ou extrajudiciaires	99
a.	Licéité du traitement	99
b.	Transfert de données hors de l'Union européenne	100
B.	Le partage des responsabilités entre les différents acteurs	101
1.	Responsabilités des parties	101
a.	L'obtention du consentement de toute personne dont les données sont susceptibles d'être traitées dans le cadre d'un arbitrage	101
b.	Possibilité et modalités de traitement des données collectées par les parties, à l'origine dans le cadre d'une relation d'emploi ou d'une relation professionnelle	102
c.	Garanties de protection de données en cas de transfert à un pays tiers	102
d.	Tenue d'un registre d'activités et désignation d'un responsable du traitement des données	102
2.	Responsabilité des conseils des parties	103
3.	Institutions arbitrales et arbitres	103
IV. UN BOULEVERSEMENT PLUS PROFOND DE L'ARBITRAGE?		105

CHAPITRE 4. LA SENTENCE ARBITRALE	108
I. <u>LA RÉDACTION DE LA SENTENCE ET L'AIDE À LA DÉCISION</u>	108
II. <u>LA SENTENCE NUMÉRIQUE</u>	112
III. <u>LA SIGNATURE NUMÉRIQUE</u>	114
IV. <u>IMPACT DU NUMÉRIQUE SUR L'EXEQUATUR, SUR L'EXÉCUTION, SUR LES RECOURS</u>	115
CONCLUSION GÉNÉRALE	117
I. <u>S'AGISSANT EN PREMIER LIEU DU PRÉSENT, L'ARBITRAGE EN LIGNE APPARAÎT AUJOURD'HUI COMME UNE RÉALITÉ MODESTE</u>	119
II. <u>DANS UN SECOND TEMPS, L'ANALYSE A PORTÉ SUR L'AVENIR DE L'ARBITRAGE EN LIGNE, LA MAÎTRISE NÉCESSAIRE D'UN TEL MODE DE RÉOLUTION DES CONFLITS ÉTANT RECOMMANDÉE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL</u>	122
12 RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL	130
SYNTHÈSE	131
LISTE	134
BIBLIOGRAPHIE	136
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	148
TABLE DES MATIÈRES	149





4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04

www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR

